

M. J. de la Com. de St. & Granada. B. J.
ANTONII R. 2325

FABRIC.

SEVSIANI, SERE-
NISSIMI SABAVDIAE DV-

CIS CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIAE
SENATV PRÆSIDIS
Primarij

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Libri viginti:

*In quibus difficiles plerique Iuris Iustiniani loci, novis cum emendationibus, tum
interpretationibus explicantur, & vera rectaque Iuris
principia stabiluntur.*

Cum INDICE Copiosissimo,

1. Principiorum & conclusionum Iuris, quæ hîc proponuntur, explicantur, aut demonstrantur.
2. Legum emendarum aut explicatarum.
3. Autorum, quorum opiniones recensentur, vel probantur, aut refelluntur.

*Huic postrema demum editioni accesserunt, quæ hætenus ab omnibus desiderabantur, SUMMARIA
singulis capitibus præfixa, ad faciliorem eorum, ut pote prolixorum, deinceps
lectionem deducenda.*

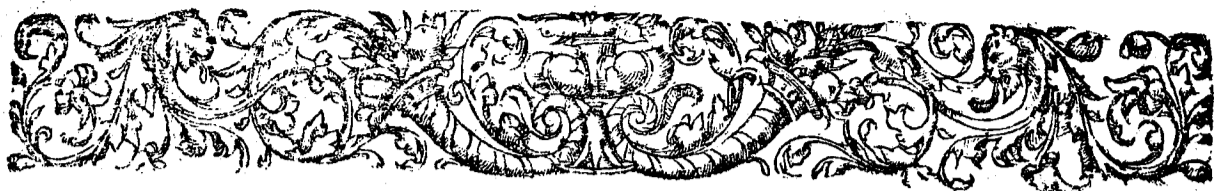


COLONIAE ALLOBROGVM,

Sumptibus Jacobi Crispini.

M. DC. LXX.





AMPLISSIMO, ET CLARISSIMO VIRO RE

NATO LYOBARDO CHATELAR-
DO IN SUPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præsidi Primario,

ANTONIUS FABER S. D.



Cum in omni sciētiarum & disciplinarum genere præstantissimis quibusq; viris periculosum temper visum fuit, vir clarissime, incerta, ac sæpius iniqua, de scriptis suis aliorū iudicia experiri, tū his maximè tēporibus eorū, qui de iure scribunt, miserrima conditio esse videtur, quos necesse est, vel ita scribere, vt nihil scribāt, vel si quid de suo scribunt cōmunem ferè omniū reprehensionem incurrere. Quāquā enim tāta Iurisprudentiæ amplitudo & præstātia est, vt nullo quæstionū aut librorum numero cōcludi possit, veterū tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniq; fœcunditate factum est, vt nisi quod ipsi prius dixerunt, nihil nunc à nobis dici posse videatur. Quod si quid ab iis prætermissum reperitur, vel minus rectè obseruatum (cuiusmodi pleraque in tam vasta scientia superesse adhuc credendum est) iam frequens multorum vox est, ab eorum qui de nobis tā benè meriti sint traditionibus recedere, & nouas requirere, aut sequi, nec tutum esse, nec honestum, vt si quis contra audeat, eū impudentem, hæreticum in iure, sic enim loquuntur, & quod omnium indignissimū est, nihil nisi Grammaticum esse vociferentur. Vnde fit vt docti plerique viri, sed tamen nimis timidi, & pusilli animi, à scribendi studio reuocentur: Alij contra nimis temerè omnem suam operam libris conscribendis dedant, in quibus nihil sit, nisi quæ in veterum scriptis melius legere possimus, ac plarumq; commodius. Illorum certè pusillanimitas, & inhonesta verecundia excusari non potest, qui rumores, vt dicit solet, ante salutem ponunt. Sed horum præcipuè diligentia reprehendenda est, publicis Iurisprudentiæ studiis longè magis perniciosa, quibus tot librorū millia nocent potius, nec nisi ornandis, aut verius onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorū iudicium est, qui licet veterum gloriæ neq; addi posse quicquam, neq; detrahi debere existiment, fatentur tamen multa ab illis prætermisssa esse, & ignorata: nec eorū authoritati tantū tribuūt, vt cum ipsis errare malint, quàm soli benè sentire. Huiusmodi plures nostra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantā obscurissimis, ac densissimis iuris nostri tenebris lucem attulerit, ipsa, si loqueretur, Iurisprudentia testaretur. Et iam nemo est qui non fateatur, nisi qui aut dissimulant, aut ingenij imbecillitate, & si dicere liceat, obscuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus assueti sunt, reuocari possint, lucemq; intueri. Fatetur Italia, quæ Alciati primi veluti ceterorum parentis matrem, & patriā esse gloriatur. Fatetur Hispania, quæ duorum Antoniorum, Augustini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimam priscorum laudibus anteponebat. Fatetur denique Gallia, quæ Budæi, Duareni, Molinæi, Cuiacij, Hotomanni Petri Fabri, tōtque alio-

rum Iurifconsultorum scriptis doctissimis illustrata, nunc ceteris totius Europe provincis nobiliorem se iactat, quibus antea veterum interpretum glorie longe inferior cedere cogebatur. Ego sane, vt iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iurisprudencia sapere per etatem licuit, facere non potui, quin hos precipuo quodam iure laudarem, mihiq; imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, erudite, & subtiliter tractare omnia, vt eos demum veram, non rudem, aut adumbratam iuris scientiam affectos, ac de libris nostris omnium optime meritos esse iudicarem. Qua ex opinione coepi postea eorum exemplo sic esse affectus, vt ex alieno iudicio pendere nollem, nec vllius autoritate moueri, nisi eius, qui preter vanam nominis ostentationem rationis potissimum autoritatem pre se ferret. Ita factum est, vt nouas plerasq; in iure opiniones, & obscuriorum locorum interpretationes adinuenerim, a receptis veterum aut recentiorum interpretum sententiis omnino abhorrentes: sed a vera, rectaq; iuris ratione minus, meo iudicio, alienas: Quas dum in scholis essem, fedulo, & diligenter selectas in diuersa capita disposueram, eo consilio, & proposito, vt si post aliquot annos placerent, quae tunc probabantur, in publicum exirent, incertamq; iudiciorum aleam subirent. Sed a scholis reuersus, tuisque, vir clarissime, imperiis foro additus, vti plane diuersam prouinciam ingressum me vidi, ita de vetere meo consilio dubitare coepi, & a scribendi studio, quod antea conceperam, penes reuocari. Praeuidebam enim fore, vt hos meos libros, in quibus nihil ferè esset quod Accursij, Bartoli, Iasonis, aliorumq; communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil nisi Bartolos, & Iasones loquerentur: quorum in forensibus disceptationibus praecipua est & semper fuit autoritas. Illud verò odiosum, adeoq; dignum reprehensione videbatur, iis me non placere, quibus tantum tribuerem, quantum mihi non auisim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino esset metienda existimatio. Cogitabam quam difficile sit, praesertim nouo homini, nouas opiniones inducenti, de iure sic scribere, vt omnibus satisfaciatur, & vanitatis notam fugiat aut temeritatis. Quae mihi eò magis pertimescenda erat, quod ego nec ingenio excellens nec longi temporis studio in hac iuris disciplina exercitatus, nec dum quatuor & viginti annos natus (sit haec non industriae meae laus, sed errorum potius meorum excusatio) videbam exprobaturos mihi plerosque, quod praemature de iure scriberem, nimisq; confidenter magnum aliquid affectum me crederem in ea scientia, in qua vix vlli haecenus contingit vel vnam paginam sic scribere, vt non aliquid in ea ab aliis desiderari & varij errores, vt alia aliorum iudicia sunt, pro cuiusq; arbitrio notari possint. Neq; tamen vinci, & persuaderi potui vt a scribendi instituto discederem, vel horum librorum editionem in nonum vsque annum, quod vulgare multorum consilium est, dimitterem. Quin potius his ipsis rationibus in priore mea sententia magis confirmatus, facturum rectius me putavi, si in hac aetate, quae sola errorum meorum, & imprudentiae veniam facilius impetrabit, ac priusquam forensium occupationum mole obrueret, hos studiorum meorum, & scholasticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi seruatos publice exhiberem, tanti ab omnibus aestimandos, quanti bono & docto cuiq; viro, nec iniquo alienorum laborum aestimatori videbitur. Non enim tantum mihi tribuo, vt opiniones meas omnibus probari posse vel debere confidam: quas ideo *Coniecturarum* nomine donatas volui, vt ex eo omnes intelligerent non esse mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, sed Coniecturas, neq; ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facile possint, neq; tamen ita necessarias, quin possint etiam refelli ab iis qui feliciore ingenio, & maiore eruditione praediti, in scriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec dissimulo, me fecisse, a quibus illud vnum dari mihi postulo, vt rationibus duntaxat, non interpretum, licet approba-

approbatissimorum, & celeberrimorum, autoritatibus moueantur: Sic fiet vt quid verum, quidve falsum sit melius appareat, libentiusque mutem sententiam a qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucundissimum, ceteris longè vtilissimum, tot legum a nemine haecenus, vt arbitror, intellectarum veras interpretationes ab iis discere, quas si hic meus conatus extorquere poterit, satis desiderio meo factum putabo, nihilque praeterea ad laudem deesse mihi arbitrabor. Sed earum praecipue legum exceptiones intelligere cupio, quarum his libris emendationes proponuntur, recentioribus quidem & venustioribus horum temporum interpretibus familiares, iis verò, quibus veteres tantum placent, prorsus odiosae, & molestae: quorum frequens illud in ore verbum est, Non solere emendari leges nisi ab iis, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quam ridiculè & falsò ab iis dicatur, testes sunt doctissimi omnes etatis nostrae Iureconsulti, qui in corruptissimis plerisque iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico praestiterunt, quantam iis interpretandis operam veteres perdididerunt. Multi enim librorum inscitia, multi imperitorum interpretum audacia sic deprauati sunt, vt qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit, ei omnino necesse sit absurdam & fatuam aliquam interpretationem comminisci. Quales innumeras in Accursij glossis, & veterum commentariis cernimus, a librorum quibus utebantur corruptione vt credibile est, potius quam a tantorum virorum ignorantia profectas, dum in iis corrigendis ad superstitionem vsque religiosi essent, & quod homine indignissimum puto, nuda verborum figura magis quam ratione ducerentur. At quoniam in emendationibus recipiendis magna cautio adhibenda est, vt non nisi quam parcissimè fieri potest, admittantur, quod non minus reprehendendae sunt, quae otiosae, quam ad probandae eae, quae ad legum sententiam allequendam necessariae videntur, placuit emendationibus meis aliquot alienarum reprehensiones subiungere, & receptam lectionem aduersus recentiorum opiniones defendere, vt in libris meis aliquid esset, quo lectorum omnium animi, diuersaque iudicia oblectarentur. In quo, aliis fortasse satisfeci: mihi, vt dicam liberè, non satisfeci, cui sanè molestissimum fuit ingeniosum agere in operibus alienis: & eorum maximè quorum elegantiam, subtilitatem, & diligentiam laudare longè iucundius fuisset, quam autoritatem, quae iam apud omnes tanta est quanta esse debet, impugnare, & errores (si errores sunt, quos esse puto) refellere. Sed quia tam diligenter illi in iure versati sunt vt nihil intactum reliquerint, ac ferè in omnibus vel cum ipsis vel contra ipsos sentiendum sit, facile omnes factum nostrum excusabunt, qui solius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non posse, quam omnium opinionum de ea re de qua quaeritur recensitione, & earum quae non probantur refutatione. Sic Labeonem, Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iurisprudentiae nostrae Duces a Iabolenno, Marcello, & Paulo plerisque locis rectè notatos legimus, quamuis horum longè minor, quam illorum autoritas, & eruditio haberetur. Nempe, docta omnia non sunt, quae a doctissimis viris proficiscuntur: nec humanae imbecillitatis conditio patitur adeò perfecte quem scribere, vt nihil praetermittat, & nunquam a veritate aberrat. Illud duntaxat prospiciendum est diligenter, ne in alienis opinionibus refellendis immodestè quid dicatur, & reprehendendi studio potius quam discendae aut inuestigandae veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curavi: eamque ob causam ex pluribus quae cumulare nolui, ea duntaxat selegi, licet non omnia, quae ab aliis omnibus, quorum scripta legere licuit, & libuit, (quis enim omnium legere aut possit, aut velit?) praetermissa vel ignorata existimaui. Quale verò cumq; est, quod feci, totum id tibi vni, vir clarissime, optimo iure debitum, iamque inde a multis annis dicatum, nunc libens offero, & praesto. Serius

EPISTOLA

profecō, quā oportuerat, si debiti diem, tōtq; obligationū, quibus me obstrictum tenes, vim, & conditionem spectes: sed tamen sat cito si ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, forensium occupationum, quibus me à scholis redeuntem deditum voluisti, impedimenta cogitabis. Quæ si aut nulla, aut minora fuissent, perfectiora nunc haberes, quæ præsto rudia pene, & impolita. Nec tamen diutius iis poliendis cunctari volui, non solum vt citius, ac oportunius tibi de noua ista dignitate gratularerentur, quæ iamdiu quidem virtutibus tuis debita, nunc verò summa totius populi expectatione, & admirabili doctissimorum, optimorumque omnium gratulatione honorificentissimè oblata, ac decreta est: sed etiam ne magnam tuam de studiis meis spem, longiore quā par sit mora, & frustratione deciperem, indeq; fieret vt temporis vsuræ, cæterarūque accessionum additamentis debiti mei, quod vix iam possim exsoluere, quantitas, solutionisq; difficultas augetur. Quāquam enim te non durum aut molestum creditorem esse expertus scio, verendum tamen mihi fuit, quod prouidi debitores solent, ne si humanitate & facilitate tua, liberius abuterer, nullum posthac ad mensam tuam aditum haberem, de qua tam saepe egenti mihi pecunias numerasti. Tua, vir clarissime, infinita erga me merita intelligo, quorū frequentia, & magnitudine à primis studiorum meorum temporibus tibi deuinctū me voluisti, vt si quid ex industria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquam ex peculio meo profectio quæsitum, patriæ potestatis iure vindicare possis. Me enim nō vt eum, qui tibi natura, & sanguine coniūctus sit, semper dilexisti (quod ad gloriam, virtutisque studiū sufficere mihi poterat) sed vt filium amasti, & patre meo vita functo, quo tempore consilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab instituto, vixque tūc inchoato studiorum meorum cursu reuocarer, tanta me voluntate, ac officis omnib; vltro profectus es, vt facile intellexerim viuo te non deesse mihi patrem, qui me meaque omnia diligenter curet, humaniter foueat, studiosè amplectatur. Inter cætera verò, quæ à te profecta sunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere nunc non possum, quod mihi ad hæc Iurisprudentiæ studia accedenti, magistrum dedisti D. Ioan. Antonium Manutium, ciuilem disciplinæ in Taurinensi Academia profectorem celeberrimum, & ingenij acumine, orationis eloquētia, doctrinæ præstantia antiquis ipsis iuris authoribus comparandum. Cuius solius, vt iusseras, auspiciis, & præceptis, tantum profecisse me glorior, quantum vix in alterius schola proficere posses, qui me ingenio, & diligentia longè superaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitiis intelliges, si quid fortè in iis erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Et si autem verendum potius mihi est, ne tibi eximia præ cæteris, præstantique eruditione, prædito leuia hæc, & pene puerilia videantur: attamen non despero, quin pro singulari erga me humanitate, & benevolentia iis, qualia cumque sint, auctoritatem tuam accommodaturus sis, omnia probaturus, & aduersus eorum, quorum nec reprehensionem curo, nec iudicium requiro, obrectationes, & calumnias, si quæ emergent, defensurus. Id si à te impetrauero, faciam alacriter, vt quicquid mihi posthac à forensi exercitatione otij dabitur, ad scribendi studium conferam, nihilq; præmittam eorum omnium, quæ ad illustrandam Iurisprudentiam, tuamq; de me opinionem sustinendam pertinere existimabo. Bene vale, vir clarissime, & reipublicæ mihi que diu felix viue.

AD AMICVM LECTOREM EX MARTIALI.

*Sunt bona, sunt quedam mediocria, sunt mala plura,
Quæ legis hic, aliter non fit, amice, liber.*

INDEX



INDEX CAPITVM XX. LIB.
CONIECTVRARVM.

Prior numerus Caput, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

LIBRI PRIMI.

E xplicatur l. qui Roma 122. in princ. ff. de verb. oblig.	1.1
Emendatur l. 5. ff. de impens. reb. dot. fact. & explicatur l. si is qui. 56. §. quod dicitur de iur. dot.	2.2
Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Manu. 41. §. 1 de leg. 2.	3.3
Explicatur l. 26. C. de iur. dotum. leg. 26. ff. depositi. l. 37. §. codicillis. de leg. 3.	4.4
Adiatur negatio in l. cum reus. 14. ff. de fideiussor.	5.5
Defenditur responsum Scauola in l. prædica. 27. §. liberti. de inst. leg.	6.6
Ex eodem titulo explicatur l. Seia 29. & alia nonnulla.	7.7
Noua emendatio l. 7. §. si vir. solut. matr. & explicatio l. vit. de fund. dot.	8.8
Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum. 14. ff. de in rem verso.	9.9
Conciliatio l. ventre. 84. de acq. her. cum l. si filius. 19. ff. de liber. & posth.	10.11
Emendatur Claudij nota in l. generali 32. §. 1. de usufruct. leg.	11.12
Explicatur l. 1. C. de her. tutor. & l. 2. Cod. de magistr. conuent.	12.13
Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. ff. solut. matrim.	13.16
Restituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis.	14.18
Male ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex asse. 52. ff. ad leg. Falc.	15.19
Superstitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti. iure vetere, aut nouo.	16.21
Addendam esse negationem in l. heres. 21. §. quod si hic seruus. ff. de fideiussor.	17.23
Dissentio Ulpiani à Paulo, in questione §. si à serioso. l. 2. ff. pro emptor.	18.24
An generalis sententia sit leg. filio præterito 17. ff. de iniust. rupt. & irrit. testam.	19.25
Emendatur l. 1. ff. de seru. rust. præd.	20.26

LIBRI SECUNDI.

D e differentia bonæ fidei possessoris, & malæ fidei possessoris, cum de sumptuum in alienam rem factarum repetitione queritur.	1.28
Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb. aucthor. iud. poss. alias l. 13. de priuileg. cred.	2.29
Recta sententia, & vetus lectio l. si dictum. 56. ff. de euct.	3.31
An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem, & conductorem pertineat.	4.32
Emendatur l. & hæc distinctio. 35. ff. locat.	5.33
Ad l. fructus. 33. & l. pen. ff. de rei vin.	6.34
Dissentisse Iureconsultos in questione l. cum quis 38. qui hominem. ff. de solut.	7.35
Emendatio leg. Papinianus. 33. ff. de don. int. vir. & vxor.	8.36

An socius socio de damno infecto cauere compellatur.	9.38
Conciliatio l. 28. ff. de iur. fisci. cum l. vit. ff. qui pot. in pigno. habeant.	10.39
Emendatur l. si quis. 17. §. si impubes. ff. de instit. act.	11.41
Quæ actio competat aduersus fideiussorem, qui promissum hominem ante promissoris mortem occidit.	12.42
Explicatio l. si extraneus 33. de iur. dotum. & leg. Nejenius. 41. de re iud.	13.44
Emendatio l. sicut 21. de re iud.	14.45
De questione & sententia l. si Stichum. 16. de verb. oblig. & l. qui decem 72. §. Stichum. ff. de solut. & liber.	15.46
Ad §. vit. l. 4. ff. de cond. inst. & ratione introducenda cautionis Muciana.	16.47
Emendatur l. qui de creditore. 11. in fine. ff. de damn. infect.	17.49
Interdicta quedam esse duplicia, tam recuperanda quàm adipsenda possessionis.	18.50
Emendatur l. Lucius. 32. ff. de don.	19.51
l. transigens. 18. Cod. de transact. verba illa, Excepto alterio, addita esse ab imperio interprete.	20.52

LIBRI TERTII.

D e natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.	1.55
Valde corruptam esse l. in hoc 14. ff. com. diuid. 2.	57
Nouationem iure Digestorum quibusdam casibus non aliter fieri, quàm si id specialiter expressum sit.	3.58
Herede post aditū hereditatem restituo in integrum, substitutioni locum fieri.	4.60
Emendatio l. inter causas. 26. §. sed cum seruus. ff. man. 5.62	
Ad l. propter. C. de adulter.	6.63
Ad §. Cato. l. 4. de verb. oblig. noua coniectura.	7.64
Emendatio §. vit. l. 4. de verbor. oblig. & l. prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunc.	8.66
Ad l. lex Cornelia. 28. ff. de vulg. & l. pater 10. ff. de ca. & posth.	9.67
Iuliani, & Papiniani ab Africano dissentio.	10.69
Emendatio l. pen. ff. de iur. codicill.	11.70
Male à nonnullis emendatum, & ab alijs explicatum §. donationis. l. cum pater. de leg. 2.	12.72
Ad l. si heres. 110. ff. de legat.	13.73
Emendatio noua §. quomam. l. cum tabulis. ff. de his que vt indign.	14.74
In l. filius. 28. ff. de liber. & posthum. in princ. pro institui. legendum esse substitui.	15.75
Ad l. item veniunt. 20. §. ait Senatus. ff. de per. hered. 16.77	
Explicatur omnes leges tituli. C. de inoff. don. Et Nouell.	17.77
Deesse negationem in l. pen. §. 1. ff. de adm. leg.	18.80
Emendatur l. cum quis. 38. §. 1. ff. de solut.	19.81
Emendatur l. vit. ff. de pact. dot. & l. interest. 6. C. de usufruct.	20.83

LIBRI QUARTI.

C ondictionem ex causa furtiua & verum amotarum dari in solidum contra heredem.	134
--	-----

I N D E X.

Abundare negationem in l. 2. ff. de crim. stellion.	2.88	Emendatio l. in quartam 91. & explicatio l. Titia 86. ff. ad leg. falc.	4.154
Dissensio Cassii & Iavolenti in questione l. si seruus 25. ff. de stipulat. seruor. & leg. 4. de diuers. tempor. prescriptio.	3.89	Ad l. filium 24. C. famil. ercisc.	5.158
Vera sententia & lectio l. imperium 3. ff. de iurisf.	4.90	Emendatio l. ob hac verba 20. ff. de his qui notant. infam. & l. fundum 20. ff. de euict.	6. ibid. 7.160
Emendatur §. pen. l. 3. ff. de minor.	5.91	De purgatione mora.	7.160
Ad l. si fundus 23. ff. ad leg. Falcid.	6.92	Triboniani error in §. si cui fundus Inst. de leg.	8.162
De ordinarijs & extraordinarijs iudicijs. Et emendatio l. actio 47. ff. de neg. gest.	7.94	Ad l. 1. ff. de rer. permut.	9.164
Emendatur l. ubi pater 19. §. 1. ad S. C. T. rebell. & l. si quis iniuriam 35. ff. de iniur.	8.96	Ad l. ult. ff. de cond. caus. dat.	10.167
Malè à nonnullis emendatum esse §. si pater l. si cum dotem 22. ff. solut. matr. & quomodo probabilis emendari possit ostenditur.	9.97	De sententia §. si sub conditione l. facta 63. ff. ad S. C. T. rebell. & obseruata Triboniani additio in l. si cui 31. §. ult. cod.	11.169
Ad l. Pomponius 9. ff. de neg. gest.	10.99	Ad l. 4. §. 1. ff. de statulib.	12.171
Emendatio §. qui dotale. l. cum pater 77. de leg. 2.	11.100	Emendatio l. 2. ff. qui potior in pign. hab.	13.172
Ad l. verbis 5. ff. ad leg. falcid. & l. si creditori 28. de leg. 1.	12.102	Emendatio §. ult. l. 2. ff. de suis & leg.	14.173
Ad §. id quod ex substitutione l. 1. ff. ad l. falc.	13.103	Ad l. Micinius 61. ff. de rei vin.	15.175
Ad l. 2. & 3. ff. ad S. C. T. rebel.	14.106	Emendatio l. et si non adscripta 9. Cod. de fideicom. libert.	16.177
Emendatio §. ult. l. 1. de leg. 3.	15.108	Venditoris rem tradere volentis dolus quomodo estimetur.	17.178
Emendatur §. tandiu l. qui bona 23. ff. de acquir. rer. dom.	16.109	Emendatur §. quis cum esset. l. cum post mortem 43. de adm. & peric. tut.	18.181
De fructibus à bona fidei possessore perceptis & emendatio l. fructus 45. ff. de vsur.	17.110	Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis 16. in prin. ff. de his que vt indig. 19. 183	20.183
Explicatur l. si quis reum 5. ff. de liberat. leg.	18.113	Emendatio l. si conuenienter 4. ff. de pact. dot.	20.185
Vera lectio & sententia l. si quis 51. §. 1. ff. de re iudic. 19. 114	19.114		
Nihil emendandum esse in l. sub conditione 16. ff. de condi. indeb. & explicatio l. Iulianus 60. ff. eo.	20.115		

LIBRI QVINTI.

Explicatio §. ult. l. ult. de leg. 3.	1.117
Emendatio l. legauit 25. ff. de liberat. leg.	2.119
Veram esse receptam lectionem l. penult. ff. de const. pecun.	3.120
Explicatur l. cum societas 4. ff. pro socio	4.122
Additur negatio in l. 3. ff. de instrum. & instrum. legat. 5.	123
De sententia & emendatione §. ultim. leg. si mulier 59. de iur. dot.	6.124
Ad §. ex asse. d. l. si mulier.	7. ibid.
Emendatio l. Neratius 11. ff. de seruo corrupt.	8.125
Ad l. res que 54. ff. de iur. dot. & alias.	9.126
Exceptio l. si ex precio 6. C. si cert. pet.	10.127
Emendatio §. ult. l. cum essent 33. ff. de seruor. vrb. prad. 11	130
Nihil à Pandectarum Compositoribus immutatum esse in lance tabulas 5. ff. de iur. codic.	12.131
De questione l. si duo 16. ff. de leg. praestand.	13.132
Emendatio l. cui res 29. de act. empr.	14.133
Explicatio l. cum bona 16. ff. de reb. auct. iud. possid. vel vend.	15.134
Ad §. sed cum emptor. l. à Dino Pio 15. ff. de re iudic. 16. 136	17.137
Varia emendationes.	18.139
Alia emendationes.	18.139
Indicantur Triboniani additiones quibusdam Digestorum locis.	19.140
De sententia & emendatione l. item quod Sabinius 17. §. ult. & l. ex facto 19. ff. de her. insti.	20.142

LIBRI SEXTI.

De legatis ex vetere & nouo iure, singularia quedam necdum ab interpretibus rectè explicata.	1.144
Ad §. si quis ex mortis l. 1. ff. quod legat.	2.149
Deprauatissimum esse textum §. tamen si l. in ratione 30. ff. ad leg. falc. & quomodo emendandus sit.	3.159

LIBRI SEPTIMI.

Interpretatio l. 3. in pr. ff. de vsur.	1.182
Emendatio §. in his quoque eiusdem legis.	2.191
De fructibus & vsuris legatorum ac fideicommissorum. 3.	192
Interpretatio l. Herennius 42. alias l. fructus ff. de vsur.	4.194
Emendatio l. sanè 11. ff. de iure dotium.	5.196
Duobus locis corruptum esse textum l. quod autem 7. ff. de don. int. vir. & vxor.	6. ibid.
De differentia filijfamilias & serui in fideicommissaria hereditatis restitutione.	7.198
Ad l. cum de in rem verso 6. ff. de vsur. & l. 1. Cod. de fideicommiss.	8.199
Vera nonaque interpretatio d. l. cum de in rem verso, & l. litibus 20. C. de agr. & constit. lib. 11. tit. 47.	9.200
De bonorum vacantium vsucapione aduersus fiscum. Ad l. quamuis 18. ff. de vsuc.	10.203
Filiusfamilias iure veteri fuisse acquisitionis capacem. 11.	204
Ad l. Pomponius Philadelphus 35. ff. fam. ercisc.	12.209
Ad l. si vir 3. ff. pro donato & l. nunquam 31. ff. de vsucap.	13.207
Ad l. si vnquam 8. Cod. de reuoc. don. l. cum auus 102. ff. de cond. & demonstr.	14.208
Ratio & sententia d. l. si vnquam, & l. tale pactum 40. §. ult. ff. de pact.	15.210
Malè ab omnib. intellecta & à nonnullis emendatam l. debitor 59. ff. ad S. C. T. reb. & ad l. 3. ff. de Separat.	16.212
Vera emendatio & interpretatio dict. leg. debitor 59. ff. ad Trib.	17.214
Ad l. 1. C. de luit. pign. & l. pen. §. 1. ff. de excep. rei iud.	18.216
Emendatio l. si pignore 22. §. si prado ff. de pignoratitia actione.	19.217
Vera lectio & interpretatio l. post contractum 15. ff. de do. uat.	20.218

LIBRI OCTAVI.

De sententia & emendatione l. si Titius 48. ff. de fideiuss.	1.222
Ad	Ad

CAPITVM.

LIBRI DECIMI.

Ad prima & postrema verba eiusdem legis.	2.224.
Quibus casibus restitutio minoris profit fideiussor. & ad l. Exceptiones 7. in fin. ff. de except.	3.225.
De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum 95. ff. di sol.	4.227.
De varia lectione & interpretatione l. Marcellus 25. ff. de fideiussor.	5.230.
Vera interpretatio & emendatio d. l. Marcellus.	6.232.
Indicatur & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. §. ult. ff. de cond. caus. dat.	7.234.
Alia Triboniani additio in l. Dominus testamento 53. ff. de cond. ind.	8.236.
Eiusdem Triboniani alia & apertior nota in l. si ego 9. §. 1. ff. de iur. dot.	9.237.
Emendatio l. ult. ff. eod. tit. de iur. dot.	10.238.
Ad l. assiduis 12. C. qui potior in pig. & ad Nou. 97. de equal. dot. §. his consequens.	11.240.
Ad §. quia verò Nou. 97. de equal. dot.	12.242.
Mulieris privilegium vt creditoribus etiam anterioribus preferatur non transire in liberos.	13.244.
Emendatio §. 1. l. hinc quaeritur 19. ff. de pecul.	14.246.
Cur non sicut venditio ita pignus nominis debitoris ipso iure valeat.	15.248.
Cur conventio de pignore nominis per prætorem defendatur.	16.250.
Que sit differentia inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.	17.251.
Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis ff. de pigno. act.	18.253.
Emendatio l. filiusfamilias 16. ff. qui testa. facer.	19.254.
Recta emendatio l. si primo 8. ff. de liber. & post.	20.255.

LIBRI NONI.

De posthumi heredis institutione, ad formulam Galli Aquily & primum caput legis Velleæ.	1.258.
Ex quo iure descendat posthuminum suorum & alienorum institutio & ad §. ult. l. Titius 25. ff. de lib. & post. 2. 261.	3.263.
Ad §. si quid tantum l. Gallus ff. de lib. & posth.	3.263.
Quam corruptus sit contextus eiusdem legis in §. quid si qui filium, & quam malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat.	4.265.
Emendatio & interpretatio l. si pater filium 26. ff. de vulg. & pup. subst. & l. posthum. 24. ff. de lib. & posth.	5.267.
Ad §. si eius l. Gallus.	6.271.
De sententia l. si quis filio 6. §. sed si pater ff. de iniust. rupt.	7.275.
Emendatio §. siue autem eiusdem legis & interpretatio l. si statulibera 6. in pr. & §. 1. ff. de statul.	8.277.
Vera lectio & interpretatio §. forstan l. Gallus ff. de lib. & post.	9.281.
Ad §. in omnibus l. Gallus.	10.285.
Cur ad institutionem Aquiliani nepotis non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis.	11.290.
Ad §. quidam rectè l. Gallus.	12.293.
Ad §. idem credendum eiusdem legis.	13.295.
Nota interpretatio l. filio præcrito 17. C. de iniust. rup. & irrit. fact. testa.	14.298.
Explicatio l. posthumus 12. ff. de iniust. rupt. & irr. fact. test. & ad l. 3. C. de inoff. test.	15.303.
Ad versidem & circa eiusdem legis.	16.304.
Ad §. nunc de lege l. Gallus ff. de lib. & post.	17.308.
Quid noui inductum sit secundo capite legis Velleæ.	18.310.
Cur fuerit necessarium secundū caput legis Velleæ.	19.313.
Exheredatione non perimere ius suarum ad l. 1. §. si pater in potestate de coniu. cum eman. lib. & ad l. qui in alien. 6. §. interdum ff. de acq. her.	20.326.

Cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutio nis, ad impediendum ne succedendo nepos Velleanus rumperet.	1.319.
Ad §. sequenti parte l. Gallus.	2.320.
Ad §. videndum eiusdem legis.	3.322.
An substitutio pupillarum lege Cornelia confirmetur ad l. pater 10. in pr. ff. de cap. & postlim.	4.327.
Iuliani à Scauola & Papiniani ab utroque in eandem questione dissensio ad §. ult. d. l. pater ff. de cap. & postlim.	5.328.
Ad l. quod si filius 21. eo. tit.	6.331.
Alia Scauolæ à Papiniano dissensio in questione §. ult. d. l. quod si filius & emendatio l. si pater capitis 29. ff. de vul. & pup. subst.	7.335.
Si viuo patre filiusfamilias captus sit ab hostib. cur legi Cornelia locus non sit & emendatio l. 2. §. si quis unde legit.	8.338.
De posthumo Corneliano ad l. qui uxorem 15. ff. de iniust. rupt. & irr. fact. test.	9.341.
An Cornelianus posthumus Velleanus dici possit.	10.343.
Conciliatio l. qui uxorem 15. ff. de iniust. rupt. & irr. fact. test. cum l. posthumus ff. eo.	11.346.
Interpretatio & emendatio §. filium l. si quis posthumo 9. ff. de lib. & post. & ad l. scriptio 7. ff. unde lib.	12.348.
Ad §. ille casus l. Gallus.	13.352.
Ad §. ult. l. Gallus.	14.353.
De differentia filij & nepotis in quest. §. & quid sit animum l. Gallus & ad l. verum 8. §. 1. ff. de iniust. rupt.	15.354.
Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniug. cum emancip. liber.	16.357.
Ad l. ult. eiusdem Tituli.	17.360.
Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis 2. §. si testamento ff. de bon. poss. sec. tab.	18.362.
Insignis Triboniani error in §. non tamen Insti. quib. mod. test. infir.	19.365.
Aliud Triboniani facinus in §. si factum l. conficiuntur 8. ff. de iur. codic.	20.367.

LIBRI VNDECIMI.

Ex pluribus correis debendi non semper pro fideiussora habendum eum ad quem pecunia non peruenerit 1. 370.	1.370.
Correos debendi nunquam vice mutua fideiussisse videri, nisi cum id nominatum actum est.	2.374.
Explicatur subobscurus nec dum intellectus Venibij locus in l. si ex duobus. 12. §. 1. ff. de duobus reis.	3.377.
Quid noui induxerit Iustiniani constitutio nou.	99.380.
Abrogatum à Iustiniano Papiniani responsum quod extat in §. duo rei. l. inter eos 51. de fideiuss. & malè à nonnullis emendatum. §. ult. si plures 27. eo.	5.382.
Correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum non competere ad l. 1. alias 2. C. de duob. reis & emendatio l. qui fide 56. ff. mand.	6.383.
Actionem negotiorum gestorum aduersus correum non competere correo, qui totum soluit: nec rursus de in rem verso Ad l. nam & Seruius 21. & l. ex facto 30. ff. de neg. gest. & l. si pro patre 10. §. ult. de in rem verso 7. 384.	7.384.
Neque communi diuidendo actionem correo aduersus correum dandam esse, neque conditionem ex l. si me & Titium 32. de reb. cre.	8.388.
Correo qui totum soluit actionem aduersus correum ex interuallo cedi non posse. ad l. Modest. 76. ff. de solut. l. 1. C. de cont. iud. tutel. l. cum alter. 2. C. de fideiuss. l. vt fideiussor 39. ff. eo. & emendatio l. cum is 36. eo.	9.390.
Emendatio & explicatio leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandato de solut. leg. si minoris 25. de administr.	95.390.

INDEX.

Tutor l. si res obligata 57. de legat. l. cum pupillus 21. de tutel. & rat. distr. 10. 392.
Ad §. nudo tractemus l. 1. de tutel. & ratio distrab. 11. 395.
Correo qui totum soluit non competere utilem actionem adversus correum. & observata Triboniani manus in l. aliterius 20. in princ. D. de tutel. & ration. distrab. 12. 397.
Cogendum esse creditorem ex correis qui totum soluit actione sua adversus alium cedere si ante solutionem aut in ipso actu solutionis cessio petatur. 13. 399.
Si correo nulla actione cedere creditor possit an cedendarum actionum exceptio repellatur. & an pro parte, an in solidum fieri illo casu cessio debeat. 14. ibid.
Non magis fideiussori quam correo competere exceptionem cedendarum actionum. Ad l. si stipulatus 15. §. 1. de fideiuss. & de differentia correorum, confideiussorum & mandatorum. 15. 402.
Quantum intersit an correi debendi aut stipulandi socij sint necne. Ad l. in l. 62. D. ad leg. falc. 16. 404.
Nullam profus actionem correo debendi qui totum soluit competere adversus correum non socium. Et observata imperij interpretis aut Triboniani manus in l. i. que alias 2. C. de duobus reis. 17. 406.
An pactum unius ex correis credendi aut debendi prosit nocere alteri. Et de emendatione l. si unus 27. D. de pact. & l. si duo. 35. D. de recep. qui arbit. 18. 408.
De correis testamenti factis, nempe de sententia & emendatione l. eandem 9. l. si id quod is in si. de duob. reis. & veterum iuris auctorum observata dissensio. 19. 410.
Omissam exceptionem cedendarum actionum non magis quam exceptionem ordinis aut divisionis locum facere conditioni: & de differentia correorum, fideiussorum & mandatorum. Ac emendatio l. 2. C. de fideiuss. tutor. l. pen. ff. eo. l. vlt. C. de consit. pecun. 20. 411.

LIBRI DVODECIMI.

Divisio debiti an & quando ex partis petitione inducatur. & observata Triboniani additio in l. inter eos 51. §. 1. de fideiuss. 1. 415.
An confessio pactumve cedentis noceat cessionario ad l. i. C. de oblig. & actio. & l. cum maritus 29 §. vlt. D. de pact. dotal. 2. 416.
Solutionem factam cedenti etiam postquam debitor cessionem rescivit, dummodo non ab ipso cessionario, prodesse indistincte debitori ne a cessionario conveniri possit. 3. 418.
An & quibus casibus etiam post cessionem agere cedens possit, aut exceptione repellendus sit? Et emendatio. §. vlt. l. 27. D. de procurat. 4. 419.
Reprobatur alia nostrorum distinctiones & interpretationes ad §. si heres scriptus l. facta 63. D. ad SC. Treb. & ad §. quod si is l. 4. de dol. mal. except. 5. 422.
Interpretatio nova & vera l. 3. C. de donat. 6. 423.
Cessi nominis periculum an ad cedentem spectet, an ad cessionarium, ad §. soror l. pupilli 96. D. de solut. 7. 425.
In quo dispar sit conditio mariti cui dotis causa nomen cessum est, & alterius cuiuslibet cessionarij, ad §. si a debitore l. promittendo 41. D. de iur. dot. 8. 426.
An exceptio compensationis, aut alia que obstat cedenti obstat cessionario. 9. 428.
An in causa reconventionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Emendata l. si quis in rem 34. & explicata l. patet 70. de procur. 10. 429.
Exceptio que obstat deleganti an & quando obstat ei cui facta est delegatio. & emendatio §. apud Iulianum l. 4. D. de dol. except. 11. 432.
Anastasi constitutionem in l. per diuersas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quamquam ille sint. 12. 434.

LIBRI DECIMIQUARTI.

Explicata & emendata l. Pannonius Auitus 86. ff. de de acquir. hered. 1. 495.
De verbis fideicommissorum ad §. vlt. l. unum ex familia ff. de legat. 2. 2. 500.
Inconsulta Triboniani nota in l. Pamphilo 39. in princ. ff. de legat. 3. 3. 503.
Ad l. vlt. ff. de seruis export. 4. 505.
Alia

INDEX CAPITVM.

Alia Triboniani nota in §. 1. l. Pamphilo 39. ff. de legat. 3. 5. 506.
Prohibita alienatione extra familiam, non esse prohibitam extranei heredis institutionem & emendatio §. quindecim l. pater 58. ff. de leg. 3. 6. 508.
Ad §. fundum & §. Iulius Agrippa l. pater 38. ff. de leg. 3. & ad §. praedium l. qui solidum 78. ff. de leg. 2. 7. 511.
De sententia & emendatione §. libertis l. cum pater 77. ff. de leg. 2. 8. 513.
Ad §. fratre l. peto 69. ff. de leg. 2. 9. 515.
Explicatio & emendatio §. sed et si fundum l. unum ex familia 69. ff. de leg. 2. 10. 516.
An prohibitus alienare, & iussu fundum in familia relinquere, possit extraneum heredem habere ab intestato ad §. pen. l. pen. ff. de leg. 2. 11. 522.
Ad §. cum inter l. cum pater 77. ff. de leg. 2. & ad §. Iulius Agrippa l. pater 38. ff. de leg. 3. 12. 524.
Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare. 13. 526.
An fideicommissum reciprocum, quod ex iusta alienationis prohibitione inducitur sit semper conditionale an etiam aliquando purum. 14. 527.
Prohibitum extra familiam alienare an post denunciationem alienare impune possit. 15. 529.
Explicatio §. filiam l. pater 38. ff. de leg. 3. 16. 531.
Ad l. haec edita l. C. de sec. nupt. 17. 532.
An doli exceptio bonae fidei iudicium faciat quod prius sui stricti iuris Ad l. Seia 42. ff. de mort. caus. donat. 18. 534.
De replicationibus doli, quae bonae fidei iudiciis inesse existimantur ad l. 3. C. de except. 19. 536.
Cur testamentum non valeat sine heredis institutione, nec institutio sine aditione. 20. 538.

LIBRI DECIMIQUINTI.

De iudiciis bonae fidei, strictis & arbitrariis generalia quadam, nec minus tamen singularia. 1. 541.
Actiones arbitrarias, ex strictis fieri nunquam posse. Et observata Triboniani manus in l. quod Epheji 4. §. 1. ff. de eo quod certo loco. 2. 543.
Non sicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam. 3. 546.
Observata Triboniani adnotatio in l. promissor 21. §. 1. ff. de consit. pecun. 4. 549.
Alia quadam observata & emendata in eo. tit. ff. de consit. pec. & ad l. si heres 73. ff. ad SC. Treb. 5. 551.
De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem. 6. 556.
Vera ratio differentiarum de quibus proxime dictum est. 7. 558.
Pessime a compositoribus corruptum Cay responsum in §. si reo l. si a reo 70. ff. de fideiuss. 8. 562.
Ad l. vlt. C. de inst. & subst. 9. 565.
Ad l. precibus 8. C. de impub. & alijs subst. 10. 569.
De breuiloqua ut vocant & reciproca substitutione ad l. in testamento 4. C. de test. milit. 11. 572.
Substitutionem directam siue a pagano siue a milite factam in casum agnita hereditatis nunquam ceteri fideicommissariam. Ad l. verbis 7. & l. centurio 15. ff. de vulg. subst. 12. 575.
Tribus locis corruptam esse l. precibus. C. de impub. & alijs subst. ac quomodo emendanda sit. Et ad l. Papinianus 43. ff. ad SC. Treb. 13. 581.
Explicata l. Scanola 76. ff. ad SC. Trebell. l. 4. Cod. de cod. l. si fundum 92. vltim. ff. de legat. 1. & alia pleraque de iure codicillarum tam ex testamento quam ab intestato 14. 584.
Melius quam antehac explicata Seneri & Antonini constitutio, de qua in §. non tantum. Inst. de cod. 5. 590.
Emendatio l. 2. §. codicillarum. ff. de iur. cod. & ad l. gene-

LIBRI DECIMISEPTIMI.

Explicatio l. i. C. de inoff. test. l. 2. C. de per. her. l. filium 20. §. sed quemadmodum. ff. de bon. possit. contra tabul. 1. 674.
Emendatio l. si heredem 10. C. eo. tit. de inoff. testam. 2. 677.
Emendatio l. Statius Florus 48. ff. de iur. fisci. 3. 679.
Emendatio l. 2. C. de transact. 4. 682.
Emendatio l. haec scriptura 26. ff. de cond. & demonst. 5. 683.
Corruptum fuisse a Triboniano responsum Marciani in l. filius familias. 114. §. apud Marcellum. de le. 1. 6. 685.
Emendatur §. si centum l. Imperat. 70. de leg. 2. 7. 687.
Emendatio l. i. C. de ord. iud. 8. 689.
Explicatur & emendatur l. tutor decedens 26. ff. de liber. legat. 9. 691.
Indicatur Triboniani smus in l. i. eo. tit. de lib. leg. 10. 695.
Alij Triboniani smi tres in l. si quis reum. §. eo. tit. de liber. legat. 11. 696.
De sententia & emendatione l. si mandatu 59. §. creditor ff. mandat. 12. 700.
Resutatur Accursij distinctio circa debitoris pupillaris liberationem. 13. 702.

INDEX CAPITVM

Emendatio §. vsumfructum l. Stichum aut Pamphulum 95. ff. de solut. 14.703	ris, maxime in acquirenda seruitute: & ad l. si quis diu- tu. no 10 ff. seruit. vindicet. 10.828
Deprauatam esse à Triboniano sententiam l. seruus decern. 68. eod. tit. de solut. 15.709	Ad l. 3. §. ductus aque. ff. de aqua quodid. & estina. 11.830
Emendatur l. si alterius 10. D. de hered. inst. 16.712	Ad l. si quis emptiois 8. C. de prescripti. 30. vel 40. anno- rum obseruatus Triboniani error. 12.832
De sententia & vera lectione l. pen. D. de coll. dot. 17.714	De seruitutibus qua in superficie consistere dicuntur. Item de iis que superficiario constituuntur ab herede pendente conditione legati. 13.833
Ad l. generaliter 6. in princ. C. de inst. & substu. 18.718	Explicatio l. nam satis 6. §. 1. quemad. ser. amit. 14.835
Interpretatio l. Lucius 85. ff. de hered. insti. 19.724	De differentiis urbanorum & rusticorum pradiorum, ut em- que seruitutum urbanarum & rusticarum, & de variis seruitutibus. 15.837
Ad §. ex facto lex facto 17. ff. ad SC. Treb. 20.728	Interpretatio l. ult. D. commun. prad. l. vsumfr. 26. D. ac sti- pul. seruorum 16.840

LIBRI DECIMIOCTAVI.

I n signis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l. quannus. 8. §. si malter. ff. ad SC. Peltian. 1.731	Retractata questio, An coniunctis personis non in potestate constituitur acquiri possit aliqua actio ex alterius stipu- latione. 17.843
Indicantur alia Triboniani additiones in l. sed est lege 25. §. adeo. ff. de petit. hered. 2.734	De fideicommissio quod quis à depositario aut alto debito- re suo reliquerit. Ad l. Publia. 26. ff. de posu. & l. si pecunia 77. de leg. 1. 18.845
Alia Triboniani additio in ead. l. sed est lege. §. quod au- tem quis. 3.737	Obseruata Triboniani manus in l. Caius 45. ff. sol. mar. l. quodcumque. §. si quis ita. de ver. obl. l. pater. 7. C. ac pacti. conuent. 19.846
Ad l. filiusfam. 114. §. diui. 11. de legat. 1. 4.741	Quid Iustinianus significare voluerit iis verbis, & a iis quibusdam modis, in §. omnium. Insti. de act. & de pra- iudicialibus actionibus & interdictis. 20.848
Ad l. post mortem. 12. C. de fideic. 5.744	
Ad l. mulier que in duobus. 22. in princ. ff. ad SC. Trebell. 6.746	
Ad §. vtrum autem l. apud Iulianum 11. ff. eod. tit. Ad SC. Trebell. 7.751	
Ad vers. ultim. d. l. apud Iulianum & ad l. ille à quo 13. in pr. eod. tit. 8.755	
Ad l. sed cum ab herede 12. ff. eod. tit. 9.760	
Emendatio & explicatio §. si ego heres l. cogi 16. ff. eod. tit. ad SC. Trebel. 10.763	
Duo Triboniani smi ad Paulum in l. qui ita 66. §. 1. & §. ult. eod. tit. 11.766	
Ad §. tempus est l. ille à quo 15. ff. eod. tit. ad SC. Trebel. 12.769	
Ad §. ult. l. facta 63. eod. tit. l. si non lex 83. §. 1. ff. de hered. inst. l. tractabatur 14. ff. de testam. milit. 13.771	
Ad l. si Titio & Menio 61. de legat. 2. l. 1. §. ult. de leg. 3. l. 2. §. ult. ff. de suis & legit. l. 4. C. ad SC. Treb. 14.775	
Emendatio l. pater meus 29. §. ult. de legat. 2. & retracta questio l. 1. §. quod ex substitutione. & §. si coheredis. ad leg. Falcid. 15.781	
Emendatio l. 1. §. pen. ff. de his que in testa. delent. 16.785	
Explicatur tit. de his que in test. del. 17.787	
Ad §. ult. l. si quis seruum 8. & ad l. cum autem 9. ff. de leg. 2. 18.793	
Quenam actio detur fideicommissario pro consequendo de- bito per heredis aditionem confuso, ad §. si ex Trebellia- no l. ita tamen 27. ff. ad SC. Treb. 19.800	
Ad l. fideiuss. 29. §. pen. & §. hoc idem. ff. mand. & l. cum de indebitio. 25. ff. de probat. 20.805	

LIBRI VIGESIMI.

I nterpretatio l. Arescusa 15. ff. de statu hominum. l. 852	Quando inspiciendum sit tempus quo conditio impletur quando tempus quo sit implet. & ad l. ult. ff. de cond. inst. l. idem erit. 16. de stat. hom. 2.855
Emendatio d. l. Arescusa. 15. ff. de stat. homin. 3.857	De sententia & emendatione l. si fuerit 10. §. planè. ff. de re- bus dub. 4.858
De reconuentione. 5.860	Quid noui à Iustiniano inductum sit in reconuentionibus 6.862
De sententia l. qui non cogitur 22. D. de iud. l. nulli. 10. C. eodem. & de laico clericum reconueniente coram iudice. laico. vel contra. 7.864	
In actionibus in rem nunquam esse locum reconuentioni. 8. 865	
De actionibus in rem singularia quadam. 9.868	
Nullas esse actiones mixtas in rem, & in personam, & e- mendatio. §. quadam actiones. Insti. de act. 10.870	
De distinctione dominiorum bonitarij & Quiritarij, are- etij & vtilis. 11.873	
De seruitutibus per aditionem confusis à legatario vel fideicommissario restituentis ad l. Papinianus 38. a- lias l. in omnibus ff. de seruit. & l. si ei 9. ff. comm. prad. 12.876	
De confessoria & negatoria actione: & de differentia vin- dicationis seruitutum & rerum corporaliu ad §. aequè vers. sane. Insti. de act. 13.878	
Emendati varij loci in tit. D. que in fraud. creditorum. 14. 881	
Ad l. ult. §. ult. eod. tit. que in fraud. cred. & ad l. ult. C. eo. 15.883	
Actionem Paulianam neque pignoratitius creditoribus da- ri, neque in rem esse. 16.884	
De pignore rei aliena. l. 1. in princip. ff. de pig. & confirmata Pauli à Modestino dissentio. 17.886	
Ad tit. de oper. libert. varia obseruata & emendata. & ad tit. Quorum rerum actio non detur. 18.889	
De operarum editione, estimatione, & indictione. 19.864	
Ad l. frater à fratre 38. ff. de conduct. indeb. 20.898	

LIBRI DECIMINONI.

E xplicatio l. 1. C. de donat. ante nuptias. 1.809	
Explicatio l. 2. C. de dot. caut. non numer. eiusque concu- latio cum l. 1. C. de don. ante nupt. 2.811	
De fictione breuis manus, & ficta iraditione circa speciem l. 1. C. de donat. ante nupt. & l. 2. C. de dot. caut. non nu- mer. 3.814	
Triboniani manus in l. Diui fratres 27. ff. de liber. caus. 4.817	
De nunciacione noui operis pro seruitute ad l. qui viam 14. ff. de ope. noui nuntiat. & l. unica. de remiss. 5.818	
De oppigneratione seruitutum. 6.820	
De differentiis seruitutum urbanarum & rusticarum: item constituarum & constituendarum, si de ipsarum oppi- gneratione queratur. 7.822	
De oppigneratione vsus. vsus. & habitationis. & ad l. 1. ff. de vsu. legat. 8. 8.824	
De vsucapione & longa quasi possessione seruitutum. 9.826	
De differentiis vsucapionis, & prescriptiois longi tempo- ris. 10.828	



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIAE DVVIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV PRÆ- fidis Primarij,

CONIECTVRARVM LIBER I.

Explicatur l. qui Romæ 122. in princip. D. de verb. oblig.

CAPVT I.

SVMARIA.

- 1 Duplex legis qui Romæ, interpretatio à Doctoribus allata reycitur.
- 2 Duplex eiusdem legis lectio.
- 3 Noua eius interpretatio.
- 4 Quomodo differat qui in certam diem debet, ab eo qui in incertam diem.
- 5 Plus prestare eum quam debet. qui ante diem soluit.
- 6 Quis sit effectus obligationum ex quibus quid prestari certo loco debet?
- 7 Explicatur §. cum ita l. continuus ff. de V. O.
- 8 Ratio dubitandi in d. l. qui Romæ.
- 6 Quenam vsura per oblationem congruo loco & tempore factam impediatur.



LEGIS qui Romæ, in princi- pio, de verborum obligat. du- plex interpretatio afferri so- let: vetus vna, & communi fe- rè omnium interpretum con- sensu recepta, vt incongruo loco, & tempore, facta obla- tio debitori non proficit: noua altera, vt debitor, qui diuisis

pensionibus ex conuentione pecuniam debebat, si integram eam primo mense offerat, licet incongruo loco, & tempore, sibi tamen preiudicet, vt presenti die quantitas ab eo integra peti possit. Sed quemad- modum prior interpretatio ridicula est, quia, siue de principali, siue de vsurarum obligatione quaeratur, ob- ligationem incongruo loco, & tempore, factam de- bitori non prodesse tam apertum est, vt probabile nō sit de eo consultum Scauolam fuisse: Ita posteriorem admittendam non esse ex eo intelligimus, quod ini- quissimum esset oblationem incongruo loco, & tem- pore factam debitori nocere: qui summam integram non simpliciter obtulit, sed cum ea adiectione, & cō- ditione, vt quod debitori vsurarum nomine proro- gauerat, in debitum computaretur. Vnde Scauola querit, An cum oblatum sit integrum debitum, com- putatis scilicet vsuris iā prorogatis, nihilominus cre-

ditor integram summā sua die petere possit, sine vllā vsurarum iam prorogatarum computatione. At ne- que huic posteriori interpretationi conuenire poterit, quod lex ait, posse stipulatorem sua die ibi vbi solu- endam stipulatus est, integram quantitatem petere. † Siue enim Florentinam lectionem sequamur, & so- lutionem per menses tres diuisam fuisse dicamus, non potest verum esse, sua die integram pecuniam peti antequam dies omnes venerint. l. si necessarias. 8. §. si annua. D. de pign. act. Siue post tres menses, vt vulgo legitur, & legendum esse probabilis est, solutionem fieri debuisse existimemus, apertissima est Scauolæ sententia, non nisi post tres menses integram quantita- tem peti posse. † Alia igitur interpretatio quaerenda est, & illud primum intelligendum, quod nescio an quisquam adhuc animaduertit, oblationem in ea spe- cie congruo loco, & tempore, factam fuisse. Ac congruo quidem tempore, quoniam inuito creditori ante diem solui potest. l. quod quis 50. D. de oblig. & actio. l. stipulatio ista. 38. §. si inter. l. continuus 137. §. cum ita. D. de verb. oblig. l. quod certa 70. D. de solut. quibus om- nibus in locis quod dicitur ante diem solui posse, haud dubiè sic intelligi debet, vt & inuito creditori possit; † Nam in d. §. inter. differentiam Vlpianus constituit inter certam, & incertam diem, quod is qui in certam diem debet, toto medio tempore liberam soluendi potestatem habet. Qui verò in incertam, ita demum videtur prestare quod promisit, si post diem euentum soluere paratus sit. Ac differentia nulla erit, nisi sic Vlpianus intelligatur, vt qui in diem certam pro- misit, statim creditori inuito soluetē possit: cum & qui in diem incertam promisit, si confestim soluat creditore consentiente, vtique liberetur. Et in d. §. cum ita. eleganter Venuleius distinguit inter solu- tionem, & petitionem, vt obligatione in diem con- cepta solui ante diem possit, peti verò non possit. Atqui volente debitor etiam ante diem peti nihil vetat. Ergo ita hoc explicandum est, vt quamuis ab inuito debitor ante diem solui possit † Quidni verò? cum is qui ante diem soluit plus prestet, quam debeat. l. La- uolens. 15. in fi. D. de ann. legat. quia dici adiectio est pro

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

SVMARIA.

- 1 Quo sensu necessaria impensa dotem ipso iure minuire discantur?
 - 2 Vtilis impense dotis repetitionem non morantur.
 - 3 Casus quo fundus in dotem datus propter impensis necessarias, dotalis esse desinat.
 - 4 Ratio cur impensa necessaria que totius fundi estimationem exequant, efficiant ut totus dotalis esse desinat, si vero partem tantum, ne pro ea quidem parte dotalis esse desinat.
 - 5 Necessaria impensa que dicatur?
 - 6 Quo sensu Vlpianus dicat impensas necessarias dotem minuire?
- Emendatur l. 5. ff. de impens. in res dot. fact.

reo, non pro stipulatore. l. eum qui 41. §. ult. D. de verb. oblig. l. intra 7. D. de re indicat. Vnde etiam illud est, quod Paulus respondit in l. qui res. 98. §. mihi decem. D. de solut. eum, qui mihi Calendis Februarijs dare promissit, si eadem Titio solutionis gratia adiecto Calendis Ianuarijs promittat, ei recte soluere: quia cum in diem sit mea quoque obligatio, etiam mihi, inquit, solui potest ante Calendas Februarias. Mihi scilicet, inuito, ut recta ratio sit, & conueniens ei de quo Paulus querit, An promissor qui Titio Calendis Ianuarijs inuito me soluit liberetur. Congruo quoque loco factam esse oblationem in specie l. qui Rome. illud probat, quod quamuis debitor pecuniam Romæ obtulisse proponatur quam in longinqua prouincia post menses tres datum se spononderat, post paucos tamen dies eam obtulit, ut lex ait, hoc est, ut ego interpretor priusquam in longinquam illam prouinciam perueniri posset. Ex quo apparet, factam esse oblationem eo tempore quo pecunia certo loco debita esse dici nondum poterat, & cum huiusmodi obligationibus ex quibus prestari quid certo loco debet, tacite insit tempus intra quod ad eum locum perueniri possit dict. l. cum ita. §. si ita quis. D. de verb. obligat. Cuius rei effectus ille est, ut toto eo tempore quo tacite inest inuito creditor solui possit vbi que, ut Venuleius ait in d. §. cum ita. quamuis post id tempus, hoc est cum iam certo loco deberi incipit, alibi inuito stipulatore solui non possit. l. pen. de eo quod cert. loc. & Sic enim accipi debet, quod scriptum est in d. §. cum ita. vel quia vbi que potest soluere, ut vbi que inuito creditor solui possit, licet Accursius & ceteri passim aliter interpretentur. Ille vero eius loci sensus est, promissorem qui cum Romæ esset, Ephesi daturum se promissit, transacto tempore intra quod Ephesum perueniri potuit, ex stipulatione teneri, quod per eum steterit, quominus obligationi satisfactum sit, non solum quia Ephesi per alium dare, sed etiam quia ipse vbi que soluere potuit, eo scilicet tempore ante quod Ephesum perueniri potuit: neque enim ante id tempus Ephesi potius quam vlllo alio loco debitum fuisse dici potest. Ergo in proposita specie l. qui Rome. oblationem congruo loco, & tempore factam rationem esse: & eamque perelegatam notat, cum in integram summam qua stipulatione obligatus erat, obtulerit. Propter quam videbatur oblationem congruo loco, & tempore, factam debitori prodesse debere. Sed aliquid Scæuolæ iudicium est, ut perinde ac si facta non esset, creditor possit integram summam non computatis vsuris prius iam prærogatis, sua die, & loco destinato, exigere: Ratione illa, ut videtur, quod huiusmodi vsuræ non propter moram, sed ex conuentione prorogate sunt, indeque fit ut minus offerat debitor qui pecuniam sibi creditam offert detracta ea summa quam creditori suo vsurarum nomine protogauerat. ¶ Generaliter igitur diffiniri potest, oblationem congruo loco, & tempore, factam, impedire quidem moram, & vsurarum ex mora debitarum exactiorem, aut retentionem. l. Scia 12. D. de vsur. l. l. l. 41. D. de reb. cred. sed non earum, quæ ex conuentione debentur. Neque enim sine maxima creditorum iniuria aliter constitui possent, quos, sine scenore non credituras, iucro vsurarum conuentarum fraudari non oportet. Fraudarentur verò, si debitoribus, pecuniam creditam qua diu fortè vsi essent, ad dictam diem, aut ante diem sine vsuris restituenda potestas esset.

Quo dicitur vulgò dici solet impensas necessarias ipso iure dotem minuire, l. dotē 61. de ritu nupt. l. 1. §. 1. l. pen. de impens. in reb. dot. fact. l. 2. de dot. præleg. Paulus in l. si is qui Stichum 56. §. 2. de iur. dot. ita interpretatur, ut tamen non efficiant res dotales aliqua ex parte desinere esse dotales: quod ipsum sic accipiendum est, ut fundus in dotem datus tanquam pro impensis necessarijs solutus & velut compensationis iure marito non acquiratur: (cum namque mulieri impensas offerenti restituendum esse certissimum est:) ceterum impensæ necessariae hætenus efficiunt fundum desinere esse dotalem, ut quandiu earum nomine marito satisfactum non erit, fundus ab eo repeti non possit. §. antepen. Instit. de act. l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. ¶ In quo necessariae ab vtilibus differunt, quæ siue volente, siue ignorante aut inuita muliere factæ sint, nunquam eiusmodi sunt, quæ dotis repetitionem impedire aut remorari possint: sed siquidem sine mulieris voluntate factæ sunt, exactiorem duntaxat habent: si verò muliere volente deduci tantum possunt, id est per exceptionem pignoris quodammodo nomine retineri, l. voluptuaria 7. cum l. sequen. de impens. in reb. dotal. fact. l. 7. §. vltim. D. solut. matrim. l. impensa 79. de verb. significat. At longè aliud est impensis necessaria ipso iure dotem minui: aliud verò pignoris nomine dotem retineri ob impensas vtilis quas mulierem, cuius voluntate factæ sunt, prestare æquum est. l. dotē 5. D. de dot. præleg. Nam & hodie post Iustiniani Constitutionem in l. vnica. §. sed nec ob impensas. C. de rei vxor. adion. dubitandum non est dotis propter impensas necessarias retentionem superesse: quam tamen propter vtilis licet mulieris voluntate factas, penitus sublatam esse certissimum est. Neque enim voluit Iustinianus aut ex iuris ratione velle potuit, ut dos impensis necessarijs imminuta, ante earum restitutionem peti possit: sed id tantum constituit, ut cum peti dos potest, quod contingit, vtilibus impensis in eam quodammodo factis, nulla ei pignoris nomine eam quodammodo factis, nulla ei pignoris nomine retentio obici possit, sed omnimodo dos restituatur, tum impensæ vtilis mandati vel negotiorum gestorum actione repetantur. ¶ Quod autem diximus impensas necessarias non efficere ut fundus in dotem datus omnino desinat esse dotalis, exceptionem vnâ habet: nisi in eum tantum impensum sit per partes quanti ipse fundus est: quo casu Scæuola dicebat fundum omnino desinere esse dotalem, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit, ut Paulus refert in dict. §. 2. l. 50. de iure dot. Intra annum igitur fun-

fundum dotalem remanere Scæuola putabat ea ratione, quod si dotalis esse desineret, alienari posset: alienatus autem postea data pecunia rursus dotalis fieri non posset. Sed Paulus contra putat, statim desinere esse dotalem: neque tamen interim, id est intra annum mulieri ad offerendas impensas, datum alienari posse, quoniam et si dotalis non sit, in eo tamen est, ut muliere impensas restituente in causam dotis teneri possit: neque verò nouum est, ut etiam eius fundi, qui dotalis non est, alienatio lege Julia inhibeatur: sufficit enim, mulieri actionem de dote competere posse, licet interea non competat. l. 3. D. de fund. dotal. ¶ At difficilius sciri potest cur impensæ necessariae, quæ integram totius fundi estimationem æquant, efficiant ut totus desinat esse dotalis: si verò partem duntaxat æquent, ne pro ea quidem parte dotalis esse desinat. Nisi fortè ita constitutum dicamus, quod cum impensa tanti est, quanti totus fundus, videatur dici posse fundum desinere esse dotalem sine iniuria mulieris, cuius reuera nihil interest fundum illum habere, quem nisi prius oblata integra estimatione habere non possit: quanquam illius affectioni hætenus indulgetur, ut si fundum habere vel potius redimere malit, maritus estimationem intra annum accipere compellatur. At cum pro parte duntaxat estimationis fundi impensa facta est, semper mulieris interest partem illam potius habere, quam eius estimationem, vel eo saltem nomine, quod alia pars ei superest quam ab alia diuisam habere nolit: neque enim inuita, aut ignorans ad communionem compellenda est, l. si non sortem 26. §. si centum. de cond. indeb. Eleganter verò Paulus, sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, & c. ¶ Cum enim necessaria impensa ea sit, qua non facta dos imminuitur. leg. impense 14. de impens. in reb. dot. fact. l. 79. de verborum significat. apparet necessariam dici non posse eam quam integram totius dotis estimationem absumit: quanquam facile contingere potest ut eadem impensa necessaria sapius facta dotem exæquet, atque adeò superet. Quod cum Ioannes & Accursius non animaduertent, dixerunt Paulum exempli gratia scripsisse per partes, neque dubitandum quin idem dicendum sit & si vnica impensæ dotis estimationem æquauerit, quod tam est ridiculum, quam cetera fere omnia, quæ de ista questione apud Accursium leguntur, in cuius glossis omnia sunt ita inuoluta & incerta, ut ex iis vix aliud quicquam intelligere possimus, quam nihil eum intellexisse. Putat enim impensas necessarias efficere, ut quasi pignoris nomine retineri dos possit, quod disertè negat l. 5. de dot. præleg. tum Pauli & Scæuolæ eandem sententiam esse vult, ut fundus in quem tantum impensum est quanti ipse fundus est, remaneat quodammodo dotalis, cum tamen Paulus dicat magis esse ut in causam dotis reuertatur: quibus verbis Scæuolæ sententiam manifestissime corrigit. ¶ Eandem questionem Vlpianus tractat in l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. - quid sit quod dici solet impensas necessarias ipso iure dotem minuire. Id autem ita interpretatur, ut efficiant fundum desinere esse dotalem: id est, quemadmodum supra interpretati sumus, ut quandiu earum nomine marito satisfactum non erit, fundus ab eo repeti non possit, non autem ut ipse fundus aut singula corpora dotalia ipso iure diminuatur. leg. 1. §. 1. de dot. præleg. Rationem verò subiicit, quod absurdum esset diminutionem corporis fieri propter pecuniam. Cuius sententiæ vis illa est, ut pro impensis necessarijs nullam corporum dotalium partem retinere inuita muliere

maritus possit, quasi ex iis ipsis sibi soluerit quod pro eis impendit: & ex diuerso ut ipsa mulier nullam fundi partem petere possit, nisi prius oblatis impensis in totum fundum factis, licet earum longè minor sit quam totius fundi æstimatione. Quibus consequenter scribit, Vbi ergo admittimus, diminutionem dotis ipso iure fieri vbi non sunt corpora, sed pecunia, & c. Hic verò ingenuè fateor me non intelligere quid sibi Vlpianus velit, hoc est quid illud sit de quo querit, multoque minus quid respondeat. Cum enim proximè dixerit, corporibus in dotem datis, impensas necessarias ipso iure dotem non corpora minuire, cur querit vbi binam admittamus diminutionem dotis ipso iure fieri? Rursus quod respondet, ibi demum diminutionem dotis ipso iure fieri vbi non sunt corpora, sed pecunia, vel vbi corpora sunt æstimatione, verum non videtur, cum certissimum sit his casibus ipsorum corporum, itemque pecuniæ non dotis diminutionem fieri. Nam in pecunia ratio admittit propter pecuniam diminutionem fieri. Recte verò in pecunia, non in pecuniaria dote: cum & in ea dote quæ ex corporibus constat, ratio patitur diminutionem fieri, sed non in ipsis corporibus: nisi fortè æstimatione sint: quo casu ipsorum æstimatione in dotem data intelligitur, l. quoties 5. Cod. de iure dot. ¶ Ego corruptum esse hanc Vlpiani locum non dubito, & quam vniuersam connectura assequi possum, ita restituendum, ut pro eo quod vulgo legitur ipso iure, reponamus ipsa iure, in illis verbis, vbi ego admittimus diminutionem dotis ipso iure fieri? itaque in illis sequentibus, ipso iure dos diminuitur. Paria enim sunt diminui dotem ipsa in re, & ipsam rem dotalem, non dotis vniuersitatem diminui. Quam verò facilis & lubricus hic error fuerit tam apertum est, ut ab omnibus hanc nostram emendationem vel eo solo nomine statim probatam iri confidamus.

CAPVT III.

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

SVMARIA.

- 1 Dote à marito uxori relegata quid debeat?
- 2 Intere ratio legis Manio 41. §. 1. de legat. 2. ab Accursio tradita reuocatur.
- 3 Improbatur Gouerni opinio & interpretatio legis ab eâ allata.
- 4 Bartoli & Butrigarij peculiare sententiæ de horum verborum differentia, peruenisset & peruenit.
- 5 Multum interesse vtrum maritus uxori dotem leget, an extraneus.
- 6 Differentie ratio redditur.
- 7 Ratio editi de alterutro, eiusque abrogatio.
- 8 Deducendi verbum in d. l. Manio, ad vtilis tantum impensas, non etiam ad necessarias pertinere.
- 9 Taxationem quid dicatur?

Multum interest vtrum uxori suæ dotem testator ita leget, Quicquid propter Titiam ad me dotis nomine peruenit, tantam pecuniam heres meus ei dabo, an verò ipsius heredis vxor, hoc modo Quicquid propter Titium ad te peruenit. ¶ Hoc enim posteriore casu, tota dos sine vlla deductione impensarum mulieri debetur, & taxationis loco habentur verba illa, quicquid ad te peruenit. Priore verò, cum vir uxori dotem relegat, id tantum legare videtur, quod in iudicio de dote mulier consequi possit, ut Iureconsultus ait in l. Manio. 41. §. 1. de legat. 2. ¶ Cuius sententiæ quæ-

tandem contra Proculianes obtinuit. *l. cum quis. 38. §. de iud. l. si quis. 92. in ff. de fideiuss. l. de iud. 21. §. quod si hoc seruus. de fideiuss. §. Quid ergo si res ex propria persona competat exceptio aliqua quæ fideiussori non competeat? Inge stipulatorem pactum fecisse de non petendo res duntaxat (quod fideiussori non prodesset) etiam est. *l. nisi hoc duntaxat. 11. de pact. §. am non inquit. ut periclitari stipulationem & exceptione summocti. quam ipse fideiussor aut qui libet ipse heres obicere nullam possit. ita si res est. Et idem stipulatori succurrendum est. ut si res ex persona sua conueniatur exceptio fideiussori non competente vult fuit. in factum vel doli mali replicatio stipulatori datur. Dolo namque reus facit, qui cum fideiussori heres exierit, id tamen recusat solvere quod alius quilibet fideiussori heres solvere compelleretur. Quæ sententia est *l. cum res. 14. de fideiuss. in qua manifestum est addita negatione legendum esse exceptionem fideiussori non competente. Nam si receptam legationem sequamur, siue exceptionem res & fideiussori communem fuisse dicamus, verum non erit quod Iuliano ait, stipulatori dandam in factum vel doli mali replicationem, cum in dolo non sit res idemque fideiussori heres qui exceptione sihi & fideiussori competente vitur: siue exceptionem hanc soli fideiussori competere dicamus cum Accursio & Bartolo, non video quomodo res ex persona sua, id est tanquam reus conueniatur, exceptionem soli fideiussori competentem opponere possit: quod cum fecit, non tam dolo profecto quam fuit, hoc est iuris imperitia, facere credendus est, præsertim cum tota fideiussoria obligatione sublata fideiussoriam quoque exceptionem omnino peremptam esse necesse sit.***

CAPVT VI.

Defenditur responsum Scauolæ in l. prædia. 27. §. liberto, de instr. legat.

SVMARIA.

- 1 Species, dicti §. liberto.
- 2 Accursij error ob non intellectam dicti responsi rationem.
- 3 Alienatum non videri, quod nondum traditum, aut cuius nomine venditori non est satisfactum.
- 4 Differentia inter legatum fundi instructi, & legatum fundi cum omnibus que in eo sunt, ex qua prima Accursij obiectio refutatur.
- 5 Secunda obiectio contra dictum Scauolæ responsum.
- 6 Differentia inter usufructus & proprietatis legatum.
- 7 Tertia obiectio diluitur.
- 8 Generali legato eorum omnium que in aliquo loco sunt Calendarium non contineri.
- 9 Legatis omnibus que in domo sunt an, & qui nummi contineantur?
- 10 Non præsumi diligentem patremfam. pecuniam otiosam habere.

¶ Cvm Pamphilo liberto heredi ex parte scripto patronus per præceptionem fundum legasset, eo adiecto, cum instrumento & his que in eodem erunt cum moriar: Scauola respondit etiam vinum in eo fundo repertum quod viuis tellator vendiderat, & cuius pretij partem tertiam acceperat. ad Pamphilum libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi manifestè contrariam defuncti voluntatem coheredes approbent. ¶ Cuius responsi rationem Accursius non intelligens, in proposita specie contrariam testatoris

voluntatem liquere ex Rogertij sententia contrariam, inquit, si post factum testamentum testator vinum vendidisse proponatur, quod hec alienatio argumentum quoddam sit mutatae voluntatis argum. *l. si non. 3. de leg. 1. l. fideiussor. 11. §. si non facer. de leg. 3. atque ita efficit ut quod in proposito casu ad libertum pertinere Scauola respondit, prius contraria interpretatione ad coheredes pertinet, nisi contrariam voluntatem libertus approbet, cuius tamen probande onus incumbere coheredibus Scauola scribit. Quod quemadmodum indistinctè scribit, ita ego generaliter verum arbitror fore an. que post factum testamentum facta venditio sit. ¶ Vnoque enim casu dici potest, nondum videtur alterum vinum quod nondum traditum est, argere aut cuius nomine venditori pretium solutum antea modo satisfactum non est. *l. quod tradidit. 15. de verbor. oblig. §. tradidit. l. si. de verbor. oblig. ex quo ad Accursij obiectio respondere potest. Planè pro qua parte solutum pretium est, vix dici potest vinum præceptionis legato contineri: & probabilius est verba illa. *etiam in doli remanent. de vino cuius pretium solutum non est, accipi debere: neque enim videtur in doli remanere vinum quod quandoquaque valente emptore auferri potest. Pretium autem iam acceptum liberto ex causa præceptionis restituendum esse ex propositi legati verbis dici nullo modo potest. Verum igitur est quod Scauola respondit, vinum à testatore venditum, quod tamen in doli remanere ad legatarium, hoc est libertum coheredem ex causa præceptionis pertinere. Cuiusmodi obiectio *l. quæsitum. 12. §. Celsus. hoc iud. vbi agitur de legato fundi instructi, ¶ quod multum differt à legato fundi cum omnibus que in eo sunt: neque enim quæcunque in fundo sunt, instructi appellatione continentur, sed ea duntaxat que ideo in fundo sunt vt eo sit instructior paterfamilias. *d. l. quæsitum. §. idem respondit de no. instr. 23. cuiusmodi profectò non sunt ea que venalia sunt, præsertim vina, quibus licet venalia non sint, fundus tamen instructus intelligi non potest. *l. si. 15. §. 1. eodem. ¶ Minus verò ad rem pertinet quod idem Scauola respondit in l. generalis 32. §. vni. de instr. legat. domum & omnium rerum que in eis essent usufructu legato, non videri testatorem de his legandis, que venalia essent, sensisse. ¶ Magna enim est hac parte inter usufructus & proprietatis legatum differentia: siquidem qui usufructum legat, non potest videri cogitare de his que venalia habet, nisi forte quis dicat pecuniam ex his redactam quasi usufructum constituisse testatorem voluisse: quod tamen neque testatoris verba inducunt, neque heredis fauor patitur vt in dubio sine coniectura admittatur. At legata proprietate omnium rerum que in domibus sunt, dici non potest quid impediatur quominus etiam ea que venalia sunt legato contineantur. Nisi aliquid fortè sit ex quo contraria testatoris voluntas appareat, vt si dixerit, cum omnibus rebus suis: hæc enim adiectio efficit vt de his duntaxat rebus videatur sensisse testator quas in usus suos, non quas venales habuit. *l. argumento. 25. §. si quis addiderit. l. pediculis. 32. §. item cum quaeretur, de aur. & arg. legat. ¶ Postremò non obstat quod dici solet, fundo legato cum omnibus que ibi sunt, ea que ad tempus ibi sunt non videri legata. *l. si fundus. 44. de legat. 3. Nam in proposita specie, siue post testamentum vinum venditum esse dicamus, non ideo tamen fit vt testamenti tempore venale fuerit, cum plerumque contingat vt que********

prius vendere nolimus, postea mutato consilio vendamus: siue ante testamentum facta venditio sit, manifestum est testatorem qui viuo iam venditio legauit omnia que in fundo sunt, neque vinum ab eo fundo abstulit, voluisse vt ad libertum ex causa præceptionis pertineret. Illud etiam dici potest, legatis omnibus que in fundo sunt, ea tamen legata non intelligi que in alium locum translata testator voluit, vt in specie *l. ex factis. 35. §. vltim. de here. inst. l. si ita. 86. de leg. 3. l. penultim. §. vltim. de aur. & arg. legat. At aliud probandum esset in iis que testator tandiu in fundo remanere voluit, quandiu sua essent: hæc enim verè dici possunt ita esse in fundo, vt ibi perpetuò sint. Sequitur apud Scauolam, in eo fundo instrumenta Calendarij & nummos reliquit. Responsum est de nummis quoque, vt supra responsum est. Ergo de Calendario non idem responsum est: neque enim nomina debitorum in aliquo loco esse dici possunt, *l. si fideicommissum. 50. §. 1. de iudic. §. & idem generali legato eorum omnium que in aliquo loco sunt, nunquam Calendarium continetur. *l. Causa Seius. 36. de leg. 2. l. uxorem. 41. §. legauerat. l. quæsitum. 78. §. 1. l. si mihi. 92. in princ. & §. vlt. l. prædiis. 91. §. pater. de leg. 1. Atqui supradictis locis eadem videtur constitui ratio nummorum & Calendarij, vt in *d. §. legauerat. d. l. quæsitum §. 1. & l. si mihi. §. vlt. ¶ Sed cum de nummis queritur, certum est distinguendum esse, an fœnerandi, an verò præsidij causa in fundo sint, vt hoc casu legato contineantur, priore verò non contineantur. *d. l. si fundus. 44. §. si chorus. 79. §. 1. si ita. 86. de legat. Quod cum ita sit, queri adhuc potest, Cur tot locis indistinctè scriptum sit, pecuniam numeratam legato generali non contineri. ¶ An quod in dubio præsumendum non sit prudentem & diligentem patremfamilias pecuniam otiosam habere voluisse? Igitur legatario incumbit onus probandi pecuniam repertam fœnerari destinatam non fuisse. Quid ergo est, quod ait Scauola nummos repertos ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi manifestè contrariam defuncti voluntatem coheredes approbent? Puto fauorem heredis efficere vt in dubio probationem à legatario exigamus, argum. *l. fideicommissum. 11. §. si quis decem. de legat. 3. inde verò fieri vt cum idem legatarius & heres est, vt in specie §. liberto. & l. 64. de leg. 3. probandi onus in coheredes transferatur. Illa namque verba testatoris, cum his que in eodem erunt, liberti legatarij & coheredis intentionem iuuant, vt nulla profus ratio sit, cur non aliis coheredibus probationis onus iniungatur potius quam ipsi liberto, cuius tanquam heredis & legatarij causa fauorabilior est. Neque verò huic nostræ sententiæ obstat *d. l. quæsitum. §. 1. vbi filio herede scripto, cui domus legata est cum omnibus que ibi sunt, nummos tamen deberi Paulus scribit. Primum enim verba illa, quod iam tibi maiorem partem facultatum dederim, facile possunt ita accipi vt tamen filius heres institutus non sit. Tum illa sequentia, contentus esse debet, satis indicant testatorem quam minimum facere potuit filio relinquere voluisse, vt proinde ex verisimili ipsius voluntate legatum strictè interpretemur, vt ad nummos non pertineat, nisi de his quoque legandis manifestè voluntas testantis adprobetur. Quæ etiam ratio esse videtur, propter quam ibidem Paulus respondet verba illa, argentum omne & suppellectilem & quodcumque habeo tibi doxo, quantumuis generalia sint, tamen ad argentum & suppellectilem que alibi esset non pertinere, nisi id quoque testatori placuisse legatarius probauerit.*******

CAPVT VII.

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

SVMARIA.

- 1 Prima questio circa responsum Scauolæ in princip. d. l. Seia.
- 2 Interpretatio verborum Scauolæ ab alijs tradita.
- 3 Verus eorum verborum sensus.
- 4 Altera questio circa idem responsum à Scauola non decisum.
- 5 Legatum fundi instructi cum rustico instrumento & suppellectile generale esse.
- 6 Conuoluitur l. quæsitum. §. pen. de instr. vel instrum. leg. cum §. pen. l. 18. ff. cod. tit.
- 7 Aliud esse generali legato certas species adijci aliud certi numeri speciem demonstrari.

¶ Circa responsum Seuolæ in princip. l. Seia. 20. de instr. & instrum. legat. de duobus queri potest. Primum, cur legatum generale in testamento factum ex codicillis petita interpretatione coangustetur: Alterum, cur legatum in codicillis ita relictum, fundos quos reliqui ita vt sum instructi rustico instrumento suppellectile, &c. generale non sit, vt etiam ea contineat que quotidiani vsus gratia comparata sunt, quemadmodum contineret si simpliciter instructi fundi legati essent. *l. quæsitum. 12. §. sed si fundus cod. ¶ Ad primum Scauola respondet, testamento quidem instructum fundum legatum (ita enim legendum esse vir doctissimus Iacobus Cuiacius feliciter & eruditè iam pridem obseruauit) verum non amplius deberi quam instructi appellatione contineri velle se manifestè ostendisset in codicillis, quos sane post obliuionem testamentariae scripturae fecisset. ¶ quorum verborum quis sensus sit Accursius non explicat. Alij sic interpretantur, vt testator in codicillis ostenderit quod in testamento prætermiserat, quid instructi appellatione vellet contineri. Sed interpretatio hæc, propositam dubitationem non tollit. Cum enim in testamento instructus fundus legatus sit, & huiusmodi legato contineantur etiam ea que patrisfamilias vsus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt. *d. §. sed si fundus, neque in codicillis detractum aliquid sit, sed additum, rustico instrumento suppellectile, &c. quæstio est cur ea duntaxat debeantur, que in codicillis instructi appellatione contineri velle se testator ostendit. Ad quam dubitationem proculdubio Scauola respondet iis verbis, quos sane post obliuionem testamentariae scripturae fecisset. ¶ Sensus autem est, testatorem, qui memor se in testamento instructum fundum legasse, postea adiecit in codicillis, rustico instrumento suppellectile, &c. non videri ita facere, vt legatum in testamento relictum imminuat, sed potius, vt augeat: argum. *l. quæsitum. §. penultim. hoc tit. At in proposito casu testatorem codicillos fecisse, post obliuionem testamentariae scripturae, id est cum amplius memor non esset se in testamento fundum instructum legasse, putaretque duntaxat fundum se legasse, vt colligitur ex iis codicillorum verbis, Postea mihi venit in mentem, Seia fundos quos reliqui, ita vt sum instructi rustico instrumento dari volo. Ex quo fit vt Seia ea duntaxat debeantur, que in codicillis testator expressit. ¶ Ad posteriorem dubitationem Scauola non respondet. Nos videamus an dici possit multum interesse an fundus legetur instructus cum rustico instrumento, & suppellectile, an verò instructus rustico instrumento, &c. ¶ Priore namque casu legatum fundi instructi generale est, ad quod vt etiam ea conti-***

neat quæ patrisfamilias usus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt: adiectio verò illa cum rustico instrumento, non tam imminuere quàm ex abundanti legatum augere creditur, vt Papinianus ait *diēt. l. quæsitum. §. penultim.* At cum fundus legatur instructus rustico instrumento, nullum est fundi instructi legatum generale, cum iam inde ab initio testator ostendat quid instructi appellatione contineri velit, scilicet rusticum instrumentum, supellestem, & cætera quæ specialiter expressit. Atque ita Scauolam sensisse vel ex eo apparet, quod ait in testamento in quo legatus erat fundus instructus cum suis villicis & reliquis colonorum peti potuisse omnia quæ fundi instructi appellatione veniunt, nisi posteriore legato in codicillis quos post obliuionem testamentaria scripturæ fecisset, testator quid instructi appellatione contineri vellet, manifestè ostendisset. † At rursus eidem Papiniani sententiæ in *d. l. quæsitum. §. penultim. de instr. vel instr. legat.* ob stare omnino videtur *l. cum de lanionis. 18. §. penultim. eod.* vixque vlla conciliationis ratio reperiri potest, nisi differentiam constitutam inter legatum hoc, *villam meam instructam lego cum supellestem*, & illud, *villam meam ita vt ipse possedi cum supellestem lego.* Hæc enim verba, vt ipse possedi, sua natura nihil significant, sed id duntaxat de quo testatorem sensisse apparet. *d. l. Sena. §. vltim.* Vnde fieri videtur, vt ex huiusmodi legato, *villam meam ita vt ipse possedi cum supellestem lego*, nihil debeatur præter supellestem & cætera quæ nominatim testator expressit. Quod secus est cum villa instructa legata est: hoc enim legato certum est quid contineatur, & obiectio illa, *cum supellestem*, pro legati augmento potius quam interpretatione habeatur. Planè si testator simpliciter ita legauerit, *villam vti possedi lego*, placet villam intelligi legatam vt instructa est, *l. prædys. 9. §. 1. de leg. 3.* non tam ex vi & proprietate legati vt arbitror, quàm quod in dubio nihil sit quod melius statui possit, ne si nihil præter villam deberi dicamus, verba illa *vti possedi* frustra adiecta esse fateamur. † Illud postremo obseruandum est, aliud esse legato generali certas species adici, aliud verò certi numeri speciem demonstrari. Hoc enim casu modus generi datus in his speciebus intelligitur, vt eleganter Papinianus ait in *l. leg. 9. de supell. leg.* vbi rationem hanc reddere videtur, quod priore casu species per imperitiam enumeratæ intelliguntur: posteriore verò apparet testatorem non intellexisse, in genere contineri eam speciem cui speciali enumeratione certum modum & numerum dedit. *d. l. cum de lanionis. §. cui fundum. de instr. vel instr. legat.* Hæc autem omnia Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes vulgo malè explicant, & nescio quid de participij per quod genus significatur determinatione ridiculè, vt pleraque alia, comminiscuntur.

CAPVT VIII.

Noua emendatio l. 7. §. si vir. sol. matr. & explicatio l. vlt. de fund. dotal.

SVMARIA.

- 1 Fructus appellatione non venire quod semel remotum non renascitur.
- 2 Quando impense in lapidicinas fundi dotalis à marito factæ ipsi præstanda sint?
- 3 Cuius sit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris?
- 4 An impensam in aperiendis lapidicinis factam mulier marito præstare debeat?

- 5 Difficultas duplex ex verbis Vlpiani in l. 7. §. si vir. ff. solut. matrim.
- 6 Maritum nihil iuris in rebus dotalibus habere nisi ratione fructuum.
- 7 Reijcitur Græcorum interpretum sententia.
- 8 Accursij & Bartoli interpretationem ipsius Vlpiani verbis contrariam esse.
- 9 Emendatur d. §. si vir.
- 10 Vlpiani ratio explicatur.
- 11 Ratio veteris lectionis, & explicatio. l. vlt. ff. de fund. dot.
- 12 Iauoleni sententia in d. l. vlt.

SI vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas inuenit, & aperuerit, multum interest an ea tales sint in quibus marmor crescat, & renascatur, quales in Gallia & Asia multæ sunt, an verò aliud marmor esse non possit, quam quod iis apertis extractum est. Illo casu marmor in fructu esse dicitur, posteriore verò non item: † nam vt eleganter Accursius ait, quod semel remotum postea non renascitur. *l. penultim. in princip. D. de contrahen. empt.* † Rursus si aperte lapidicinas sint eiusmodi, in quibus marmor non renascatur, distinguendum est, an earum apertura fundus dotalis fructuosior, an deterior factus sit, facile namque contingere potest vt fructuosior fiat, puto si marmoris reperti maior sit quàm totius fundi, qui antea erat, restimatio. Fundo autem fructuosiore facto certissimum est impensas marito præstandas esse. *l. vltim. in princip. de impens. in rebus dotalib. fact. l. 7. §. vltim. solut. matrimon.* At si vel deterior vel non fructuosior factus sit fundus nulla ratio est vt harum impensarum, quæ nec necessariæ nec vtilis dici possunt, exactionem maritus habeat. † Quæ cum ita sint, si quaratur cuius sit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris, intelligimus responderi sine distinctione non posse. Nam si in iis lapidicinis aliud marmor nasci & crescere possit, id quod iam extractum est cum in fructu sit, vt diximus, ad maritum proculdubio pertinebit, ad quem omnes dotis fructus spectant, *l. dotis 7. de iur. dot. l. pro oneribus 20. Cod. eo.* Quod si aliud marmor nasci non possit, id quod extractum est, quemadmodum in fructu non est, ita neque mariti esse potest, sed tanquam dotale mulieris remanet, adeo vt sine ipsius voluntate alienari nequeat: eo autem mulieris voluntate alienato, nummi ex ea vèditione recepti dotis efficiantur. *l. si ex lapidicinis 32. D. eodem.* † Item si quaratur an mulier impensam in aperiendis lapidicinis factam marito præstare debeat, apparet distinguendum esse, an fundus deterior, an fructuosior factus sit. Nam siue marmor in iis lapidicinis renascatur, siue non, fructuosiore tamen facto fundo impensam omnimodo præstabitur, deteriori facto, non præstabitur: quinimo maritus iudicio de dote in id quod intererit mulieris, condemnabitur. Et hæc omnia, si rationibus non legibus disputandum esset, nemo est qui non statim verissima & iuris rationi apprimè consentanea esse fateretur. † Atqui longè aliter sentire videtur Vlpianus in *leg. 7. §. si vir. D. solut. matrimo.* vbi scribit, marmore extracto ex lapidicinis in quibus aliud non renascitur, & fundo fructuosiore facto, marmor esse mariti, impensam verò eidem præstandam non esse. Quod vtrumque quæ ratione verum sit, defendi certè non potest. Etenim verissimum est, marmor ex iis lapidicinis tractum, in quibus aliud non renascitur, in fructu non esse, vt idem Vlpianus eodem loco subiicit, quod si ita est, neque ad maritum pertinere villo modo potest, *diēt.*

l. si ex lapidicinis. de iur. dot. quam ob causam Vlpianus tota *diēt. l. 7.* ita semper loquitur, vt quæ ad maritum pertinere vult, ea in fructum cedere dicat: quæ verò in causa dotis remanere putat, ea omnia in fructum cedere neget: † neque enim in rebus dotalibus quicquam iuris maritus habet nisi ratione fructuum, vt quod in dotis fructu non est, ne quidem volente muliere mariti esse possit. † Ridiculi verò sunt Græci, qui lapides istos, quos in fructu non esse fatentur; interim tamen tanquam fructus ad maritum pertinere contendunt, neque animaduertunt tam in *diēt. §. si vir.* quàm in *l. vltim. de fund. dotal.* disputari cuius sint facti iam diuortio, & eo tempore quo in iis aut nullum aut totum solius mariti esse necesse est. Quod autem in *diēt. §. si vir.* Vlpianus adiicit, marito impensam præstandam non esse, adhuc obscurius vel potius absurdus est. Omnino enim iuris ratio facit, vt impensa per quam fructuosior dos facta est soluto matrimonio restituatur: ne ex mariti iactura mulier locupletetur: quod cum etiam in prædonis persona iniquissimum esse dicatur, *l. planè 38. de pet. heredit.* multò minus in proposito casu admittendum est, id est in marito cuius in cæteris eadem quæ bonæ fidei possessoris ratio est. *l. fructus. 45. de iur. §. de iur.* † Ex quo moti Accursius & Bartolus dixerunt mutari casum in iis verbis & impensa non est ei præstanda, & incipere Vlpianum loqui de fundo deteriori facto, quod tamen ipsius verbis aperte repugnat: & non est existimandum monere cum voluisse impensam quæ fundum deteriori facit, marito præstari non debere. Verius igitur est, corruptum esse hunc Vlpiani locum: neque tam de illo dubitandum arbitror, quàm in eo elaborandum quomodo emendari & restitui posse videatur. Nam quod ex recentioribus vir doctissimus scripsit, legendum esse, *nec fructuosiore fecerit, posteriorem sanè dubitationem tollit, sed prior illa semper manet, quod marmor extractum ex iis lapidicinis in quibus aliud non renascitur, quamquam in fructu non est, Vlpianus tamen mariti esse ait.* Illud etiam me valde mouet quod Vlpianus sententiæ suæ rationem illam reddit, *quia nec in fructu est marmor, quæ tamen prorsus aliena est, siue quæramus cur marmor mariti sit, siue cur impensa marito præstari non debeat.* Quanquam Accursius suæ illius commentitiæ interpretationis memor, ita eam explicat vt impensa marito non præstetur, quia in fructu, id est vtilis non sit. Sed nihil proficit, non solum quia fructuosiore factum esse fundum Vlpianus dicit, sed etiam quia marmor non impensam in fructu esse negat. † An ergo probabilis dici potest Vlpianum scripsisse, marmor mariti non esse, at eidem impensam præstandam esse. Id verò assequemur, si negationem positam in illis verbis, & impensa non est ei præstanda, tollamus, & in suum locum transferamus, id est inter duo illa verba, *mariti est*, ita enim in vulgatis codicibus legitur rectius, quam in Florentinis, *marmor quod casum neque exportatum est mariti.* Quo posito dici non potest quàm rectè his omnibus conueniat ratio, quæ subiicitur, *quia nec in fructu est marmor.* † Hæc enim recta, vera & propria ratio est propter quam marmor mariti non est. Rursus, si vtilis impensa, marito præstanda est, etiam eo casu quo marmor in fructu est, & ad maritum pertinet, id est si lapidicina talis sit in qua marmor crescat & renascatur. *l. vltim. de fund. dotal.* quanto magis in proposita specie marito præstanda est, in qua ne quidem in fructu est marmor? magis e-

nim hoc quàm illo casu maritus periclitatur. Et ita rationem hanc Vlpiani explicandam arbitror. † Huic verò tam crasso errori causam dedisse videtur *diēt. l. vltim. de fund. dotal.* in qua Labeonis sententia proponitur, existimantis in eadem, vt videtur, specie, marmor mariti esse. Sed cum ita Labeo dicebat, de iis lapidicinis proculdubio intelligebat in quibus crescere lapis potest. Et ea nimirum ratio est propter quam Iabolenus reprehendit quod idem Labeo dicebat, viro impensam à muliere præstandam non esse, quasi & necessaria non esset, & fundus deterior esset factus. Reprehendit autem ea ratione, quod non necessarias tantum, sed etiam vtilis impensas à muliere præstari oporteat: fundus verò deterior non sit si tales sunt lapidicinas in quibus crescere lapis potest, de quibus proculdubio sensisse Labeonem necesse est cum marmor viri esse dixit. † An igitur Iaboleni sententiam eam fuisse dicemus, vt non aliter impensa marito præstanda sit, quàm si in lapidicinis renascatur marmor? Minimè verò. Cum enim vtilis impensas à muliere præstandas esse dicat, manifestum est fructuosiore facto fundo mulierem omnimodo teneri, licet lapidicina talis sit, in qua crescere marmor non possit. Verùm ita Iabolenus dixit, quod in casu de quo Labeo responderat, id est cum marmor in lapidicina renascitur, contingere non potest vt fundus deterior fiat, cum vix sit vt nisi in saxosis & sterilibus fundis huiusmodi lapidicina reperiantur. At cum in lapidicina marmor non renascitur, vt plurimum euenit vt deterior fiat fundus, quamquam & fructuosior fieri potest, si vt initio dixi, maior sit marmoris reperti quam totius fundi, qui antea erat æstimatio. Ex quo intelligimus quàm parum cautè nonnulli scripserint fundum fructuosiore fieri non posse quin marmor in fructu sit: hoc enim casu fundus fructuosior sit qui pluris vendi potest quàm antea, nec tamen marmor in fructu est. Sic Labeo dicebat fundum deteriori factum esse in quo lapidicina inuenta est in qua marmor renascitur, neque tamen idem marmor ad maritum pertinere, id est in fructu esse negabat. *diēt. l. vltim. D. de fund. dotal.* Illud sanè prætermittendum non arbitror, in *diēt. §. si vir.* verba illa, *nisi talis sit*, non continere exceptionem ad omnia præcedentia, sed ad id duntaxat quod proximè dictum est, in fructu marmor non esse, quod Accursius & Bartolus non intellexerunt.

CAPVT IX.

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

SVMARIA.

- 1 Vera questio d. l. 14.
- 2 Aliud teneri actione de in rem verso, aliud teneri de peculio.
- 3 Quomodo seruus communis in alterius domini rem vertit, alterum dominum cuius in rem versum nihil est, de in rem verso non teneri.
- 4 Marcelli nota ad Iulianum.
- 5 Commune dominum qui seruo peculium ademit, actione de peculio teneri non posse.
- 6 Explicatur & confirmatur Marcelli sententia.
- 7 Difficultas ex eadem nata soluitur.
- 8 Questio pro sententia.

10

Vlpianus *† in l. si in rem. 13. de in rem verso. refert apud Iulianum tractatum fuisse si vnus serui plures domini sint, & in rem alterius ex iis versum sit, quod seruo creditum est, vtrum is solus in cuius rem versum est, an & socius actione de in rem verso conueniri possit. Ita enim quaestionem concipiendam arbitror, non quomodo Accursius, an de eo quod in in rem socij versum est, possit alter socius actione de peculio conueniri. Quamuis enim quod in rem domini versum est, in serui peculio sit, vt cum de peculio agitur, de eo quoque quod in rem versum est, agi videatur, attamen dubitandum non est Vlpianum actionem de in rem verso ab actione de peculio separare, *† cum & longè aliud sit teneri actione de in rem verso, aliud teneri de peculio: & nemo vnquam dubitauerit pro peculio socij, socium de peculio conueniri posse. l. si duo 15. D. de pecul. l. hinc quaeritur. 19. §. vltim. eod. l. et si non. 8. §. vltim. D. commun. diuid. Respondet verò Vlpianus ex Iuliani sententia, cum solum conueniri in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit: ex cuius exempli comparatione magis intellemus loqui Vlpianum de actione de in rem verso ab actione de peculio separata, vt quæadmodum ex pluribus dominis is solus qui iussit in solidum tenetur. l. 1. quod iussu. ita is solus in cuius rem versum est in solidum teneatur. hoc est actione de in rem verso, non de peculio, quæ non in solidum datur, sed eatenus duntaxat quatenus peculium patitur. §. præcrea. Instituit. quod cum eod. *†* Finge igitur mihi & Titio communem esse seruum Stichum, qui ab vnoquoque nostrum habeat centum in peculio, id est, peculium ducentorum nobis etiam commune. Si Sempronius ei trecenta crediderit, quæ ipse in solius Titij rem tota verterit, multum sanè intererit an actione de peculio conueniat, an actione de in rem verso. Illo namque casu ducta tantum à me Sempronius consequetur, quoniam in communi peculio ducenta tantum sunt: at actione de in rem verso trecenta consequeretur, cum integra trecenta in rem socij mei versa sint. Iuliani ergo sententia est, quam & Vlpianus probat, separandam hac parte actionem de in rem verso ab actione de peculio, nec quemadmodum hanc, ita illam propter id quod in rem alterius socij versum est, aduersus alterum socium competere. *†* Quod quamquam æquissimum est, & rationi maxime consentaneum, vt non teneatur actione de in rem verso is in cuius rem versum nihil est. Marcellus tamen apud Iulianum libro duodecimo Digestorum (ita enim emendanda est inscriptio l. 14. ex l. 16. pecul. vel huius ex illa) notat interdum etiam contingere, vt propter hoc quod in rem alterius socij versum est, de in rem verso cum altero agi possit: hæc enim sunt verba l. 14. ex quibus adhuc manifestius est quaestionem Iuliani de actione de in rem verso non de peculio intelligi debere, quia post verba illa, *propter hoc quod in rem alterius socij versum est, frustra sint adiecta illa, de in rem verso, si cum Accursio sic intelligantur. De eo quod in rem versum est, actione tamen de peculio. Vt taceam Iuliani quaestionem ex Marcelli nota intelligendum esse, nisi Marcelli notam cauillationem potius esse fateri volumus. Marcellus igitur notat Iuliani sententiam semper veram non esse. Quid enim, inquit, si in proposita specie, seruo meo & Titij peculium quod à me habebat, id est centum, ademerò? Peculium quod superest, totum Titij socij mei proprium est. l. quis ergo. 16. in fin. de pecul. vbi ex eiusdem Marcelli ad Iulianum notis, id ipsum proponitur. *†* Ita igitur fiet, vt ego, qui***

peculium amplius non habeo, de peculio conueniri non possim. Nimirum actionem de peculio à mea persona incipere necesse est, vt quamuis manente peculij communione possim de peculio conueniri supra quam seruus communis à me in peculio habeat, tamen si à me nihil omnino habeat, nec rationis nec æquitatis sit ex socij mei persona aduersus me de peculio actionem dari. Ipsa enim peculiorum non serui communio efficit vt ex pluribus dominis alter alterius nomine de peculio teneatur, ideoque si socij separata peculia habeant, singuli pro suo duntaxat peculio conueniuntur, *dict. l. si duo*, itemque si peculium, quod antea fuit commune, facta ab altero ex dominis ademptione alterius proprium factum sit. Cum ergo de peculio conueniri non possim, quaestio illa superest, an teneatur actione de in rem verso. Et Marcellus ait me teneri: Quod licet indistinctè dicat, ego tamen sic accipiendum non puto, vt ea actione tantum cogar præstare, quantum socius meus in cuius rem versum est præstare coeretur, hoc est trecenta. Iniquissimum enim esset me, in cuius commodum nihil versum est, adempto peculio trecenta præstare, qui, si peculium non ademissim, actione de peculio non nisi ducenta præstarem. Sed neque hæc ducenta, quæ actione de peculio, si ademptum non esset, præstarem, puto me actione de in rem verso præstare debere. Cum enim bona fide peculium ademerim (alioquin ademptio non faceret quin de peculio tenerer) æquum etiam non est eius me peculij post ademptionem onus sentire. Quid ergo est? Adempto peculio nihil me ex persona mea actione de in rem verso præstare debere arbitror, sed ex persona Titij socij mei tantum quantum ex eiusdem persona actione de peculio præstitisset, si ei peculium non ademissim, id est centum. Idque non obicere Marcellus innuit, cum ait, posse me à socio repetere id in quo datus fuerit, quod vtiq; falsum esset, si quid ex persona mea præstarem, vt contingit in actione de peculio. *d. l. et si non. 8. §. vlt. commun. diuid. *†** Nec sanè absurda aut iniqua est hæc Marcelli sententia, si subtilius intueare. Nam qua ratione & æquitate conuenit me de peculio præstare necesse est ex socij mei persona supra quam in peculio habeat, scilicet ne in plures aduersarios distinguatur qui cum vno contraxerit, *l. et ancillarum. 27. §. vltim. de pecul. eadem* prorsus ratione & æquitate adempto peculio, actione de in rem verso præstare debeo quantum socius in peculio habeat: neque magis conqueri possim cur ex persona socij teneatur de in rem verso, quam cur ex eiusdem persona teneatur de peculio. *†* Dices fortasse, imò diuersam harum actionum rationem esse: socium enim ex socij persona teneri de peculio propter peculiorum communionem, vt diximus: sublata igitur communionem nullam rationem esse cur de in rem verso teneatur. Et hæc vnica fortasse ratio est, quæ interpretibus inextricabilem quaestionis huius exitum fecit. Sed facilis responsio est, sublata quoque per ademptionem peculiorum communionem, æquum esse teneri me de in rem verso, quod ipse peculium ademerim, atque ita effecerim, ne ex persona socij mei de peculio conueniri possim: alioqui dicendum erit, creditoris mei conditionem facta meo deterior fieri posse. Planè quia peculiorum bona fide ademi, mihi in hoc adempto proderit, vt qui actione de peculio ducenta præstitissem, nec à socio meo nisi centum repetissem (alia namque centum ex persona mea debuissim) post ademptionem, centum

tum duntaxat præstem, eaque integra à socio repetam. Præsto autem actione de in rem verso, quia ex socij, in cuius rem versa sunt, persona ea præsto. Vnde sit vt si nihil in rem socij mei versum sit, nulla aduersus me actio creditoris competat, nec de peculio, quoniam ademptum est, nec de in rem verso, quoniam in rem versum nihil sit. Quid igitur si peculium quod à me communis seruus habebat ademptum non sit, sed mortuum, vt loquitur *l. peculium. 40. de pecul. vel finitum* aliquo ex iis modis de quibus agitur in *tit. quæd. act. de pec. est. anna.* hoc est alienatione, vel manumissione aut morte serui? Et dicendum est his omnibus casibus me, in cuius rem nihil versum est, de in rem verso conueniri non posse: cum intra annum de peculio agi possit, post annum verò potius per creditorem quam per me factum videatur quominus de peculio teneatur. Ne fortè quis malè ita colligat ex eo quod Marcellus de ademptione tantum loquitur. Nam si alius quoque casibus idem admittendum putasset, generaliter dixisset, *Quid enim dicemus si seruus ab altero ex dominis peculium multum habere coeperit? neque interdum contingere scripsisset, quot nos ciuibus contingeret.* Ac sanè vix verisimile est tot casus à Iuliano & Vlpiano vel omisos vel ignoratos fuisse. Nec ad rem pertinet, quod ad Marcelli notam Paulus subnotat, sententiam Marcelli procedere si de peculio agi non possit: neque enim id ita accipi debet, vt procedat omni casu quo de peculio agi non potest, sed strictius, vt non procedat si de peculio agi possit. Quod maxime consequens est ei quod diximus, non aliam ob causam teneri speciem de in rem verso, propter hoc quod in rem alterius socij versum est, quam quia ipse facto contigerit, ne de peculio agi cum eo posset. *†* In Pauli nota illud obseruandum est, quod quaestionem dixit pro sententia: quod Accursium sefellit. Ita autem dixit, quod Marcelli sententia per quaestionem concepta erat iis verbis, *quid enim dicemus?* Alioqui si quaestionem pro dubitatione intelligas, non magis vno quam alio casu procedit. Errant igitur meo iudicio, qui Marcelli sententiam aliter explicantes, putant in *d. l. 14.* legendum esse adiecta negatione, *si peculium seruo ab altero ademptum non fuerit.* Mihi locus hic sanè difficillimus, sed interpretatio nostra accommodatissima, & verissima videtur: quæ tamen si cui minus satisfaciat, cogitare is debet Marcelli casum valde esse nouum, singularem atque dubitabilem: cuius scilicet rationem nullam habuit Iulianus, aut etiam Vlpianus, qui tamen Marcelli ad Iulianum notas non indiligenter legerat: ex quo probabiliter suspicari libet, Marcelli notam Vlpiano non placuisse: quod & verba illa confirmant, *quæ sententiam puto veram.* Placuit tamen Paulo, placuit etiam Triboniano: neque verò dubitandum est quin hodie Iuliani sententia ex Marcelli nota interpretanda sit, posteaquam placuit Iustiniano, vt omnia Iureconsultorum responsa, quasi ab vno ore, & à solo Iustiniano profecta intelligantur.

CAPVT X.

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

SVM MARIA.

- 1 Prima dubitatio in specie legis 16. de lib. & post.
- 2 An in specie dicta legis natus fuerit posthumus?
- 3 Plenum ventrem fuisse in specie d. l. rariantibus equin-citatis?
- 4 Africanus cum Papiniano conciliatur?

- 5 Bonorum possessionis decretum non nisi deficiente iure dari.
- 6 In quo differant legum supradictarum species.
- 7 Interesse in specie dictarum legum, an incertum sit plenum esse ventrem, necne?
- 8 Alia dubitatio circa dictarum legum species.
- 9 Conciliatio Africanus cum Papiniano ab alijs tradita refutatur.
- 10 Interpretatio l. 4. §. vlt. de bon. possess. com. tab.

EX omnibus Digestorum legibus, quæ cum inter se pugnare videantur, conciliari tamen commode possunt, nullarum mihi vnquam difficilior conciliatio visa est, quam l. ventre. de acquiren. hered. cum l. si filius 16. de liber. & posthum. *†* In cuius specie illud primum arduum & elegantem dubitationem habet, ab interpretibus magnis contentionibus agitata, vtrum vacuus fuerit venter, an plenus, & si plenus venter fuerit, an natus sit posthumus, necne. Sed quoniam siue vacuus, siue plenus venter fuerit: siue natus posthumus, siue non natus, pugnare videtur *dict. l. si filius. cum l. ventre.* quod pauci interpretes obseruarunt, *†* non valde in hoc laborabimus vt quid verius sit inuestigemus, sed viri doctissimi *Jacobi Cuiacii* sententiam libenter sequemur, qui ex Florentina lectione primus, quod sciam elegantissimè & verissimè obseruauit natum fuisse posthumum, vt in iis verbis, *posthumus non natus, Iureconsultus non dixerit pro nondum, vt in l. 2. si pars hered. petat. l. si duobus 16. in princip. de legat. 1. l. Papinianus 8. §. quoniam autem de inoff. testam. *†* Certè plenum fuisse ventrem illud apertissimè conuincit, quod Africanus in posteriore legis parte scribit filium videri fuisse heredem ab intestato, cum tamen Papinianus in l. ventre, scribat si vacuo ventre mulier fuerit non ideò minus filium ex testamento heredem intelligi quod incertum de statu ventris, decesserit, scilicet licet quia ad acquirendam hereditatem nullo eius facto opus est, solaque legis autoritas sufficit, quæ cum semper certa sit, patris hereditatem filio tribuit si vacuo ventre mulier fuerit *l. cum quidam 30. §. si uxor heredem. de acquiren. hered.* Addi etiam potest quod Africanus ait nepotem suum heredem suo esse, hoc est, vt interpretor, ab intestato. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum est usurpatum in successione intestati, non testati: vnde titulus *De suis & legitimis.* At si vacuus venter, aut posthumus non natus fuisset, ratio facit vt in priore legis parte, hoc est dato substituto vel coherede, filius ex testamento heres fuisse intelligeretur: datio enim substituti vel coheredis efficit vt sustineri testamentum possit in id vltimè que tempus quo natus vel non natus fuisse posthumum appareat. Cur non enim retro fingatur filius heres fuisse ex eo testamento, quod semper valuit, nec vnquam aut destitutum aut ruptum esse? *l. si pater meus 36. de solut. Idque satis aperte posterior Africanus species & ratio ostendit. Plenum igitur ventrem fuisse necessario dicendum est. *†* Ac rursus ob stare videtur *d. l. ventre. in quo disertè Papinianus ait, si ventre pleno mulier fuerit, filium heredem scriptum interea decedentem nihil ad heredem suum transmittere posse tamen ex æquitate decretum postulare, quoniam eo superflite futurum esset vt a decedente casu patris hereditatem obtineret.* Africanus verò *dict. l. si filius.* filium ait nondum nato posthumus mortuam ab intestato heredem intelligi, sed quod quæ ratio potest moritur certum esse incipere ventrem cum eo testamento heredem fore. Cuius ratio si quis attente coheres nullus datus sit, apparet filium, cuius ratio**

ueri volo ad filias meas quæve tunc ex ijs uiuent. leg. filios 39. hoc ipso titulo de usu & usufructu legato: quæ eisdem quoque Scauola est. libro sexto Responforum: Cuius hæc sunt uerba: Filios heredes instituit, uxori uisum, mundum muliebrum, lanam, limum & alias res legauit & adiecit, Proprietatem autem eorum, quæ suprascripta sunt reuertenti uolo ad filias meas, quæue ex his tunc uiuent: Quæstio est, utrum usufructus an proprietatem earum rerum data sit? Respondit [Scauola] proprietatem legatam uideri. Cuius responsi hæc ratio est, (cur inquam sequens illa testatoris adiectio non efficiat, ut legatus usufructus uxori uideatur) nempe quia earum rerum quæ legatæ sunt usufructus in abusu consistit: quare necesse est proprietatem legatam uideri, ne alioquin earum rerum usufructus inutilis esset, uoto titulo de usufructu earum rerum quæ usu consumentur.

Tertio secundum hanc interpretationem nihil interesset iam, an æquis an disparibus partibus liberi heredes scripti essent, cum tamen Claudius Tryphoninus ex eo potissimum moueri se dicat, quod in institutione partes æquas testatrix adscripserat.

Postremo falsum omnino est, testatorem testamento suo id efficere non posse, ut usufructus casu aliquo deinceps finitus ad proprietatem non recurrat seu non reuertatur: cum certissimum sit regulariter usufructum capitis minutione aut quolibet alio modo quo usufructus seu extinguere solet, præterquam morte finitum posse repeti seu instaurari quod utique disertè scriptum extat in leg. tertia in principio Digestis quibus modis usufructus amittatur. [Sicut in annos singulos usufructus legari potest, ita & capitis minutione amissus legari potest: ut adiciatur, Quotiensque capite minutus erit, ei lego: uel sic, quotiens amissus erit. & tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus uidebitur. Unde traditum est, si cui, quamdiu uiuat, usufructus legatus sit, an uideatur repetitus, quotiens amissus est. quod & Accianus temptat. & puo repetitum uideri. Quare, si usque ad tempus sit legatus, ut puta usque ad decennium, idem erit dicendum.] Quin imò cum certum quoque sit, etiam morte amissum usufructum usufructuarij heredibus à testatore posse legari seu repeti. leg. repeti. 5. in princip. eodem tit. quibus modis usufructus amittatur. [Repeti potest legatus usufructus, amissus qualicumque ratione: dummodo non morte, nisi forte heredibus legauerit.] Denique certum est quoque, alterum ex legatariis coniuncto alteri legatario in usufructu posse substitui, & quidem ex Papiniani Iuriconsultorum Principis sententia, dicta leg. tertia, §. primo. [Hæc autem repetitio, quæ fit post amissum capitis minutione usufructum, queritur, an & ius aduocendi secum saluum habeat, ut puta: Titio & Mamo usufructus legatus est, & si Titius capite minutus esset, eidem usufructum legauit. Quæstio est, si Titius ex repetitione usufructum haberet, an inter eos ius aduocendi saluum esset. & Papinianus libro decimo septimo Questionum scribit, saluum esse, perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus: hos enim tamen non uerbis, re tamen coniunctos uideri.]

† Quæ omnia quamquam ita sunt, cum in-

quam ratio & ratiocinatio illa superior. Insuper pretum subsistere nullo modo possit, propter tot illa quæ iam dixi, & quidem omnium certissima, mihi tamen persuadere non possum, (non magis quam hi ipsi Interpretes) quod etiam Fulgiosius iam olim rectè uidit, Claudio displicuisse opinionem seu responsum Scauolæ, cuius alioquin responsa cætera ipse perpetuo probare solet, & eorum responforum aliquam subinde rationem reddere, quæ prima uisione, ut loquuntur nostri id est primo intuitu, ac minus diligenter intuenti aduersus summam & expositam iuris rationem, aut testatoris uoluntatem Scauolæ respondisse uidetur, quale profectò istud est de quo nunc isto capite querimus: cum superstes filia ex manifesta testatrix uoluntate propter substitutionem in usufructu factam ad omnium bonorum usufructum admittenda uideretur.

Ac sanè, si Claudij Tryphonini uerba superioris scripta rectè expendamus, nihil minus eam quam reprehendens uerba esse comperimus. Cur enim is, Claudius inquam Tryphoninus, non credidisset usufructum in uicem portionum hereditariarum inter liberos datum fuisse? An fortè quia id Scauolæ dixerat? Minime gentium: Quoniam igitur diuinitio illa Claudij Tryphonini, cum Scauolam alia ratio mouere potuerit. Inepta profectò reprehendendi ratio hæc est, si rationem quam alius non attulit, arbitrio tuo talem qualem uelis comminiscare, tum & reprehendas. Nihil enim effeceris, si is quem reprehendis alia se ratione motum fuisse ostendat.

† Verum illud longè difficilius est, quoniam igitur pertineat ratio illa Claudij Tryphonini; Eo magis, quod æquis partibus heredes erant scripti. Tantum enim abest, ut ex ea colligi possit, quod Claudius Tryphoninus uoluit, usufructum in uicem portionum hereditarium legatum non intelligi, ut potius contrarium exinde probetur manifestè. Liberis enim ex æquis partibus heredibus scriptis, prudens consilium testantis matris animaduertitur, quæ cum tres filios heredes scriptos cogitaret posse hereditatem adire, posse etiam repudiare, posse uiuere, posse etiam mori: ut iis in omnem casum prouideret, eos heredes instituit ex trientibus, ut si heredes esse uellent, ex æquis partibus heredes essent: Quod si quis eorum portionem suam repudiatam uellet (tota enim hereditate ab omnibus repudiata, de legato iam amplius quæri non posset) prouidit, ut is in solatium saltem repudiate à se portionis hereditariæ usufructum nudam haberet, & quidem suæ duntaxat portionis; si alij quoque liberi superstites essent, ne alioquin priorum filiorum matris iudicia comprobantium causam deteriore facere uideretur, quam eius qui portionem hereditariam repudiasset: At aliis liberis post aditam hereditatem mortuis, uoluit mater ei soli qui superesset omnium bonorum usufructum deberi, ut qui proprietatis partem nullam haberet, saltem quamdiu uiueret, præmortuorum liberorum heredibus in usufructu præferretur. Eleganter igitur Iuriconsultus Scauolæ benè respondit, omnibus liberis por-

portiones hereditarias agnoscentibus, tum duobus mortuis ei qui superesset solius portionis suæ usufructum deberi, quia subtiliter animaduertit non aliam ob causam matrem liberis usufructum legasse, quàm in uicem & locum portionum hereditariarum, si aliquos ex iis portiones suas hereditarias repudiare cõtingeret. Quod cum ita sit, necessariò consequens est adita ab omnibus hereditate usufructus legatum euanescente, cum in uicem & locum portionis hereditariæ quicquam habere non debeat is qui ipsam portionem habeat. Usufructum uero in uicem portionum hereditariarum inter liberos datum idèd credit Scauolæ, quod liberi ex æquis partibus: hoc est, trientibus heredes scripti erant. Nam liberis omnibus institutis ex æquis partibus frustra mater legat usufructum omnium bonorū qui ad eos ipso iure reditūrus est: nisi in uicem & locum portionum hereditariarum: nec sanè alia ratio reddi potest. Planè liberis ex disparibus partibus institutis dici posset is omnibus legatum usufructum, ut qui in proprietate dispares essent, saltem quamdiu uiuerent ex æquis partibus hereditate fruerentur: sed æquis partibus in proprietate factis, neque hoc, neque aliud quicquàm probabile dici potest. † Fatendum igitur est Claudij Scauolæ sententiam probare, ut aliàs solet, non improbare, ob idque notam eius ita restituit dam esse ut legatus, Claudius nam credidit. Error enim ualde probabilis est, emendatio uero ex iuris ratione omnino necessaria, eo quæ magis admittenda: quod si uulgatam lectionem sequamur, non Claudij uel Scauolæ, sed utrumque stolidissimum & ineptissimum esse dicemus: Scauolæ qui ad substitutionem in usufructu factam non animaduertens, apertè contra testatrix uoluntate responderit: Claudij uero qui in reprehendendo Scauolæ responso hoc ipsum non animaduertit, quod animaduertere Scauolæ debuerat. 2

CAPVT XII.

Explicatur l. i. C. de hered. tutor. & l. 2. C. de magistrat. conuent.

SUMMARI A.

- 1 Ex dolo defuncti successores ex contractu in solidum teneri.
 - 2 Superiori regule etiam in quasi contractibus locum esse.
 - 3 Reuocetur negatio in l. i. C. de hered. tut. à quibusdam sublata.
 - 4 Nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, nisi dolo sit proxima.
 - 5 Verba illa l. 4. de fideiussor. tut. negligentia propria heredi non imputabitur, quomodo accipienda.
 - 6 Regula proposita in princ. l. i. C. de hered. tut.
 - 7 Verbis illis dictæ legis l. i. si non contra tutorem, &c. interpretat ionem dictæ regule, non exceptionem contineri.
 - 8 Emendatur §. i. Inst. de perpet. & tempor. act.
 - 9 Casus quo superiori regule locus non est, inuestigatur.
- † Iuris ciuili regula est, ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id quod peruenit, sed in solidum teneri, l. ad ea. 157. §. ult. de regu. iur. l. lex depositi. 12. l. lex contractibus. 49. de oblig. & action. licet dici soleat, ex dolo defuncti heredem non teneri nisi pro qua parte ad eum peruenit, l. in heredem. 5. de calumniat. l. quod diximus. 16. §. ult. quod met. caus. l. si hominem. 7. de iur. depositi. † Sed & in quasi contractibus ei regule locum esse intelligimus ex l. i. C. de hered. tutor. ubi quod scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam quæ non lata culpa comparari possit, condemnari non oportere: satis ostendit, ob eam igitur quæ lata culpa sit, doloque comparari possit, condemnari debere. Quomodo & in l. 2. C. de magistr. conuen. ex eo quod Imper. Alex. rescribit in heredem magistratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non est, actionem dari non solere, intelligimus heredem magistratus, cuius lata culpa, dolo factum est ut pupillo idoneus tutor datus non sit, in solidum teneri. Atque ita omnino sentiendum est. † Nam quod placet nonnullis in d. l. i. C. de hered. tutor. negatione sublata legendam esse, heredes tutorum ob negligentiam quæ lata culpa comparari possit condemnari non oportere, reiciendum omnino est, aut illud reprehendendum quod in l. 6. D. de magistr. conuen. Vlp. scribit magistratus heredem teneri, si tanta fuerit magistratus negligentia ut cautionem omnem omitteret: quod uerum rectumque exemplum est eius negligentia, quæ lata culpa comparari potest. † Nam de leui tutoris culpa heredem non teneri, idem Vlpianus ait in l. 4. eod. ubi monet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri nisi ex ea quæ similis sit culpa dolo proxima. Dixi, ex defuncti negligentia, ut eos refellam qui quod eo loco scriptum est, de ipsius heredis negligentia intelligendum putant: quod si ita esset, parum rectè Iureconsultus heredem tutoris similem diceret magistratus heredi, cuius negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam accommodatè subiceret heredem dolo proxima culpa succedaneum esse, quod cum ait, innuit satis culpa dolo non proxima, id est leuis, eum succedaneum non esse. † Nec ad rem pertinet quod in l. 4. de fideiussor. tutor. scriptum est negligentiam propriam heredi non imputari. Id enim non quomodo ij putat sic accipi debet, ut ipsius defuncti negligentia heredi imputetur: sed ita ut ne quidem propria imputetur: quod maiorem habere uidebatur dubitationem: cum aduersus heredem tutoris ex proprio dolo iuratur in litem, contra quem tamè ex ipsius tutoris dolo non iurari eadem illa lex non obscure significat. Denique generale est ut ex proprio magis & facilius quam ex alieno facto quis teneatur. † At fufius explicanda nobis est sententia l. i. C. de hered. tutor. In ea primùm regula constituitur, quam diximus, ut ex negligentia quæ non lata culpa comparari possit, tutorum heredes non condemnentur. Tum subiicitur, condemnari tamen tribus casibus. Si contra tutorem lis inchoata sit, Si ex damno pupilli lucrum captatum, Si gratia præstituta sit: Quas posteriores exceptiones ad dolum, latamque culpam pertinere certum est. Et hoc argumento utuntur, qui sublata negatione regulam de lata culpa scriptam uolunt. Sed non animaduertunt secundum hanc interpretationem futurum ut regulam exceptio destruat, cum dubitandum non sit iis duobus exemplis quæ ad dolum, latamque culpam pertinent, generaliter significari ob dolum & latam culpam tutoris aduersus heredem in solidum agi posse, nec dissimilitudinis ratio reddi possit cur iis casibus potius quam aliis, lata culpa, dolo uel defuncti in persona heredis coerceatur. Atqui exceptionem de regula esse debere, fortasse inquires. † Verum respondebo iis uerbis, si non contra tutorem, &c. non tam exceptionem quam interpretationem regulæ contineri. Regulam illam esse: Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non teneri. Interpretationem uero illam, Non aliter igitur teneri, quam si contra tutorem lis inchoata sit, cum litis contestatione etiam pœnales actiones ab utraque parte transmittantur, & temporales perpetuentur,

l. ult. de fidei. tuto. At si ex damno pupilli lucrum captatum vel etiam gratia praestitum sit: quibus duobus calibus cum in dolo tutor sit, vel saltem eius culpæ conscius: quæ dolo non malè comparetur, iuris ratio facit ut ex ipsius persona in solidum heres conveniatur. Nec rectè probare possis heredem tutoris ex ipsius contractu de levi culpa teneri debere, quia ipse tutor teneretur: malam enim esse ratiocinationem ostendit *Vlp. in d. l. 4. de magist. comen.* cum ait non similiter teneri heredes magistratum, & tutorem ut ipsi magistratus, tutoreque tenentur. Verum supradictæ iuris regulæ multum obitare videtur quod Iustinianus scribit *in tit. de perpet. & temper. act. §. i. vers. aliquando*, aliquando ex contractu actionem contra heredem non dari, velut cum testator dolosè versatus est, & ex ipsius dolo nihil ad heredem pervenit. Nisi dictionem, *veluti*, quam in veteribus libris deesse plerique testantur, tollendam existimemus, quæ doctissimorum omnium ætatis nostræ Iureconsultorum sententia est. Quod si ita legamus, aliquando ex contractu actionem aduersus heredem non competere, cum testator dolosè versatus est, & ad heredem nihil pervenit, eo ipso intelligemus regulam in contrarium esse, ut cum ex contractu actio venit, etiam ex dolo defuncti in solidum heres teneatur. Quis verò singularis ille casus sit, quo superiori regulæ locus non est, in difficili videtur. Nam quod post Theophilum vulgo creditur, eum significari si actio ex contractu depositi, ex causa incendij, ruinae, naufragij necessitatem habente quis experiat, non videtur ad Iustiniani verba satis accommodatum, cum de eo quod tumultus, incendij, ruinae, naufragij causa depositum est, in heredem de dolo mortui actionem in simplum polliceatur Prætor, licet nihil ad eum pervenerit. *l. de eo. 18. deposit.* Et tamen Iustinianus eum casum significare videtur, quo nulla aduersus heredem ex contractu actio competit, si nihil ad eum pervenerit. Nisi fortè quis dicat id intelligi debere de ea actione depositi, quatenus ratione delicti, ad pœnæ persecutionem competit. Nam usque ad simplum, rei non pœnæ persecutio est. Atque ita existimandum est.

CAPVT XIII.

Interpretatio noua l. fructus. 7. §. Papinianus. D. solut. matr.

SVMARIA.

- 1 Species §. Papinianus.
- 2 In diuisione pecunie ex vindemia percepta rationem habenda esse temporis quo matrimonium stetit, non locationis.
- 3 Superioris regule rationem à Papiniano reddendam malè ab Accursio explicatam fuisse.
- 4 Vera dictæ rationis explicatio.
- 5 In diuisione pecunie ex locatione fundi dotalis perceptæ non tempus locationis, sed traditionis spectandum esse.
- 6 Tertiam portionem in d. §. octo aureorum esse debere.
- 7 Non tantum ex die locationis, sed etiam contracti matrimonij dotis, & traditæ fructuum tam cuiusquam quam naturalium diuisionem faciendam esse ut pro parte temporis quo stetit matrimonium, fructus retineat maritus.
- 8 Totam futuram mercedem in contributionem venire, siue ante, siue post fructus perceptos fundus à muliere in dotem datus sit.
- 9 Fructuarius decedens pensionem fructuum à colono iam perceptorum nomine soluendam ad heredem transmittit.
- 10 Responso ad l. Iulianus §. si fructibus, de act. empt. & eius explicatio.

- 11 Alia interpretatio verborum Papiniani reijcitur.
- 12 Quomodo in d. §. Papinianus quarta pars mercedis cum fructibus vindemiae confundatur?
- 13 An in d. §. specie fructibus ab uxore iam perceptis quartam, an verò tertiam supra mercedis portionem consequatur maritus?

Arduum sanè est, & difficile præstare quod huius capitis inscriptio pollicetur. Tot enim ab omnibus, cum veteribus tum recentioribus interpretationibus huius loci interpretationes excogitatae sunt, ut non tam noua afferri posse videatur, quam in eo laborandū esse, ut sciatur quid in tanta opinionū varietate probabilius dici possit. Sed quoniam ex omnibus nulla est, ut arbitror, ad Papiniani sententiam & elegantiam accommodata, ego meam non fortasse in subtili, certè noua, & à nemine, quod sciam, hæcenus traditam, hoc capite proponendam existimaui. Quæ ut melius intelligatur, facti species ponenda primum est, tum singula Papiniani verba quantum accuratè fieri poterit, explicanda. Speciem sic pono: Maritus fundū vindemia plenū Calendis Octobribus in dotem traditum accepit, tum collecta vindemia æstimationis duodecim aureorum Calendis Nouembribus fruendum locauit, quod in eo menses quoque essent: locauit autem duodecim etiam aureis: atque ita tam ex vindemia, quam ex pensione totius dotis, fructus quatuor & viginti aureorum fuit. Sic percepta vindemia, locatōque fundo matrimonium usque ad Calendas Februarias constitit, hoc est tribus mensibus à die locationis, quatuor verò à die traditi fundi dotalis. Soluta matrimonio quaesitū est de omnibus his fructibus inter cōiuges diuidendis. In quo primū dubitatio nulla esse potest quin 12. aurei ex vindemia percepti sic diuidendi sint, ut pro rata temporis quo matrimonium stetit, quatuor maritus retineat, octo relictos mulieri restituat: neque de eo puto Papinianū aut Vlpianū dubitare in d. §. Papinianus, cuius verba illa, *non à die locationis*, aperte ostendunt loqui eum de fructibus, ex cōductione perceptis, hoc est de mercede, quam 12. aureorum fuisse posuimus. Quis enim tam stupidus sit, ut in animum inducere possit fructus vindemiae inter coniuges diuidi in spectro locationis tempore. Nihil quippe vindemia cum locatione commune habet. Aut certè qui vindemiam dixerit diuidi in spectro locationis tempore, eum necesse est fateri nulla facta locatione totam vindemiam vel ad virum vel ad mulierem duntaxat pertinere debere, quod nimis finitum est: ut mirum sit Accursium in huius loci interpretatione, principium §. generaliter de omnibus fructibus & naturalibus, & ciuilibus, ut vocant, intelligere. Sed eum proculdubio sefellarunt sequentia, quorum paulò obscurior esse videtur interpretatio. Nam Papinianus postquam sic regulam concepit, ut fructus non ex die locationis diuidantur, sed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit, confirmationis gratia subiicit, *neque enim si vindemia tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum locauerit, mensis Ianuarij suprema die factō diuortio, retinere virum & vindemia fructus, & eius anni, quo diuortium factum est, quartam partem mercedis æquum est.* Quam rationem malè idem Accursius sic explicat, quod si fructus ex die locationis diuiderentur, fieret ut proposito casu duodecim aurei ex vindemia ante locationem percepti ad virum duntaxat pertinerent: Rursus ut ex mercede, quæ etiam duodecim aureorum est, non nisi quarta pars marito deberetur. Nam si ita Papinianus intellexit, facile respondebat qui loca-

locationis tempus inspiciendum esse putant (contra hos enim Papin. disputat) quod dicunt in diuidendis fructibus inspici tempus locationis de iis intelligi debere qui ex causa locationis percipiuntur, alios, hoc est, vindemiae fructus, ex locationis die non diuidi, sed ex tempore traditæ possessionis, ut proinde marito, qui tertia tantum parte anni in matrimonio stetit, ex vindemiae fructibus tertia tantum pars debeatur, nec absurdum illud sequatur quod Papinianus putat, integros vindemiae fructus ad maritum pertinere. Planè quod idem Papinianus addit diuisa mercede in spectro locationis tempore, futurum ut quartam duntaxat partem mercedis maritus retineat, id verò necessariò admittunt, & fortiter asserunt qui ex die locationis fructus diuidi arbitrantur: sed quod Papinianus iniquum esse ait, illi æquissimum esse contendunt, nec refelli vlla ratione possunt ex iis quæ apud Papinianum sequuntur. Nam in *vers. aliqui*, non probat iniquum esse quod illi æquissimum putant, sed absurdum esse quod ij absurdissimum fatentur. Quare Papin. ratio, quæ ex eleganti & Papiniana breuitate difficilis est, sic explicari debet, ineptè nonnullos existimare soluto matrimonio fructus ex cōductione perceptos ex cōductionis die diuidi. Nam si interrogetur, cur maritus totius mensis Octobris commodo priuè, vix eos aliquid quicquam respondere posse, quam quod toto eo mense nulla dū pensio debita sit: nec sanè alius sententiæ huius color esse potest. Atqui eadem ratione fiet, ut marito integros vindemiae fructus deberi dicamus, & octo mensium fructibus mulierem frustremur, scilicet quia verum sit illis octo mensibus fructus nullos perceptos esse, quæ enim Calendis Octobribus collecta vindemia est, eam præteritorum non sequentiū mensium fructum esse certissimū est. Ergo quemadmodū iniquissimum esset mulieri nullam partem vindemiae restitui, quæ tamen non nisi tertia parte anni in matrimonio stetit, ita iniquissimum erat maritū non nisi quartam partem mercedis retinere, qui tertia parte anni onera matrimonij sustulit: & quemadmodum ratione vindemiae plus, ita ratione mercedis minus daretur marito, quam ex ratione & æquitate dari oporteat. Porro quartam duntaxat partem mercedis marito dari iniquum esse non probat Papinianus, sed integros fructus maritū retinere iniquissimū esse conuincit euidenti absurdo, quia hoc admissio, idè quoque necessariò admittendū sit, si altero post collectam vindemiam die diuortium factū sit, quo tamen casu nemo sit tam ineptus aut inutilis, qui marito vindemiam totam deberi dicat, cum vno tantū die matrimonium steterit. Et hoc est quod Papinianus ait, *aliqui si coactis vindemijs altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit.* Quia in ratiocinatione subintelligendū illud est, si maritū integros vindemiae fructus retinere iniquissimum est, illud etiam iniquum esse quartam duntaxat mercedis partem eū retinere: hoc enim ex eodem fonte, principio, & errore nascitur. Ergo cum Papiniano concludendū est, fructus diuidi non in spectro locationis, sed traditi fundi die: quod si ita est, omnino sequitur in proposito casu diuisionem si fieri oportere ut ex vigintiquatuor aureis qui in fructu sunt, octo maritus retineat, sexdecim verò mulier restituat. Octo, inquam, hoc est quatuor ex vindemia, quatuor etiam ex mercede. Idque ex regula à Papiniano constituta sic necessariò sequitur, ut ex ea nihil aliud inferri verè possit. Et tamen ex omnibus quotquot vnquam fuerunt interpretibus nemo fuit qui Papinianum ita re-

spondisse crediderit, sed elegantius quiddam, & à communi hominum sensu remotius. Nec enim sanè verba Papiniani omnino aperta sunt, nec tamen meo iudicio ita obscura, ut non facilè & commodè interpretationem nostram admittant. Sic autem Papinianus scribit, *Itaque si sine mensis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, & quarta portio mercedis confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Quorum verborum corticem nudamque figuram intuentes plerique, dixerunt Papiniani sententiam hanc esse, ut duodecim aurei ex vindemia redacti cum quarta parte mercedis confundantur, hoc est cum tribus aureis: atque ita ex quindecim, maritus tertiam partem, id est quinque retineat. Alij aliter interpretantes quatuor duntaxat, alij etiam sex marito relinqui debere commenti sunt. Ego, ut proposui, nec plus nec minus quam octo apud maritum remanere debere omnino contendo, & si quid in iure affirmari potest, constanter asseuero. Nam præter ea quæ supra dixi, illud etiam valde mouet quod in *seq. §. subiicitur*, futuram quoque mercedem quæ debebitur, venire in contributionem, quemadmodū & futuræ vindemiae spem computationi cedere scriptum est in *§. item si menses*. ut generaliter definiti possit, cum de fructuum tam naturalium quam ciuiliū diuisione quaeritur, perinde omnia obseruari, ac si eo ipso die quo traditus fundus est fructus omnes à marito percepti essent. Miror verò, nec satis mirari possum ingenia multorum dissimilitudinis rationem magno labore inuestigantium cui dato in dotem fundo ante collectam vindemiam futuræ mercedis ratio nulla habeatur, dato autem post collectam vindemiam etiam futura merces contribuatur. Etenim non solum dissimilitudinis rationem nullam adferunt quæ ratione prædito homini satisfaciat, sed etiam parum subtiliter faciunt, qui dissimile volunt esse quod Vlpianus ex Papiniano idem esse ait. Vlpianus enim verba sunt, *ex contrario quoque idem obseruandum esse*, id est, ut sequentia explicent, si mulier percepta vindemia fundum viro in dotem dederit. Denique perpetuum illud est, ut cum pensio vice fructus cedat, ita ut frui dicatur qui pensionem percipit, *l. arboribus 11. §. usufructuarius, de usufru.* eodem quo fructus iure censetur. Sic quamuis fructuarius decedens ad heredem non transmittat fructus pendentes, sed perceptos duntaxat. *l. si fructuarius 13. quib. mod. usufruct. amit.* pensionem tamen fructuum iam à colono perceptorum nomine soluendam eum transmittere responsum est, licet mortis tempore, pensionis soluendæ dies nondum venerit, *l. defuncta, 58. de usufruct.* scilicet quia si fundum non locasset fructus percepisset, eorūque commodū in heredem suū transmississet. Sic in *l. ult. de iur. sig. emptor* qui à colono filci singulari priuilegio fructus auferre non potest, integram totius anni pensionem consequitur, licet integræ pensionis dies nondum venerit, nimirū quia vniuersos fructus auferret, si filci priuilegio colonus non defenderetur, ut eo loco Iureconsultus scribit. Ergo & in proposito casu dicendū est in contributionem venire totam mercedem etiam quæ debebitur, quia si post collectam vindemiam fundū maritus non locasset, & ante factas menses diuortium factū fuisset, spes messis in computatione venisset, *§. item si menses*. Cur non ergo pecunia messium in computationem veniet? Nec superioribus quicquid aduersatur *l. Iulianus 11. §. si fructibus de actio. empt.* ubi inter fructus & mercedem differentia illa cōsti-

- 2. Retinetur Florentina lectio in d.l. ex asse.
 - 3. Si instituto ex asse patrono extraneis legatum sit, totius hereditatis quadrantem apud eum iure Falcidia remanere.
 - 4. In specie dicta legis legatis duobus relictis vtriusque Falcidiam ex vniui tantum legato deduci.
 - 5. Reijcitur Goueani emendatio in dicta lege negationem addentis.
 - 6. Patrono ex asse instituto, a quo legatum est filio vel alteri coniuncta persona, non dimidiam, sed quartam duntaxat hereditatis partem Falcidia iure deberi.
 - 7. Goueani obiectio.
- R**efert multum an ex asse, an ex debita duntaxat portione patronus à liberto heres instituat. Nam si ex debita duntaxat portione institutus sit, ab eo legata relinquere non possunt extraneis personis, sed coniunctis tantum l. 4. D. de cond. & demonstr. l. si eius. 64. §. vlt. D. ad SC. Trebell. Si verò ex asse scriptus sit, eodem iure censetur quo alij heredes, vt pro eo saltem semisse, qui alteri relinqui potuit, legata omnibus præstet. Quæ ex differentia, illa etiam nascitur, vt si ex debita portione institutus, legatis grauatus sit, suæ tantum portione Falcidiam habeat, si verò ex asse, totius hereditatis. Ex quo petenda est ratio, & sententia l. ex asse 52. D. ad leg. Falcid. quæ meo iudicio malè à veteribus interpretibus explicata, pessimè verò à recentioribus emendata est. Placet enim Florentina lectio, secundum quam libertus, qui ducentos aureos in bonis habebat, patronum ex asse heredem instituisse proponitur, & filio legasse centum viginti, extraneo reliqua, id est octoginta. Quo casu cum deponendæ falcidiae ratione quareretur, Marcellus respondit, diminutionem legati quod extraneo præstatur, proficere filio ad consequenda solida quæ ei legata sunt. Verum igitur est vtrumque quod diximus, instituto ex asse patrono, extraneis quoque legari posse, sed totius hereditatis quadrantem iure falcidiae apud eum remanere debere. Et si enim filio integra centum viginti præstanda esse Marcellus ait, non tamen id ita accipi debet, vt eorū duntaxat quæ extraneo relicta sunt, falcidiam protinus heres habeat, sed ita vt cum totius hereditatis quadrantem saluum habere debeat, ex legato quod extraneo præstat integrum eum deducat. In quo turpiter Accursius labitur, qui cum ex ducentis quinquaginta patrono deberi sciret, neque tamen ea integra ex legato quod extraneo relicta sunt deduci posse crederet, dixit filium quoque falcidiam pati, vt quod Marcellus ait, filium consequi solida quæ ei legata sunt, sic accipiatur, vt plus consequatur filius quam si de legato extranei nihil diminueretur, quod totum ineptum & nugatorium est. Huius verò iuris, quod prima facie iniuria videtur, ratio illa, quod in proposito talis libertus proponitur, qui citra patroni fraudem, filium in centum heredem facere potuit, & patronum in aliis centum, ab eoque viginti legare filio. Quo casu nemo dicere, falcidiam passurum filium, cum etiam patrono ex debita, hoc est dimidia parte instituto, certum sit filio vsque ad rationem legis falcidiae legari posse. Rursus quamquam patrono ex asse instituto, legari extraneo potest, vt diximus, attamen non debet huiusmodi legatum fraudi esse patrono, quominus totius hereditatis integrum quadrantem consequatur. Neque verò nouum est, legatis duobus relictis, vtriusque falcidiam ex vniui tantum legato deduci. Nam & si seruus tibi legatus sit, cumque rogatus sis manumittere, ac præterea ipsi

seruo legatum aliquid sit, Senatus censuit in ipso quidem seruo falcidiae locum non esse, sed in eo quod præterea seruo legatum est, ita falcidiam admittendam, vt inde & quod pro seruo præstandum est, sumatur. l. si seruus 33. cum duob. sequ. D. ad leg. falcid. Sic igitur & in proposito casu admittendum est, in filij quidem legato falcidiam cessare, sed ex eo quod extraneo relicta sunt, patrono consuli, ne in ipsius odium filij fauor retorqueatur. Idque profectò non tam subtili, quam coacta ratione. vt in l. si fundus. 23. eod. Scilicet quod heres ex asse institutus quartam habere debeat, nec tamen ex filij legato deducere quicquam possit. Nec ad rem pertinet l. i. §. amerdum. D. si cui plus quam per leg. vbi Iureconsultus ait etiam patrono ex asse instituto, semisse ei integrum seruandum esse, in eamque rem interponi cautionem, si purè legato quincuce aliquid supra partem patrono debitam legetur. Hoc enim tum demum verè dicitur cum legata, quibus affecta & onerata est hereditas, non coniunctis & exceptis personis, sed extraneis relicta sunt, cum legatis quæ extraneis relinquuntur patroni portio non minuatur, iis verò quæ exceptis personis relinquuntur ad falcidiae rationem reducatur. d. l. 4. §. supr. de cond. & demonstr. l. si eius. 64. §. vlt. D. hoc tit. Quod cum ita sit, apparet malè ex recentioribus Iureconsultum, alioquin acutissimū, & in emendandis legibus felicissimum, Antonium Goueanum scripsisse, addendam in hac lege negationem, & legendum, quod extraneo non præstatur. Primum quoniam, vt initio posuimus, instituto ex asse patrono nulla ratio est cur non quemadmodum ab alio quolibet, ita ab ipso legari extraneis possit, saltem pro ea parte quæ ei tanquam extraneo, non tanquam patrono relicta intelligitur, hoc est, supra dimidiam. Rursus cum à patrono legatum est filio vel cui alteri coniuncta persona, constat patrono non dimidiam, sed quartam duntaxat hereditatis partem deberi. Ex his igitur necessariò fit id quod hac lege dicitur, vt filius integra centum & viginti consequatur: patronus verò legatum quod extraneo relicta est hæcenus diminuat, vt saluam totius hereditatis falcidiam habeat. Et verò vix est vt rectè quis diminui legatum dicat, quod nullatenus præstatur: præsertim si vulgatam lectionem sequamur, hoc est, filio centum duntaxat, extraneo autem viginti relicta ponamus. Cur non enim ex semisse viginti præstabitur, & quidem integra, cum adhuc futurum sit, vt octoginta heres retineat? Quare cum diminui legatum extraneo relicta Marcellus dicat, omnino recipienda est Florentina lectio, vt centum viginti filio, reliqua, id est octoginta, extraneo libertus legauerit. Ac fortasse vulgata lectio iam olim ab Accursio probata virum doctissimum resellit, si quidem viginti duntaxat extraneo legatis, omnino necesse est vt vel nulla legati diminutio sit, vel legatum nullatenus præstetur: quod vtrumque Marcellus negat. Neque t̄ obstat quod idem Goueanus obiicit ita posito iure fieri vt deterioris conditionis sit patronus ex asse quam ex semisse institutus. Nam cum à patrono ex semisse, putà in centum, herede scripto possint filio septuaginta quinque legari, ita vt non nisi viginti quinque patronus retineat, apparet eiusdem ex asse instituti si legatis filio relictis oneratus sit meliorem esse conditionem cum quinquaginta retineat. Sanè si extraneis tantum legatum sit, melior erit conditio patroni ex dimidia parte instituti, quam in huius legis specie, ex asse. Sed captiosa argumentatio est à patrono, qui extraneis duntaxat dare dam-

natus

natus est, ad eum, à quo etiam coniunctis personis legatum est.

CAPIT. XVI.

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

SVM MARIA.

- 1. Contraria Martini & Bulgari super hac questione opinioniones.
 - 2. Martini sententiam & veteri & nouo iuri conformem esse.
 - 3. Accursij responso ad l. vlt. §. r. vt legat. nom. cau.
 - 4. Vocem filiafamilias in l. 4. C. solut. matrim. irreptitiam esse.
 - 5. Ratio cur liberis superstitibus dos profectitia apud matrem remaneat, non autem ad patrem reuertatur?
 - 6. Specie & emendatio legis post dotem 40. solut. matrim.
 - 7. Ulpiani locum in fragmentis tit. de dotib. §. 2. de liberis prædefunctis non de superstitibus accipiendum esse.
 - 8. Vera questio & sententia §. cum inter. legis 26. ff. de pact. dotal.
 - 9. Cur mortua muliere pro singulis liberis prædefunctis quæ dos apud matrem vetere iure remanserit?
 - 10. Cur jura dotis propter liberis diuortij tempore superstitibus oim retinerentur?
 - 11. Sextus in singulos liberis pro dimidia tantum parte dotis iure vetere reuerti solutus fuisse.
 - 12. Retentionem sexarum, quæ diuortio facta fiebat, à Iustiano sublata esse, reliquas non item.
 - 13. An aliqua Iustiani constitutione quinta sublata sint.
- V**etus t̄ fuit questio inter Bulgarum & Martinū magnis altercationibus agitata, an mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur: Bulgarius enim, vt plerisque locis Accursius refert, reuerti putat, Martini verò propter liberis penes maritum remanere contendebat. Cuius sententia vsque adeò æqua vulgo visa est, vt eam de consuetudine obseruari omnes testentur, ita tamen improbabilis vt ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui Bulgari sententiam ex iuris ratione veriorem esse non defendant. Ego verò Martini opinionem vt æquissimam, ita verissimam esse ausim dicere, nec vetere tantum, sed etiam nouissimo iure, licet ex recentioribus plerique dissentiant. Et vetere quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberis lucrificasse, ostendit manifestè l. vlt. §. r. vt legat. nom. cau. vbi sic Iureconsultus loquitur, quasi dubitari non oporteat, quin apud maritum vniui filij superstitis nomine dos remanere debeat. Nam quod Accursius & Bartolus respondent tractari eo loco de filia emancipata, cum fecisse testamentum proponatur, verum quidem est, sed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam à filiafamilias differre existimandum est, cum n̄ certi iuris sit profectitiam dotem licet emancipatæ filie datam ad patrem nihilominus reuerti. l. 5. de diuort. l. filia. 50. solut. matrim. Quam ob causam doctissimi viri plerique mirantur quod scriptum est in l. 4. C. eod. mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, si mulier in matrimonio filiafamilias decesserit. Ac sanè fatendum omnino est quod ij volunt, irreptitiam esse dictionem, filiafamilias, vel dicendum additam esse,

quod in ea specie filiafamilias esset cui dos à patre data fuerat, non quod eam filiamfamilias fuisse necesse sit. Aduuat etiam Martini opinionem quod in l. filiafamilias. 17. ad Macc. scriptum est, mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam quæ liberis nunquam habuit vt in l. uxorem. 41. §. testamento, de leg. 3. vbi marito defuncto ideo puella alij nubere proponitur, vt intelligamus nullis ex alio matrimonio superstitibus liberis, potuisse patrem & fratrem dotis partem stipulari. Idem probat l. illam, C. de collat. ad quam aliud respondere non possunt Bulgari defensores, quàm loqui eam de filia emancipata: quod etsi verissimum est, tamen minus accommodate dici iam supra probauimus. Sed etsi legibus, quæ tam multæ & apertæ sunt, deficeremur, ipsa tamen iuris ratio, quæ patri profectitiam dotis repetitionem dat, facit vt liberis superstitibus aliud dicendum videatur. Ratio illa redditur in l. iure succursum. 6. de iure dot. vt ad quem summus maior peruenit, ad eundem quoque summus honor pertineat, ne pater & filia mortua, & dotis amissa damnum sentiat. Atqui superstitibus ex præmorta & filia liberis, negari non potest quin maior ad liberis ex matris, quàm ad patrem ex filia morte dolor perueniat. Ergo ad quos summus dolor peruenit, ad eosdem dotis cominodum pertinere rationis & æquitatis est. argu. Authen. in successione. Cod. de suis. & legit. Aut si maior parentum erga liberis, quàm liberorum erga parentes affectionem esse volumus, quod dici non potest, fiet vt ex voluntate filia, quæ liberis suos plus, quàm patrem dilexit, liberis potius quàm patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiendus est pater si dicat in filia potestate non fuisse dotem liberis suis dare, & patri auferre, cum non aliam ob causam pater ab initio filia dotem dederit, & verò dare coactus sit, quàm propter liberis, si qui ex eo matrimonio nascerentur. Hæc enim sola vt matrimonium contrahendorum, ita dotis constituendæ causa, origo, & finis est. l. i. solut. matrim. Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet. Quod pertinet l. post dotem. 40. eod. vbi Papinianus scribit patrem, qui sine filia voluntate (ita enim locum illum rectissime vir doctissimus Iacobus Cuiacius iam pridem emendauit) stipulatus est diuortio facta dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere: sed non aliter quàm si filia sine liberis decesserit. Vbi ridiculus est Accursius, qui verba hæc superflua esse notat, cum tamen Iureconsultus non minus requirat vt filia sine liberis decesserit, quàm vt stipulationis conditio impleta sit. Ex quibus apparet Martini sententiam iure vetere verissimam fuisse, nec ei vllam Digestorum legem aduersari. Nam quod tot locis generaliter scriptum est dotem profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet responsum, supplendus omnes eos locos ex aliis qui liberorum superstitium potuiorem faciunt causam quàm patris: quod vel ipsa ratio l. iure succursum, manifestè ostendit. Sed non fuisse tam curiosos iuris authores ita distinguere, quoniam de eo ius certum esset, & ita scriberent ad differentiam duntaxat aduentitiam dotis, cuius nulla repetitio est, licet in matrimonio sine liberis mulier decesserit. l. 5. de bon. danat. l. ius. 79. de iur. dot. Vnus tantum locus est qui ad huius questionis explicationem valde pertinet, ac doctissimos quoque ætatis nostræ Iureconsultos meo iudicio fecellit. Is est

2. post huc l. 1. p. 17. vbi dicitur de liberis & parentibus. Sed non potest dici vt ex voluntate filia, quæ liberis suos plus, quàm patrem dilexit, liberis potius quàm patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiendus est pater si dicat in filia potestate non fuisse dotem liberis suis dare, & patri auferre, cum non aliam ob causam pater ab initio filia dotem dederit, & verò dare coactus sit, quàm propter liberis, si qui ex eo matrimonio nascerentur. Hæc enim sola vt matrimonium contrahendorum, ita dotis constituendæ causa, origo, & finis est. l. i. solut. matrim. Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet. Quod pertinet l. post dotem. 40. eod. vbi Papinianus scribit patrem, qui sine filia voluntate (ita enim locum illum rectissime vir doctissimus Iacobus Cuiacius iam pridem emendauit) stipulatus est diuortio facta dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere: sed non aliter quàm si filia sine liberis decesserit. Vbi ridiculus est Accursius, qui verba hæc superflua esse notat, cum tamen Iureconsultus non minus requirat vt filia sine liberis decesserit, quàm vt stipulationis conditio impleta sit. Ex quibus apparet Martini sententiam iure vetere verissimam fuisse, nec ei vllam Digestorum legem aduersari. Nam quod tot locis generaliter scriptum est dotem profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet responsum, supplendus omnes eos locos ex aliis qui liberorum superstitium potuiorem faciunt causam quàm patris: quod vel ipsa ratio l. iure succursum, manifestè ostendit. Sed non fuisse tam curiosos iuris authores ita distinguere, quoniam de eo ius certum esset, & ita scriberent ad differentiam duntaxat aduentitiam dotis, cuius nulla repetitio est, licet in matrimonio sine liberis mulier decesserit. l. 5. de bon. danat. l. ius. 79. de iur. dot. Vnus tantum locus est qui ad huius questionis explicationem valde pertinet, ac doctissimos quoque ætatis nostræ Iureconsultos meo iudicio fecellit. Is est

in Vlp. fragmentis *tit. de dotibus*. vbi ille scribit mortua in matrimonio filia dotem reuerti ad patrem, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Quod si ita est, neque vera fuisse videtur iure vetere opinio Bulgari cum superstitibus quinque liberis, totam dotem maritus retineret, neque Martini cum vnico tantum filio superstiti, non nisi quinta dotis pars marito deberetur, reliquum patri restitueretur. Atque ita viri plerique docti sentiunt, vt ex illo Vlpiani loco tota hæc quæstio decisa & explicata videatur. Sed mihi longè aliud iudicium est, qui video in *l. vlt. §. i. vt legat. nomin. caueat.* vnus filij superstitis nomine totam dotem à marito retineri: nequæ minus fauorabilem esse vnus filij causam quàm plurium, si de matris successione quaratur: quod omnium manifestissime probat *l. illam. C. de collat.* in iis verbis, *cum scunque sint numeri*. Quid ergo est? Puto, quod Vlpianus eo loco scribit, de prædefunctis non superstitibus liberis intelligi debere: vt propter liberos præmortuos, quintæ duntaxat: propter superstites verò tota dos retineretur. Idque meo iudicio innuit *l. inter. 26. §. cum inter. de pact. dotal.* vbi pactum conuentum proponitur, vt si ex matrimonio liberi superstites non essent, tota dos restitueretur, id est, vt ego interpretor, sine vlla quintarum retentione. Quod pactum frustra interponeretur si ita ius esset, vt liberis nullis superstitibus, nihil ex dote restitueretur. Nec tamen simili ratiocinatione possis in contrariam sententiam argumentari ex eo, quod ibidem Papinianus adiicit, huiusmodi pacto inter contrahentes id actum intelligi, vt superstitibus liberis filia defuncta dos retineatur. Ex quo Bartolus, vt Bulgari sententiã defendat colligit, defuncta superstitibus liberis filia dotem non retineri si pactum non intercesserit. Longè enim alia illius loci sententia est, nec de eo apud Papinianum dubitabatur, An defuncta liberis superstitibus filia dos retineretur, quod certissimum erat, præsertim factò de ea re tacito pacto: sed de illo duntaxat, an dotis quoque portio, quæ additamenti causa data fuerat, apud maritum remaneret. In quo dubitationem illud faciebat, quod pactum de dote factum esset: hæc autem portio non tam dos quàm doti addita esse videretur. Sed hanc quoque eodem iure celsi Papinianus ait: idque eleganter, & suo more concisè, probat eo argumento, quod cum conuenit vt mortua sine superstitibus liberis filia dos patri redderetur, manifestum est id actum esse, vt ea quoque portio quæ doti addita esset, restitueretur: tum quod ea dotis incrementum potius quàm noua dos intelligi debeat. *l. 4. de iur. dot.* tum etiam quod non sit existimandum eum, qui dotem restitui voluit, non cogitasse de illa etiam portione restituenda, quam dotis causa addiderat. Atqui cum conuenit vt mortua sine liberis superstitibus filia dos patri redderetur, id tacitè actum intelligitur, vt mortua relictis liberis filia dos non restituatur. Ergo eadem interpretatione hanc quoque conuentionem sic accipere debemus, vt nec ea portio restituatur quæ doti addita est. Sicque locus is enarrandus & intelligendus mihi videtur. Probat igitur manifestè quod volumus, mortua nullis relictis liberis filia, non ideo tamen totam dotem patri debuisse restitui, si ex eo matrimonio liberi interuenissent, nisi pacto constituta dotis tempore interposito contrariam actum fuisset. Huius porò iuris veteris rationem si quis quarat, hæc fortasse afferri potest, quod statim atque marito nascuntur liberi, quasi in eorum persona dotis pignus constituitur, quorum scilicet causa futurum aliquando

fit, vt dotis retentionem habiturus sit, vt quauis eod postea mori contingat, iniquum tamen sit atque ad eò inhumanum patri dotem auferri, ne præter dolorem amissi filij, dotis etiam quam superstiti filio lucraturus erat damnum sentiat *arg. d. l. iure succursum. de iur. dot.* Verùm quoniam non minor ad patrem ex filia, quàm ad maritum ex præmortuorum liberorum morte, dolor peruenit, æquum aestimauerat vetus legislator ita rem temperari, vt in singulos liberos vnã duntaxat quintam maritus retineret: vnde fiebat vt aliquando plus retineret quàm pater, aliquando minus, aliquando etiam totam dotem, nisi pater sibi in danda dote prospexisset, vt in *d. §. cum inter.* Sanè sextarum alia ratio erat. Hæc namque propter liberos diuortij tempore superstitibus retinebantur, vt eodem loco Vlpianus testatur, & apparet ex *§. sicut. l. vnic. C. de rei vx. act.* quem de sextis non de quintis accipiendum esse paulò post ostendimus. Dissimilitudinis autem ratio erat, quod ante diuortium amissorum liberorum dolor non minus matrem, quàm patrem afficiat, vt proinde inciuile esset aliquid ex dote mulieri eo nomine auferri, & marito applicari. Sanè pro superstitibus liberis æquum videbatur mulieri mulierem retentione sextarum, quasi eam, cum diuerit superstitibus liberis, qui tam sancti fœderis perpetuū pignus esse solent, non sit existimandum valde liberos suos curare, quibus neglectis alios sperare maluerit. Non tamen in singulos liberos quemadmodum quintæ, ita etiam sextæ in infinitum retinebatur: sed pro dimidia tantum dotis parte, quia cum permixta & libera essent diuortia, non debuit mulier indotata constitui, nisi ab initio ita conuenisset. Liberis namque interuenientibus dotis conditionem pacto deteriori fieri potuisse certum est *l. i. de dot. præleg.* vt contingit in specie *l. 2. de pact. dot.* in qua proponitur pactum fuisse, vt quoquo modo dissolutum esset matrimonium, liberis interuenientibus dos apud virum remaneret, hoc est, vt etsi diuortio matrimonium solueretur, tamen maritus totam dotem retineret. Hæc cum ita iure vetere, obtinerent, Iustinianus in *l. vn. §. sicut. C. de rei vxor. act.* omnem retentionem uerbolitatem, vt ipse loquitur, sustulit, & specialiter eam, quæ ob liberos fiebat. Quod nonnulli sic accipiunt, vt Martini opinio, quæ olim aliquo casu vera esse potuit, hodie post eam constitutionem vera esse nunquam possit. Quibus aliud respondendum non est quàm quod olim Bulgario Martinus respondit, sustulisse Iustinianum retentiones quæ diuortio facto fiebant, nihil verò noui inductisse si superstitibus liberis mulier in matrimonio mortua sit: quod sane verissimum esse duplex Iustiniani ratio demonstrat. Prior illa est, quod ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum educationem satis hortetur. Cuius rationis sensus non est, patrem ex suis bonis non ex dote matris liberos alere debere: sed ille potius, non esse retentionibus cogendam mulierem filios alere, ad quorum educationem vel sola ferente natura satis ipsa impellitur. Ex quo intelligimus ea constitutione sextas duntaxat sublatas esse, non etiam quintas, quæ vt diximus, præmortuorum liberorum nomine retinebantur. Nisi fortè quis Iustiniani sententiam illam esse putet, vt superstitibus liberis mortua muliere dos à marito non retineatur: quod non est admittendum. Nam præter, id quod de iis retentionibus loquitur Iustinianus, quæ olim in iudicio de dote fiebant, quod non contingebat superstitibus ex mortua in matrimonio mulie re liberis: (neque enim hoc casu dotis repetitioni locus erat, vt diximus.) il-

lud

lud etiam apertum est, auum, præsertim maternum, qui alios fortè aut liberos, aut ex liberis nepotes habeat, non ita valde ad superstitis nepotis educationem incitari: vt taceam viuus quidè parentibus, nisi educationem liberis deberi: verò præmortuis, etiã hereditatem: quæ ratio facit, vt quod de liberorum educatione viuâ matre Iustinianus scribit, non simili modo ad auum protrahi possit. Altera ratio est, ne varium genus culpa mariti contra uxores excogitent, vt possint eadem retentione contra eas uti, ex qua manifestius est loqui Iustinianum de matrimonio per diuortium non morte mulieris soluto. Nam istis retentionibus ob liberos ita demum locus erat, si aut mulieris, aut eius patris culpa diuortium factum esset, vt supradicto loco Vlpianus refert. Quæ quaquam ita sunt, aliqua tamen Iustiniani constitutio sublata esse quintas dubitandum non est, quarum scilicet mentionem nullam aut in Digestis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis sublatis quid hodie obtineat dubitari magis potest, hoc est, An maritus dotem totam restituat non retentis quintis, quas olim retinebat. An verò dotem totam retineat qui olim non nisi quintas retinebat. Sed probabilius est, Iustinianum in fauorem patris, quintas sustulisse, tum quia tota ea Constitutione dotis repetitioni quantum potest, fauet: tum etiam quia in *§. extraneum*, ait se parenti tacitam ex stipulatu actionem concedere. Quod non ita accipiendum est, vt quoties pro filia dotem pater dat, eam sibi soluto matrimonio restitui stipulatus intelligatur (alioqui etiam superstitibus ex matrimonio liberis dotem repetere possit) sed vt quoties profectitiam dotem repetere pater potest, ex stipulatu petere possit, licet stipulatio nulla intercesserit. Atqui nullis superstitibus liberis mortua filia dotis exactioni locus erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc casu actione ex stipulatu dotem pater repetet: vt quintarum deductionem non patitur, cum actioni ex stipulatu nulla obici retentio possit. *d. l. vnic. §. sicut. in fin. C. de rei vxor. act.* Ceterum, licet quinta & sexta Iustinianus sustulerit, verissimum tamè est quod proposuimus, tã nouo iure quàm vetere mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitiam dotem ad patrem non reuerti. Sed de quæstione ista nimis fortasse multa diximus, quanquam & Vlpiani locus & Iustiniani Constitutio videntur breuius explicari non potuisse.

CAPVT XVII.

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

SVM MARIA.

- 1 Obscurum esse Africanum argumentum quo probare voluit fideiussore stipulatori herede existente solam obligationem fideiussoriam perimi.
- 2 Iure vetere electo reo fideiussorem, & vicissim electo fideiussore reum liberari solitum, iure nouo non item.
- 3 Explicatur legisti 84. de solut.
- 4 Ex pluribus fideiussoribus vno electo reliquis liberationem vetere iure contigisse.
- 5 Exceptio à dispositione legis vlt. C. de fideiuss.
- 6 Manere fideiussorem obligatum etiam quum creditor in possessionem bonorum debitoris missus est.
- 7 Explicatur §. vlt. inst. de replic.

SI stipulator reum heredem instituerit, fideiussoris obligationem perimi certissimum est, siue ciuilib, siue naturalis tantum in reum fuisset, quoniam nemo

apud eundem pro ipso obligatus esse possit. *l. si quis pro eo. §. 1. l. Granius. 71. de fideiuss.* At si quidem stipulator fideiussorem heredè scripserit, placet solam fideiussoris obligationem perimi. *d. l. heres à debitor.* 21. §. quod si stipulator. de fideiuss. quod quia nouum quodammodo videtur, Africanus eo loco confirmat hoc argumento, quod si possessio rerum debitoris creditori data sit, æquè dicendum est fideiussorem manere obligatum. Cuius tamen ratiocinationis quis sensus sit ego neque intelligo, neque intelligi posse puto. Etenim si debitorem, cuius bona à creditore possidentur, ideo liberatum esse dicamus, accommodatum non erit exemplum hoc ad id de quo Africanus quarit. Scilicet an fideiussoris obligatio ita perimi possit, vt tamen reus maneat obligatus. At in exemplo proposito extincta principali, fideiussoria nihilominus remaneret, quod neque iuris ratio patitur, neque quod Africanus ait, æquè dicendum esse, nisi id profus contraria interpretatione intelligimus, per contrarium: quod quàm absurdum & ineptum sit nemo est qui non statim ex Latini sermonis ratione intelligat. Quod si cum possessio rerum debitoris creditori data est, adhuc debitor obligatus est, ineptior erit Africani argumentatio vt fideiussoris obligatio tolli possit non sublata principali, quod remanente principali, fideiussoria quoque non tollatur. Ex hoc. n. potius inferri potest sublata ergo vna tolli alterã. Illud certè nullo modo inferas, Possit igitur principali manente tolli fideiussoria: de quo tamè Africanus disputat. Sed neque verum est petita possessione rerum debitoris, fideiussorem adhuc manere obligatum. Quamquam enim iure vetere creditori licebat relicto reo fideiussorem eligere *l. 3. l. vlt. §. 5. Cod. de fideiuss.* attamen ita ius erat vt altero electo aliter liberaretur. *l. si ei cur. 11. D. mandat.* vbi Pöponius scribit fideiussorè, qui cum damnatus esset ex causa fideiussionis creditori postea heres exitit, habere mandati actionem quam tamen non haberet si accepto per eum iudicio reus liberatus non esset, *d. l. heres. §. vlt. de fideiuss.* Sic electo reo liberari fideiussorem, licet integru debitu creditor à reo consequi non potuerit intelligimus ex *l. mandat. 45. §. vlt. mand. ubi* creditor qui mandato fideiussoris cum reo egit, comparatur ei qui mandato debitoris ab alio stipulatur id quod sibi debetur, periculo tamè debitoris, vt tam hic quàm ille mandati actionem habeat in id quod minus à reo seruare potuit: quemadmodum enim priore casu perempta est per delegationem prima debitoris obligatio, ita posteriore, fideiussor electione rei liberatus est: quod significat verba illa, *qua sequenti mandato liberaretur ex priore causa.* Ex quo etiam explicare soleo *Legisti. 84. de solut.* in qua Proculus ait fideiussoribus acceptis pro naturali serui obligatione multum interesse, an dominum an seruum ipsum creditor eligat: electo namque domino, quod sit si cū eo de peculio agatur, non ideo fideiussores liberari: accepta verò pecunia à seruo, cui peculij administratione dominus permisit fideiussores quoque liberari: quod omnino ita accipiendum est etsi minus soluerit seruus quàm deberet: integro namque debito soluto, neque dubitatio vlla erit cur non fideiussores liberentur, neque aliud iuris constituetur si cum domino de peculio actum sit, cuius solutione infolidum facta, etiam fideiussores liberari constat. *l. cum quis. 38. §. per. de solut.* Huius porò dissimilitudinis ratio illa esse videtur, quod eam pro domino fideiussores accepti non sint, nulla ratio est vt electione domini liberentur, sed serui duntaxat

ad cuius obligationem accesserunt: alia enim domini, alia serui obligatio est. † Sed & pluribus in eandem obligationem fideiussoribus datis, vnius electione, ceteris liberatio contingebat. ad eod vt dubitatum sit an adolescentem curatorem eligente tutor liberetur. *l. tutori. 39. §. adolescens. de administr. tutor.* Quamquam hoc Iustin. correxerit, in *l. ult. C. de fideiuss.* vbi generaliter constituit vt pluribus ad eandem rem obligatis vnius electio creditori non praeiudicet, quominus quod ab vno seruare non potuit ab aliis consequatur: ex quo magis apparet, vetum esse quod dicimus, iuris veteris regulam eam fuisse, vt electo fideiussore reus, & vicissim electo reo fideiussor liberaretur, excepto † tantum casu *l. ult. D. de reb. credit. l. si decem. 21. D. de solut. qm* specialem habet rationem propter verba stipulationis. Quod cum ita sit, non est existimandum Africanum scripsisse, electo reo ita vt eius honorum possessio creditori data sit, fideiussorem adhuc manere obligatum: at potius non manere, quod proculdubio conuenientius est ei quod prebare vult, nouum non esse vt principalis obligatio remaneat, extincta fideiussoria. † Nam & cum in possessionem bonorum debitoris creditor missus est, ipse debitor adhuc obligatus manet, non solum quia quamdiu bona distracta non sunt, potest se defendere. *l. 2. §. ult. l. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* sed etiam quia bonis distractis si creditor ex iis in solidum satisfactum non sit, ipso iure obligatio non perimitur, sed debitori duntaxat exceptio datur, adeo vt si quid postea quaesuerit, rursus exigi ab eo possit. *l. 3. C. de reb. auct. iud. possid.* At fideiussor ipse obligatus non manet, quem rei electione liberatum esse certissimum est. † Nec obstat *§. ult. msi. de replec.* qui non ita accipiendus est, quasi creditor qui aduersus reum agit, & exceptione summotus est, contra fideiussorem postea utiliter agere possit: sed ita vt creditor qui si aduersus eum agere reperiri posset exceptione illa, si non bonis cesserit, contra fideiussorem agens huiusmodi exceptione non repellatur.

CAPVT XVIII.

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

SVMARIA.

- 1 An ei qui à furioso rem emit Publiciana competat?
 - 2 Rationes duae pro sententia Vlpiani.
 - 3 Pauli sententia defenditur.
 - 4 Responso ad ratiocinationem Vlpiani existimantis e-menti à furioso Publicianam competere?
 - 5 Male à quibusdam emendatum fuisse dictum §. si à furioso.
 - 6 Diversam esse vsucapionis & Publicianae rationem.
- Quamquam furiosus rei suae dominium transferre in alium non potest, sicut nec quicquam aliud facere. *l. 5. de reg. iur.* tamen utilitatis causa receptum est. vt si quis rem furiosi ab ipso bona fide emerit & statuto tempore possederit, vsucapere eam possit. *l. pignori. 13. §. eū qui. de vsuc. l. 2. §. si à furioso. D. pro empr.* vbi de eo inter iuris auctores constituisse Paulus ait, hoc est nullā dubitationē & controuersiam habuisse. † Sed an ei qui furiosi rem emit, Publiciana competat, maximā dubitationis fuit, vt nec hodie, quid sentiendū sit, sciri posse videatur, Paulus namque in *d. §. si à furioso.* negat competere, itēque accessionē possessionis, quemadmodū ex re euicta emptori de euictione actio denegatur. At † Vlpian. in *l. sed essi. 7. §. 1. De Public.* sic ratiocinatur, vt emptorē qui vsucapere potest, Publicianam quoque habere necesse

sit ex manifesta iuris regula, cū is, qui Publiciana actione experitur, eo colore re sibi restitui postulat, quasi à se vsucaptam, vt Iustinianus ait in *§. namque de actio.* Addi etiam pro Vlp. potest, sine possessione nullam esse posse vsucapionem, *l. sine 23. de vsuc. nec sine titulo, & bona fide. l. nullo 24. C. de rei vindic. l. 1. C. pro hered.* hoc ipsum autem Publicianam satis esse, *l. 1. de Publician.* Cur non igitur Publiciana detur ei, cui vsucapiendi ius conceditur? Sed si Paulum defendere volumus, cuius opinio longē elegantior videtur, eam rationem asserimus, quā mouisse illū videtur, quod cum furiosus rem suā vendit, licet ignorantī & bonae fidei emptori, tamen emptio nulla est, cū certi iuris sit furiosum rei suae vendendae potestatem non habere. Quod si emptio non valet, dici profectō non potest dandam ei Publicianam, quam certum est ei duntaxat dari, qui ex iusto titulo rem possedit. *d. l. 1. D. de Public.* Vnde etiam fit, quod primo loco Paulus infert, vt si res à furioso vendita, euincatur, aduersus furiosum de euictione agi non possit, quoniam qui de euictione agit, ex empto agit. *l. ex emptio. 11. de act. emp.* Item illud, vt emptori accessio quoque possessionis denegetur, non alia ratione, quā quod emptor non sit, cū emptio nulla intercellerit. Eodē igitur modo inferas, neque vsucapere eū posse. Ac sane ex stricta iuris ratione verissima, & prorsus necessaria consequutio est: sed cū utilitatis causa receptū sit, vt vsucapere possit, recedimus hac parte à iuris regula, & vsucapionē sine titulo procedere admittimus. Nam in his quae contra rationē iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris, *l. m. h. 15. D. de leg. 1.* Ex quo ad Vlpiani ratiocinationem responderi potest. Neque enim si utilitatis causa receptū est, vt qui à furioso bona fide emit, vsucapere possit, illud etiam recipiendum est, vt ei Publiciana competat, cū id quod contra iuris rationē receptū est, non sit producendū ad consequēcias. *l. quod 2. D. de eo. l. qui propter. 162. de R. I.* Cui simile quidā traditur, in *l. qui negotia. 34. D. mandati.* vbi non valde dissimilē Vlpiani ratiocinationē, in *leg. singularia. 15. D. si cert. pet.* Africanus ex eo refellit, quod id ex quo argumentū sumebat Vlpianus, benignē receptū esset. In proposito autem, ei qui à furioso bona fide emit vsucapiendi facultas conceditur, utilitatis tantum causa, id est fauore boni publici, quo introducta dicitur vsucapio. *l. 1. de vsuc.* At Publicianā accessionē possessionis, & actionem de euictione, nullus fauor publicus adiuuat, sed priuata duntaxat contrahentiū utilitas, *l. bene à Zenone. vers. eodemque. C. de quadr. praeser.* propter quā à iuris regula recedere, scriptumque ius in super habere non debemus. † Quae cū ita sint, apparet malē à nonnullis reiecta esse quasi spuria & supposititia verba illa *d. §. si à furioso. nec Publiciana cōpetit,* pessimē alios legere, sed Publiciana cōpetit, & accessionē possessionis. † Postremo diuersā à Paulo constitui vsucapionis & Publicianae rationē, quam tamen eandem faciūt qui existimant utilitatis causa concedendā emptori non solū vsucapionem, seu etiā Publicianā & accessionē possess. priuatā ipsius utilitatem intuentes, non publicam, de qua tamē Paulus, vt diximus, proculdubio intelligi debet. Ridiculus verō est Accursius, qui ad horū locorū conciliationem scribit concedendā emptori Publicianā aduersus extraneum, denegandā verō aduersus ipsum furiosum. Nā praeter id quod omnib. generale est, vt aduersus dominū Publiciana non detur, *l. pen. & vl. D. de Public.* illud etiā manifestū est, Vlpianum sic ratiocinari, vt quemadmodū aduersus furiosum vsucapio emptori pro-

dest, ita & Publicianam aduersus eundē ille habeat. Et ex diuerso, Pauli rationem facere vt neque aduersus extraneum Publicianam habere possit.

CAPVT XIX.

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

SVMARIA.

- 1 Filio praeterito patris iudicia improbane promiscue, etiam extraneis institutis testamentum conseruari.
- 2 Diversam esse speciem l. posthumus. 12. de iniusto rupt. & irrit. test. à specie l. si filio. 17. cod. tit.
- 3 Responso ad l. si duobus. §. 1. de bon. possel. contr. tab. & eius species.
- 4 Prius testamentum rite factum posteriore minus perfectio rumpi, quum is qui ab intestato rem habiturus est haeres instituitur.
- 5 Verba l. quod vulgō. ff. de bon. possel. contr. tab. ab Accursio & Bartolo male intellecta explicantur.
- 6 Ratio dubitandi ad l. 1. §. ult. si tab. testam. null. ex tab.
- 7 Ratio decidendi.

Nemo est qui nesciat quod Papinianus scripsit, filio praeterito patris iudicia comprobante ex bono & a quo defendi testamentū, licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate ruptum esse videatur, *l. filio. 17. D. de iniust. rupt.* † At nondum inter omnes constare videtur, an id generaliter & perpetuū verum sit, hoc est siue in eo testamento instituti sint fratres, aut alij ab intestato venientes siue extraneus quilibet. Sunt enim qui instituto extraneo aliud admittendum existimant, vt haeredes esse non possint, licet filius in potestate praeteritus patris iudicia non impugnet. Alij contra nihil interesse putant quis in testamento scriptus sit, dummodo patris voluntatem filius agnoscat. Quorum sententia mihi longē probabilior videatur. Id enim duntaxat Papinianus intuetur, vt si iniuriam remittat is cui ea facta est, suipremam defuncti hominis voluntatem, quae amplius reformari non potest, conseruemus: cū hac parte non tam haereditis scripti quā ipsius testamenti fauor inspiciendus sit. Verū huic sententiae opponitur quod in *d. l. filio.* Papinianus scribit, si praeteritis fratribus partem haereditatis non renouauit: ex quibus apparet in Papiniani specie institutos fuisse fratres, qui suo iure ab intestato succedere possent. Sed inde non rectē concludas, aliud existimasse Papinianum in extraneis institutis, de quibus tamen non loquitur, quia in fratribus ex facto acciderat id de quo consulebatur, cum ea lex sumpta sit ex Papiniani libro quinto Responsorum. † Opponitur etiam *l. posthumus. 12. vers. idem dicendum. D. eodem titulo.* cuius tamen species longē diuersa est ab ea de qua quaerimus, nec tantus fauor est testamenti, quod nec approbatum est, nec improbatum, quantum eius quod expressa filij voluntate approbatum, & cōfirmatum est, vt didici ex Doctore meo D. Ioanne Manutio dum ille perelegantem rationem hanc redderet, à nemine adhuc obseruatā, cur in specie *l. posthumus,* ad defendendū testamentū opus fuerit rescripto D. Hadriani, quod in casu *l. filio.* necessarium non fuit. † Probabilius fortasse quis moneatur ex *l. si duobus. 11. §. 1. D. de bon. poss. contr. tab.* vbi Iureconsultus scribit, si prius testamentum extet iure factum, quo filius extraheredatus est, sequens imperfectū in quo praeteritus sit, posteriore testamento praeteritum ita demū rectē bonorum possessionem petere posse, si remoto quoque filio potiores sint in haereditate posteriore te-

stamento scripti haeredes: quod si haereditatem obtinere nō possint, filium quoque excludi. Ex eo enim intelligimus aliquando contingere vt ex testamēto in quo praeteritus est filius, etiam remoto eo, haereditas tamen obtineri non possit, quod cū eo casu verum nō sit quo instituti sunt ab intestato venientes, *d. l. filio.* necesse est vt de extraneis intelligatur. Nec sanē ad eum locū accommodatus vllum exemplū afferri possit. Sed respondendū est, in proposito specie, extraneum haeredem posteriore testamēto scriptum etiam remoto filio, hoc est abintente, & patris iudicia probante, haereditatem obtinere non posse, non quod in casu *l. filio.* diuersa agnatorum, & extraneorū ratio constituenda sit, sed quia cum priore testamēto rite factum, in posteriore imperfecto seu iniusto extraneus haeres instituitur, prius testamentum, quod rite factum est, non rumpitur. *l. filius. 7. de testa.* vnde fit vt filius per bonorum possessionem contra tabul. haereditatem auferre non possit ei à quo est extraheredatus, *l. non putauit. 8. D. de bon. poss. contr. tab.* † At cū in posteriore testamento imperfecto haeres scribitur is qui re ab intestato habiturus est, constat prius testamentum, quanquam rite factum, per posterius rumpi. *l. 2. D. de iniust. rupt.* Credo, quod hoc casu perinde ferē sit, ac si coram testibus testator intestatum velle se decedere diceret, quod sufficeret vt scriptis haeredibus haereditas auocaretur, *l. vlt. in fi. D. de his que in testa. deien. l. 1. §. si haeres. D. si tab. testam. null. ex tab.* Porro cum prius testamentum non est ruptum, posterius non valet, neque per Praetorem defenditur, licet filius in eo praeteritus patris iudicia comprobet, quia perfectum potius quā imperfectum testamētum defendere Praetor debet. Cum verō prius ruptū est, posterius, licet imperfectum sit, Praetoris tamen iurisdictione sustinetur, si praeteritus filius contentat, quia hic nulla ratio est, cur non ex bono & a quo Praetor testatoris voluntatem tueatur: quam approbat is cuius gratia iure imperfecta & iniusta censetur. Ergo, cum in posteriore testamento imperfecto scriptus est is, qui ab intestato successurus est, testamentum defendit Praetor, nō ex eo quod scriptus sit agnatus potius quā extraneus, sed quia prius ruptū est. Quo casu vtiliter demū bonorum possessionem contra tabulas petere filius potest: quae vt peti possit, satis est vt mortis tempore patris tabulae sine eiusmodi, ex quibus adiri haereditas, vel secundum eas bonorū possessio peti possit, cuiusmodi haec sunt, quas diximus Praetoris iurisdictione defendi, si filius praeteritus iudicia patris adprobet. At cū iure suo vititur, & bonorum possessionem contra tabulas petit, inaeipiunt tabulae esse in eo, vt extis bonorū possessio amplius peti non possit. † Et hoc est quod ait *l. quod vulgō. D. de bon. poss. contra tab. quamuis nec utrumque postea secutum sit, vel sequi potuit,* quae verba obscurissimam habent sententiam, nec ab Accursio aut alio, quod sciam, explicatam: Quam si Bartolus intellexisset, non ita curiosē dubitasset, Quomodo fieri possit vt bonorū possessio detur contra tabulas, quae cū ipso iure nullae sint, tabularū nomen non mereatur. Rursus non dixisset, huiusmodi tabulas, si septē testiu signis signatae sint, iure praetorio valere, idēque iure praetorio rescindi: nam filio non approbante iudicia patris, certū est nullo iure valere, nec ciuili nec praetorio, sed filij praeteritum posse suo iure ab intestato haereditate scripto herede euincere, vt Paulus aperte scribit in *l. is qui. 15. D. de leg. praes. & Vlp. in l. si duo. 16. eo.* quod si bonorū possessio secundū tab. haerediti scripto data sit, esse eā sine re, vt ide V-

pianus loquitur in §. ult. *Instit. de bonor. possess.* Dicendum igitur est filio præterito patris iudicia non probante, quamquam omni iure inutile est testamentum, vtiliter tamen peti posse bonorum possessionem contra tabulas, quamvis ea petita bonorum possessio secundum tabulas peti non possit, quia sufficit mortis tempore tabulas tales fuisse ex quibus peti poterit, quod hinc contigisset, si patris voluntatem filius adprobasset. Quid autem interest an petita bonorum possessione contra tabulas, an quo alio modo filius ostendat se patris iudicia non probare? Ex his petenda est dubitandi ratio ad l. 1. §. ult. *D. si tab. testa. nulle ex stab.* vbi Iurec. scribit, si emancipatus filius exheres fuerit, & autem qui in potestate fuerat, præteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem, vnde liberi, tuendum esse vsque ad dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset. Nam filius qui in potestate fuerat, præteritus, totum patris hereditatem sibi ab intestato debere contendebat eo colore, quod frater exheredatus fuerat, & extraneus scriptus heres, qui exheredatum profus exclusisset (ponimus enim merenter exheredatum) si præteritus patris hereditate abstinisset, vt quamvis ab intestato successerit, non tamen debeat ea res prodesse exheredato, qui suo iure, & ex persona propria testamentum patris impugnare non poterat. Vt in l. si parroni. 55. §. qui fideicommissum. *D. ad S. C. Trebell.* prior fideicommissarius postulabat vt sibi falcidiam detrahere liceret, eo colore, quod nisi ipse heredem scriptum hereditatem adire coegisset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Sed quemadmodum Papinianus eo loco scribit, restitutionem ex Trebelliano fieri debere, id est falcidiam locum esse non posse, quia semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituatur: ita in proposito eleganter Vlpianus respondet, emancipatum filium ab intestato petentem bonorum possessionem vnde liberi, perinde tuendum vsque ad partem dimidiam, atque si nullas tabulas pater reliquisset: quia testamentum per omnia irritum aut potius nullum, & iniustum, ad solam exheredationis notam proficere non debeat. *l. penult. D. de bon. possess. cont. tab. l. si parroni. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert. & semel iniusto dicto testamento tota defuncti voluntas irrita & iniusta constituatur.* Quod si herede scripto extraneo, & præterito filio in potestate, testamentum ita esset nullum, vt ne filij adprobatione defenderetur, vix dubitari posset, cur non ab intestato filius exheredatus dimidiam hereditatis partem consequi deberet. Quod cum ita sit, reprehendendi profecto sunt, qui ex eo loco putant probari regulam *l. filio. in extraneo herede scripto locum non habere*, quod filius exheredatus citra inefficaci querelam admitti non posset, quam & nos vtique necessarium esse fatemur si præteritus patris iudicia probet, nec hereditatem petat, quod in ea specie Vlp. non ponit, nec non ponendum existimamus, alioqui exheredatus ab intestato vniuersam hereditatem, non dimidiam dumtaxat consequeretur.

CAPVT XX.

Emendatur l. 2. *D. de seruit. rustic. præd.*

SYM M A R I A.

- 1 Conciliatio Pauli cum Vlpiano in questione, an in seruitute actus iter quoque contineatur.
2 Seruitute actus simpliciter constituta itineris seruitutem non contineri.
3 Quid plus sit in via quam in actu.

4 Verba etiam sine iumento irreptitia esse in d. l. de seruit. rustic. præd.

5 Verbum ambulandi in via definitione perperam sublatis esse.

6 In via aliquid amplius esse quam in itinere & actu simul.

7 Occasione potius quam iure esse iter habere qui actum habet.

8 Cur nihil agat qui actum stipulatus iter quoque stipulatur.

9 Solutio obiectionis petite ex l. 2. ff. quemad. seruit. amit.

10 Rebus actum cum fructu comparari.

Obscura quaestio est, An in seruitute actus iter quoque contineatur. Nam Vlp. quidem in l. loci. 4. §. 1. *seru. vin.* posse actum esse sine itinere disertè scribit, & in l. si mater. 11. §. si quis iter. *de excep. rei iudic.* cum qui iter petiit, si deinde actum petat, exceptione rei iudicate non submoueri ait: quod vtique falsum esset, si in actu iter quoque contineatur, arg. *legi tecum. 26. eo.* At Paulus in l. 1. *de adim. legat.* eum qui actu legato iter adimit, nihil adimere respondit, ratione illa quod sine itinere actus esse nunquam possit. Cui simile videtur quod Iulianus ait in l. qui v. sumfructum. 58. *de verb. oblig.* eum qui stipulatus actum, postea iter stipulatur, non magis vtiliter stipulari quam si decem stipulatus postea quinque stipulatur: quod tamen minus verè diceretur, si actu promissio iter quoque non deberetur: quod etiam pertinet *l. si pupillus. 9. §. ult. de notat.* vbi iisdem ferè verbis ex Vlpiano idem proponitur. Mihi non videtur alia horum locorum conciliatio afferri posse, quam quæ ab Accursio iam olim allata est, omniumque interpretum consensu adprobata, vt seruitus actus sine seruitute itineris esse possit, at sine itinere esse non possit. Eum namque qui agat, ire quoque necesse est: sed cum non aget, ire eum non est necesse: nec sine promissoris magna iniuria constitui aliter posset, qui cum vna duntaxat seruitute obligatum se voluerit, duplici tamen incommodo afficeretur. Sicque proculdubio accipiendum est quod in l. 1. *de seru. rust. præd.* scriptum est, eum qui actum habeat, etiam iter habere: scilicet vt is cui seruitus actus constituta est, eo ipso eundi potestatem acquisiuisse intelligatur. At iter quoque actus simpliciter constitutum itineris seruitutem non continere probatur manifestè ex d. l. 1. *de adim. leg.* Cum enim certissimum sit posse quem ita vti seruitute actus, vt tamen sine iumento ire non possit, apparet eum qui actu legato iter adimit, hanc saltem sine iumento eundi facultatem adimere, si actu legato, ea facultas legata intelligatur. At nihil eum adimere Paulus ait, quia actum adimere noluit, sed iter. Iter verò quod dederat, est eiusmodi sine quo actus esse nullo modo possit. Idem etiam minus quidem aperte, sed tamen non minus eleganter confirmat *l. per insurandum. 13. §. 1. de acceptil.* vbi Vlpianus scribit, si quis viam stipulatus accepto iter vel actum fecerit, nullius momenti esse acceptilationem: idemque probandum si actus tantum accepto fuerit latus: sed si præter actum, iter quoque accepto latum fuerit, consequens esse dicere liberatum eum qui viam promiserit. Quod si seruitus itineris in actus seruitute contineretur, vix dici posset quid interesset inter actus & itineris simul & actus duntaxat acceptilationem: quemadmodum nec interest vtrum viam duntaxat quis accepto ferat, an iter & actum simul: vt eo loco Iurec. ait, quia via seruitus sine actu & itinere nulla est, vt omnium elegantissimè is locus probat, quem mihi commodissimè indicauit Ludovicus Pelisso Viennensis, vir acutissimus mihiq; amicissimus, cum aliquando de quaestione ista inuicem conferremus, & in vtramque

parte contrariis opinionibus disputarem. Hæc si ita sunt, vt proculdubio sunt, manifestissimè falsum relinquitur, quod in l. 1. *rustic. præd.* Vlpiano tribuitur, eum qui actum habeat, iter quoque habere etiam sine iumento. Qui enim it sine iumento, is seruitute itineris vtitur, non autem itinere sine quo actus esse nullo modo potest. Qui verò & actus & itineris seruitute vtitur, eum non actum duntaxat, sed etiam viam habere necesse est. Nam vt in dict. l. 1. Vlpianus diffinit, nihil aliud via est, quam ius eundi, agendi, & ambulandi, ex quo intelligimus in via hoc vnum plus esse quam in actu, quod qui actum duntaxat habet, tantum ire agere potest (hæc enim duo pro coniunctis accipio, itemque illa in diffinitione itineris eundi ambulandi, vt de illis, *clare facere*, scribit Iureconsultus in l. sape 53. *D. de verb. signifi.*) qui viam, etiam ambulare potest. Hoc verò nihil aliud est quam ire sine iumento, vt ex itineris diffinitione apparet, quam ibidem Vlpianus hanc adfert, vt iter it ius eundi ambulandi hominis non etiam iumentum agendi. Verissimum igitur puto, quod adhuc à nemine animaduersum miror, ex imperitalicenis interpretis glossa in textum irreptisse verba illa, *etiam sine iumento*, quod vt sentiam, præter certissimam illam iuris rationem quam attuli, ea quoque coniectura mouet me quod in quibusdam libris sic scriptum vidi, *cogit vt potest etiam sine iumento*: quæ lectio etiam nunc in Institutionibus cernitur, *in. de seruit.* sed librario Florentino elegantius visum est scribere *etiam sine iumento*, reiectis prioribus illis verbis quasi superfluis. Illud etiam mihi suspicionem auget, quod eiusdem interpretis (vt probabile est) temeritate & imperitia factum est, vt in quibusdam Institutionum exemplaribus addita sint verba illa in diffinitione actus, *ambulandi hominis*, quæ tamen in emendationibus omnibus codicibus desunt. His erroribus decepti perierique (ita malè iactò principio tota series inuoluitur erroribus) putarunt corruptum esse vix diffinitionem ab Vlpiano traditam in d. l. 1. *rustic. præd.* quasi eadem quoque, sit actus diffinitio: & ausi sunt dicere pro *ambulandi*, legendum esse *trahendi*, aut quid aliud simile, quod actus diffinitione non contineatur. Sed qui sententiam nostram probabant, facile intelligent quam eleganter Vlp. dicat viam esse ius eundi, agendi & ambulandi: quàm etiam accommodatè rationem reddat, *nam & iter & actum via in se continet*. Scilicet, quia si non esset ius ambulandi actum duntaxat contineret: ius ambulandi, hoc est eundi sine iumento, quod seruitutis itineris proprium est, facit vt itineris quoque seruitutem contineat. Denique actus sine seruitute itineris esse potest, via sine seruitute actus & itineris esse non potest. Quod tamen non sic accipiendum puto, vt quicumque actus & itineris seruitutem habet, vix quoque seruitutem habeat: est enim aliquid amplius in via quam in aliis duabus simul, puta ius lapidem aut tignum trahendi, & rectam hastam ferendi. *l. qui sella. 7. §. 1. & 2. rustic. præd.* Vnde si mihi potestatem feceris ambulandi ac præterea iumentum agendi, non etiam vehiculum, nemo dubitat quin & iter & actum habeam. *d. l. qui sella. in pri. me* tamen viam non habere scribit Iurec. in l. si tam 13. *D. de seruit.* nimirum quia actus est ius agendi iumentum vel vehiculū, via verò ius agendi simpliciter, hoc est agendi omnia, iumentum, armentum, vehiculum, & cætera: vt verè dici possit sublatis quidè seruitutibus, actus, & itineris, sublatis quoque vix seruitutibus. *d. l. & per insurandum.*

§. 1. de accepri. at illis constitutis hanc non ideò constitutam necessariò intelligi. Ex quibus omnibus concludere licet, eum qui actum habeat, habere quidè iter, sed tamen ita vt sine iumento ire nō possit. Quæ videtur fuisse Accursij sententia & interpretatio ad d. l. 1. ad quam notat eum qui habet actum, habere iter eo ipso, & hoc quantum ad commoditatem non quantum ad seruitutem, seu occasione potius quam iure, vt loquitur *l. 2. de viuis.* An autem habet iter iure seruitutis ille, qui sine iumento eundi, hoc est ambulandi ius habet? vt non vana sit coniectura in libro Accursij, veteribusque omnibus ea verba quæ tollenda putamus iam olim defuisse. Verum huic nostræ sententiæ illud valde obstare videtur, quod supra ex Iuliano & Vlpiano retulimus, eū qui actum stipulatus est, si iter quoque stipuletur, nihil agere, *l. qui v. sumfructum. 58. de verb. oblig. 1. §. §. ult. de nouat.* Cur non enim itineris seruitutem acquirat, si acquisito actu hæc nondum acquisita intelligitur. Responderi tamen commodè potest in stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse. *l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus, de V. O.* inde verò fieri vt qui actum stipulatus postea iter stipulatur, illud ipsum stipulari intelligatur quod iam stipulatus fuerat, id est iter id quod in actu continetur, & sine quo esse actus non potest. Nam & eum qui decem stipulatus postea quinque stipulatur, nihil agere Iulianus supradicto loco scribit, licet præter decem, alia quinque habere quis possit, scilicet quia quinque ex decem stipulatus intelligitur, *arg. l. stipulatio ista. 38. §. cum qui dicat. D. de verb. oblig.* Idem igitur & in proposito dicendum est, vt interposita actus stipulatione, non alias utilis sit itineris stipulatio, quam si de itineris seruitute actum esse manifestè appareat. Iam verò quod Vlpianus scribit in l. 9. §. ult. *de nou.* præter superiorem interpretationem, potest etiam ex Rubrica sic accipi, vt qui actum stipulatur, deinde iter, nihil nouet, ratione illa quod non intelligatur facta nouatio nisi cum posteriore stipulatione aliquid amplius quam priore continetur, *l. scire 29. de verb. oblig.* At iter minus quidpiam est quam actus, cum actum continere non possit. Quod si quis iter stipulatus actum postea stipuletur, dicemus factam nouationem vt sola posterior stipulatio maneat priore perempta, quod plus sit in actu quam in itinere, cum dubitandum non sit posse seruitutem actus sic constitui, vt etiam itineris seruitutem contineat. *l. si tam. 13. de seruit.* Sed omnium difficillima obiectione est *l. 2. quemad. seruit. amit.* vbi eum qui iter & actum habet, si statuto tempore tantum ierit, actum nihilominus retinere ait Paulus ex Sabini, Cassij, & Octaueni sententia, & rationem subiicit quod ire quoque per se possit is qui actum habeat, *Per se*, inquam, id est sine iumento. Verum obseruandum est loqui Paulum de eo qui iter & actum habeat, id est actum ita constitutum, vt etiam seruitutem itineris contineat: quod conuentione fieri posse proximè diximus: alioqui statuto tempore, tantum ire non potuisset, qui actum duntaxat habuisset. Ita verò constituta seruitute actus, dubitandum non est quin per se quoque ire possit is qui actum habeat, eoque ipso seruitute actus vti dicatur. Ratio igitur dubitandi, ex qua magis sententia nostra confirmatur, illa est, quod qui tantum iuit, seruitute actus vix non videatur, at potius seruitute itineris. Quod certè verum est, si de actu simpliciter constituto quaeratur. Sed decisionis ratio illa est quod seruitus a-

Quis cum servitute itineris constituta proponatur, quo casu ex conventionione sit ut ire per se possit is qui actum habeat. Sic dicimus eum qui usufructum habet, si sciens tantum utatur, fructum nihilominus retinere. *L. arboribus. §. Sed & si alij. de usufruct. l. is qui. 20. quib. mod. usufruct. amittit.* quia qui fructum habet cum usu coniunctum, per se uti possit, qui tamen uti non possit si fructum duntaxat haberet, *leg. 5. §. 1. de usufruct. quemadmodum. cauat.* † Recta enim actus & fructus

computatio est, ut quemadmodum sine itinere actus esse nunquam potest, potest tamen sine servitute itineris, ita fructus sine usu nunquam esse possit, tamen esse sine servitute usus. Quia distinctione rectissime *Joannes & Accursius conciliant d. l. §. cum l. per servum. 14. §. 1. de usu & habit.* & longè rectius quam qui regulam illam *l. per servum*, ut sine usu fructus esse nunquam possit, perpetuam non esse scripserunt.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER II

CAPVT I

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

SVMARIA.

1. Duplex quæstio de impensarum in rem alienam factarum repetitione.
2. Accursij ad utramque quæstionem responsio per distinctionem.
3. Nova Cuiacij opinio.
4. Sumptus vitiles tam in hereditatis petitione quam in rei vindicatione malæ fidei possessorem non adducere, seu tollere.
5. Voluptuarias impensas in speciali in rem actione à malæ fidei possessore tolli, modo sine rei dispendio id fiat.
6. Necessarias ra bonæ quam malæ fidei possessori prestari.
7. Deductio vitis potestas.
8. Quis de vitilibus impensis statuendum sit, quæ sine rei, in quam factæ sunt, detrimento tolli non possunt?
9. Casus quo impensas necessarias malæ fidei possessor non deducit.
10. Explicatur ratio. *l. vitiles 39. ff. de pet. hered.*

her. Malæ verò fidei possessorem in petitione hereditatis voluptuarias impensas imputare non posse, sed tantum tollere, & in rei vindicatione vitiles imputare non posse, voluptuarias verò omnino imperdere. † Sed ex recentioribus *Jacobus Cuiacius* vir doctissimus novam opinionem induxit, ut cum de sumptibus necessariis & vitilibus agitur, separanda non sit petitio hereditatis ab actione in rem speciali, nec bonæ fidei possessor à prædone. Omnes enim imputari actoni, siue generali, siue speciali actione experiatur, & siue bonæ siue malæ fidei possessor sit is cum quo agitur: si modò res extet in quam sumptus facti sunt, fructusque percepti sunt, *leg. quod si sumptum. 37. D. de pet. hered.* Mihi neque *Accursij* neque viri doctissimi opinio probati potest. † Nam quod uterque putat, sumptus vitiles in petitione hereditatis malæ fidei possessor non minus prestari quam bonæ fidei possessor, probabile non videtur, cum perpetuò verum sit posse culpam ei obici, quòd temere & sciens in alieno solo ædificaverit. *§. certè. Insti. de verum divisi. d. l. domum. C. de rei vindic.* cui loci quamquam de speciali in rem actione sint, non de vniuersali, nulla tamen ratio est ut hac parte specialem ab vniuersali separemus, nec sanè dissimilitudinis ratio vlla reddi potest: in eoque viri doctissimi sententiam aduersus *Accursium* probo, & sequor. In eo autem prorsus improbo, quòd in speciali quoque actione in rem nullam inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem differentiam constituit: quæ tamè aperte ponitur in *acti. §. cerre. & dicit. l. domum. Et magis improbo, quòd idem respondet iis locis de stricto iure responderi, non de æquitate & rei effectu.* Nam & *Papinianus in l. sumptus. 48. de rei vindic.* scribit sumptus in prædium alienum factos peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium iudicis æquitatis ratione seruari si à bonæ fidei possessore facti sint: ut intelligamus in malæ fidei possessore ne quidem æquitatis ratione seruari debere. Et in *l. sin autem. 27. §. vitim eodem.* Paulus scribit, *Si possessor ante litem comestit am sumptus fecit, nempe quoniam quia post litem contestatam facti sunt, tanquam à malæ fidei possessore facti reputari non possunt.* Quam verò rationem vir doctissimus

BLEGANS † atque vitilis quæstio est, De impensarum in rem alienam factarum repetitione: quæ duobus præcipuè capitibus continetur: Primum est, An in rei vindicatione aliud obseruetur, quam in petitione hereditatis: Alterum, An bonæ fidei possessoris melior conditio sit, quam prædonis. † Ac quòd ad primum pertinet, vulgò probata est *Accursij* sententia, distinguentis petitionem hereditatis à rei vindicatione in vitilibus, & voluptuarium impensarum deductione. ut vitiles in petitione hereditatis etiam malæ fidei possessor impudentur. *l. plane. 38. de pet. hered.* voluptuarias a non quidem impudentur, sed tollantur, si modò id fieri possit sine detrimento eius rei in quam factæ sunt. *l. vitiles. 39. eo. in fi.* At in rei vindicatione vitiles non impudentur, sed tollantur duntaxat. *d. l. domum.* voluptuarias verò à malæ fidei possessore nec imputari nec tolli possunt. Ex quo etiam apparet quid de secundo quæstionis huius capite *Accursij* senserit, Separandum scilicet bonæ fidei possessorem à prædone. Illius enim meliorem esse conditionem, ut necessarias & vitiles impensas, siue speciali siue vniuersali in rem actione conueniantur, imputare possit, voluptuarias autem opposita doli mali exceptione retinere, *d. l. plane. & seq. de per.*

mus

mus adducit, quòd iniquum sit damnum sentire malæ fidei possessorem, *Ulpianus* refellit *in l. Julia. 37. eo.* quòd non debuerit in aliena aera certus ædificiū ponere. Hoc igitur duntaxat ei concedendum esse, ut sine dispendio domini aera tollat ædificiū quòd possit. *Kurfus* † quòd *Accursius* putat in speciali actione in rem voluptuarias impensas à malæ fidei possessione seruari non posse, pagnat aperte cum *l. in fundo. 38. §. constitutus. eo. in.* in illis verbis, *pic. r. d. que corradiere.* *Picturarum* enim impensæ voluptuarie sunt *l. vitiles 39. vers. videmus. de pet. hered.* ex cuius loci conjunctione cum *d. §. constitutus.* apparet nihil hac parte inter specialem, & vniuersalem in rem actionem interesse. At inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem distinguendum puto, quòd voluptuarias quoque impensas bonæ fidei possessor per doli exceptionem seruat, malæ fidei possessor duntaxat tollit si sine rei dispendio facere id possit. *d. ver. videmus.*

De † necessariis autem & vitilibus impensis ita statuendum arbitror, ut necessariæ quidem tam malæ quam bonæ fidei possessor prestentur *d. l. domum. §. C. de rei vindic.* vitiles autem bonæ fidei possessor deducat, prædo non deducat, si modò paratus sit dominus ut sine rei, in quam factæ sunt detrimento tollantur. *d. l. domum. §. l. 48. de rei vindic.* Ratione illa, quòd imputandum sit ei, qui sciens alienam rem impendit. *Dices.* Cur non ei go in necessariis idem obtinet, ut repetere eas prædo non possit? *Respondebo,* quia fieri non potest ut sine rei in quam factæ sunt detrimento tollantur: si quidem necessariæ impensæ ex dicuntur, quæ si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit. *l. impense. 79. de verbor. signifi.* Quòd pertinet ratio illa *l. plane. 38. de pet. hered. ne petitor ex aliena iactura locupletetur.* Eo namque loco de necessariis quoque impensis *Paulus* tractat, de quibus verè illud dici potest, si in prædonis persona eorum ratio non haberetur, futurum ut ex aliena iactura petitor locupletaretur. At de vitilibus idè dici non potest, quas pati petitor potest ut sine rei detrimento tollantur: quo casu ex aliena iactura proculdubio non locupletabitur, neque tamen impensas prædo deducat, sed tollet, quæ longè differentia sunt. *Deductionis* † enim potestas illa est, ut non nisi prius oblati impensis peti res possit. At qui deducere non potest, prætextu impensarum rei restitutionem reculare non potest: sed tantum quæ fecit tollere, si modò sine rei detrimento facere id possit. Quare nec *Paulus* in *d. l. plane.* simpliciter ait, prædonem quoque necessarias & vitiles impensas deducere, quòd fallum est, sed, in huius quoque persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quòd omnino sic accipi debet, ut necessarias quidem impensas deducat, vitiles vero tollat. Nam & secundum hanc interpretationem in prædonis quoque persona vitilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum potestas stricto iure nulla ei superesse deberet. Quid ergo si nolit petitor pati ut vitiles impensas tollat? Potest sanè id pro suo iure facere. *d. l. in fundo. §. constitutus. de rei vendi.* sed hoc casu vitiles quoque impensæ deducuntur, ne, ut *Paulus* ait, ex aliena iactura petitor locupletetur: quæ ratio hoc demum casu in vitilibus impensis locum habet, non autem si paratus sit petitor pati ut tollantur. Quæ † cetera ita sint, dubitari probabiliter potest, quid de vitilibus impensis statuendum sit, quæ sine detrimento rei in quam factæ sunt, tolli non possunt. Et putarem hoc casu bonum iudicem ex personis, causisque variè constituere debere: Finge enim dominum

easdem impensas facturum fuisse, æquum sanè est ut impensas resarciat, utque eò saltem quòd pretiosior res facta est, & si plus pretio fundo accessit, saltem id quòd impensum est. Finge pauperem, qui si id reddere cogatur, laribus & sepulchris auitis carendum habeat. *d. l. in fundo.* Puto potius ei succurrendum, cui nihil imputari potest, quam prædoni, cui saltem hoc ipsum obici potest quòd temere in rem quam alienam sciuit impensas fecerit. Videtur enim quòd amodo sua voluntate impensas amisisse, ut ait *Caius* in *l. 7. §. ex d. iur. jo. de acquir. rer. domin.* † Ceterum his quæ diximus impensas necessarias deduci, vitiles verò duntaxat tolli, obstare videntur *l. 1. C. de infant. ex. pos. & l. ex ar. 20. 13. D. de conduct. furt.* in quibus ne quidem necessariæ impensæ deducuntur. Prior *Accursij* responsio non placet, ut aliud sit in iure, quam in alio malæ fidei possessore. Cur enim melior sit conditio eius qui rem immobilem iniuria occupauit, ut in *l. domum. C. de rei vindic.* ac cuius furtum fecisse diceretur, si rei immobilis furtum fieri posset? Posterior vera est, ut impensæ necessariæ ita demum deducantur, si abradi, ut ipse loquitur, hoc est tolli possunt: quo casu quia sine rei detrimento tolli non possunt, æquum est petitorum pro eo commodo quòd sentit, ut nullum rei suæ detrimentum fiat, impensas ante omnia resarcire: At cum tolli impensæ non possunt, nulla ratio est ut quicquam præstet pro ea re quam inuito possessore consequitur. Scilicet si malæ fidei possessor proponatur. Nam in eo qui bonam fidem habeat aliud probandum esse, ipsa lex ait, ex qua apertius intelligitur quòd volumus, meliorem bonæ fidei possessoris quam prædonis conditionem esse debere. † Obstat etiam *l. vitiles 39. de pet. hered.* ubi quòd pertinet ad voluptuarias impensas diuersa ratio constituitur, prædonis, & bonæ fidei possessoris, ut huic pro doli exceptio, illi verò obiciatur probè non debuisse eum in alienam rem superuacuas impensas facere, ut tamen potestas ei fiat tollendorum eorum quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt. At respondeo rationem illam *Iurec.* non sic accipi debere, ut prædoni imputari non possit si in alienam rem vitiles impensas fecerit, sed ut multò magis imputari possit si superuacuas fecerit. Neque tamen idè prohibendum cum impensas voluptuarias tollere, si sine rei detrimento facere id possit, eadem æquitatis ratione, quam in vitilibus usurpauimus, ne ex aliena iactura petitor locupletetur. Atque ita in voluptuarias & vitilibus impensis in prædonis persona eandem prorsus rationem constituimus, itemque in speciali & vniuersali in rem actione, sed in omnibus bonæ fidei possessorem à prædone separamus.

CAPVT II.

Explicatur & emendatur *l. paterfamilias. 28. de reb. author. iudic. possid. alias l. 13. de priuil. credit.*

SVMARIA.

1. Nuda sui heredis existens pupillares tabulas non confirmari.
2. Non aduersari huic sententiæ *Iuolenum* in *l. paterfam.* ff. de reb. aut. iud. possid.
3. In specie *d. l. paterfam.* substitutum non ex substitutione pupillari, sed ex vulgari tacita succedere.
4. Error *Accursij* ad *d. l. distinguens* inter pupillum qui ab initio, & eum qui post

C 3

inmixtionem abstinet.

5 *Reiicitur distinctio ab aliis Interpretibus allata.*

6 *Reiicitur negatio in d. l. paterfamilias, in verbis Idem in filio substituto &c.*

7 *Conciliatio l. Iulianus de acquir. hered. cum d. l. paterfam.*

8 *Dissimilitudinis ratio inter pupillum & substitutum in d. l. paterfam.*

In tractatu de substitutionibus, magna, & difficilis quaestio est, An nuda sui heredis existentia pupillares tabulae confirmantur. hoc est an pupillo datus substitutus, etiam eo abstinate ex substitutione admittatur. In qua placet sententia eximantium non confirmari, ut manifeste probat l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. D. ad S. C. Trebell. & quod plerisque iuris locis scriptum est non adita patris hereditate pupillares tabulas corruiere, l. 2. §. sed si plures. 10. §. si ex asse. D. de vulg. a. & pupill. substit. Certissimum autem est suum heredem quamuis per abstentionem non desinat suus heres esse, l. cum quasi. 30. §. sed et si suus. de fideic. libert. tamen a Praetore heredis loco non haberi, l. si filius. 12. de interrog. action. quam ob causam nudum sui heredis nomen gerere dicitur in l. 2. §. ad optin. ad S. C. Tertull. quod non sufficit ut ex voluntate testatoris pupillares tabulas confirmatas esse dici possit: cum verisimile non sit testatorem de nudo sui heredis nomine cogitasse: alioqui filio in potestate constituto substitui vulgariter non posset, qui quantumvis abstineat, efficere tamen non potest ut sui heredis nomen amittat. d. §. sed et si suus. Abstentionis namque beneficium est ex iurisdictione Praetoris, l. necessarius. 57. de acquir. hered. qui heredis nomen sicut dare non potuit. §. quos autem. Instr. de benor. possess. ita neque adimere. Verum huic sententiae valde obstaré videtur l. paterfamilias. 28. de reb. ant. ind. poss. aliàs l. 13. de privileg. credit. in cuius specie, quamuis pupillus hereditate patris abstinuisse proponeretur, Iuolemus tamen non dubitat quin mortuo eo intra pubertatem substitutus admittatur, sed de illo duntaxat quaerit, An patris quoque creditoribus respondere compellatur, quod magis esse ait. Non igitur dici potest quod Ioannes tentavit, in ea specie datum fuisse pupillo coheredem: hoc enim si ita esset, & coheres portionem suam agnouisset, utique substitutus pupillo patris onera subire non compelleretur. l. Iulianus. 42. de acquir. her. Ergo pupillum ex toto asse institutum fuisse latendum est, ut manifestum apparet ex eo quod lex ait, propter abstentionem filij bona patris vendita fuisse. Nam si pupillo coheres datus fuisset, ipsius non patris bona veniissent. At videamus ne ex ea lege magis probetur, nuda sui heredis existentia pupillares tabulas non confirmari. Si enim confirmarentur, nulla ratio esset ut substituto hereditatem pupilli adeunte, utramque, patris scilicet & filij hereditatem coniungi diceremus. Siquidem pupilli (cuius interest testamentarium successorem habere potius, quam legitimum) favor postulat, ut si patris hereditas aere alieno grauata & oppressa sit, substitutus pupilli tantum successionem amplecti possit, ne metu onerum patris, timidus impuberis adeat hereditatem, dicit. l. Iulianus. Atqui Iuolenus in d. l. paterfamilias: quaestionem propositam aperte sic diffinit, ut patris & filij hereditas coniungatur, & in omni aere alieno quod patris, aut filij fuit, substitutus obligetur: Pupillares igitur tabulas nuda sui heredis existentia confirmatas non esse dicendum est. Mortuo tamen impubere substitutum

admitti, lex ait, non ex pupillari substitutione, ut quidam putant, (filij enim abstentione extincta est) sed ex vulgari, quae post Diui Marci Constitutionem in pupillari tacite continetur, l. 4. de vulg. Ex quo maximum argumentum sumi potest, aduersus eorum sententiam qui vulgarem subintellectam in pupillari expressa ad patris bona non pertinere existimant. Nam in d. l. paterfamilias, apertissimum est ex pupillari substitutione non succedi, sed ex vulgari tacita, aut potius subintellecta, & tamen patri potissimum succedi, tum pupilli quoque hereditatem quasi accrescendi iure substituto acquiri, arg. l. qui patri 59. de acquir. hered. Neque ad rem pertinet quod in d. l. paterfamilias, substitutus viuo pupillo non admittitur. Ita enim Iureconsultus in ea specie respondisse videtur, quod substitutus simpliciter datus fuerat, si filius impubes decederet, nullo casu expresso aut vulgari, aut pupillari, quod cum sit, manifestum est testatoris voluntatem illam esse, ut nisi mortuo pupillo substitutus non admittatur: nec si pupillus abstinerit. At cum testator ita loquitur, si filius heres erit, & impubes decesserit, casus pupillaris qui illis verbis continetur, si heres erit, ad illum trahitur, si heres non erit. Illa verò sequentia, & impubes decesserit, quae in pupillarem casum adiecta erant, vulgari contingente reiiciuntur, nec repetita intelliguntur, quia non eadem utriusque casus ratio est. Caterum, egregie meo iudicio, errat Accursius, & qui Accursium secuti sunt, distinguentes pupillum, qui ab initio abstinuit, hoc est nunquam se immiscuit: ab eo, qui post immixtionem abstinuit, ut priore casu tabulae pupillares infirmantur, posteriore confirmantur. Etenim tam is qui ab initio abstinuit, quam qui post immixtionem, ipso iure heres est, & tamen neuter a Praetore heredis loco habetur. d. l. necessarius. 57. de acq. hered. & l. si filius. 12. de interrog. action. neque inter hunc, & illum dissimilitudo, aut dissimilitudinis ratio aliqua reddi potest. Scio esse qui respondeant, pupillo post paternae hereditatis immixtionem abstinate hereditatem patris & filij, quae verae coniuncta est, haberi pro non coniuncta, quod ad ipsum duntaxat pupillum, non quod ad alios pertinet. Sed si ita esset, fieri ut excluso substituto, legitimi heredes pupilli patri quoque heredes essent: quod Iuolenus negat in d. l. paterfamilias, cum ait nihil interfuisse creditorum adiectur, necne, pupilli hereditas, cum ea bona omnia a substituto hereditate ad creditores non pertinerent. Nisi forte deteriorem faciemus conditionem substituti quam legitimi heredis: quod absurdum est: cum favor substituti, ad fauorem pupilli spectet, cuius interest, ut iam diximus, testamentarium potius quam legitimum successorem habere. Igitur dicendum est in d. l. paterfamilias, ver. at cum substitutus ab imperito interprete addita esse verba illa, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati. Haec enim est ea lex ex Iuoleni libro primo Epistolarum: & in epistola qui Iuolenum consuluerat, illud tantum exposuerat, pupillum heredem institutum, paternae hereditate se abstinuisse: nec dixerat post immixtionem abstinuisse, quod Iuolenus diuinare non potuit, nec etiam supplere debuit, si ex eo tota quaestio illius diffinitio pendebat. Rursus in ver. at cum substitutus, illud duntaxat proponitur substitutum filio, ipsius hereditatem adisse postquam pupillus se paternae miscuerat hereditati: nec subiectam esse abstentionem Iureconsultus ait. Verum interpretem hunc illud fortasse fecellit, quod in plerisque veteribus libris de-

est ne-

SVM MARIA.

1 *Supra quadruplum poenam vix promitti posse.*

2 *Retinetur vox simpla in d. l. 56. & vox triplum ad d. l. 41.*

3 *Multum interesse in vendendo promissa sit simpla, necne.*

4 *An conventio de dupla compromittenda perpetuam pariat ex empto actionem.*

5 *Aliud esse quantum venditor praestare, aliud quantum promittere debeat.*

6 *Male ab Accursio & alijs acceptam fuisse. l. si in venditione. 60. de cuiet.*

est negatio in d. l. paterfamilias, in illis verbis, idem in substituto filio herede seruandum non est, ut Accursius quoque notauit. Quam lectionem secutus malus interpres, cum videret in ver. at cum substitutus, concludi substitutum pupillo etiam in omni aere alieno, quod patris fuit, obligari existimauit de alio casu Iuolenum tractare, quam de priore, in quo pupillus abstinuisse proponeretur, ut vbi que idem in substituto quod in filio seruatur. Nam quemadmodum in filium qui patris hereditate abstinuit actio creditoribus non datur, ita neque in substitutum dari. At quemadmodum in filio datur postquam is paternae se miscuit hereditati, ita quoque in substitutum dari, quoniam hoc casu patris & filij hereditas vna sit. His verò difficultatibus, & erroribus, causam dedit d. l. Iulianus 24. de acq. hered. in qua Vlpianus Marcelli sententiam refert, & probat, ut pupillo substitutus paternae hereditatis onera subire non compellatur. Cui contraria visa est d. l. paterfamilias, si cum negatione sic legatur, ut quod in filio seruatur, idem in substituto seruandum non sit. Sed animaduertendum est relata ab Vlpiano Marcelli sententiam ita procedere, si coheres aliquis ad sit qui filio abstinate patris testamentum sustineat in eiusdem Marcelli distinctione in l. quae situm 40. de acq. hered. Quae distinctio licet tanquam a Iuliano praetermissa, ad eum ex Marcelli notis additur, tamé Iuliano quoque placuisse videtur, ut conici potest ex l. ita amen. 27. §. qui si spectam. ad Trebell. in fine, iis verbis, si vero coheredem habuerit retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adueniente, quamuis ipse patris omisset hereditatem ex substitutione adire. Item quae in §. a patre, ibi, satis erit vel unum cogi adire, hoc enim factio etiam is qui patris hereditatem non adijt, filij adire, & restituere compellitur. Denique constat pupillo substitutum ita demum hereditate patris repudiata, pupillarem amplecti posse, si ad sit coheres, cuius aditione patris testamentum sustineatur. At in l. paterfamilias, pupillus solus ex asse institutus erat, ut ex ipsius legis verbis supra probauimus. Non igitur ad eas leges conciliandas negationem tollere oportet, quae si sublata esset, nulla conciliationis ratio iniri posset. Alia namque proculdubio iuris ratio est in filio, alia in substituto. Filij pudori parcitur, ut patris potius quam ipsius bona vaneat, quia quod bona ipsius cum paternis coniuncta sunt sit ex iure non ex ipsius filij facto, ut proinde acquirissimum sit eum ab oneribus non sponte susceptis liberare, ut ait l. si filius 12. de vulg. At cum substitutus filij hereditatem adit, tunc, id est, cum adit, patris & filij hereditas vna est, & ipsius substituti facto utraque hereditas coniungitur. Cum enim substitutus intelligeret, aut intelligere deberet, filij hereditatem adiri non posse, nisi prius adita patris hereditate (hoc enim est quod lex ait, unum esse restamentum) sit ut adeundo filij hereditatem, paternam sibi quoque acquisitam voluisse videatur: atque ita cum ipsius facto utraque hereditas coniuncta sit, improbe profecto separationem postulat. Et haec est dissimilitudo, dissimilitudinisque ratio quam Iuolenus ponit in d. l. paterfamilias, cuius sententiam nec ab Accursio, nec ab alio perceptam esse qui intelligent facile nostram hanc emendationem recipiendam existimabunt.

CAPVT III.

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

In l. si dictum 56. D. de cuiet. Paul. scribit si dictum fuerit vendendo ut simpla promittatur, vel triplum, aut quadruplum, ex empto perpetua actione agi posse. Quod, quam sententiam habeat Accursius non intellexit, qui eam esse putat ut huiusmodi pacta non valeant quod tam certum est ut de eo sensisse Paulum verisimile non sit. Cur non enim valeant, quae nec bonis moribus, nec legibus contraria dici possunt? Sanè supra quadruplum vix est ut poenam promittere quis possit, quemadmodum nec ultra quadruplum vlla actio extenditur, ut Iustinianus ait in §. omnes autem. Institut. de act. Credo, quod nimis immodica sit adfectio eius, qui supra quadruplum consequi aliquid velit: adfectioibus autem praesertim tam immodicis indulgendum non est, quas civilis legislator quantum facere potest reprimere semper solet. l. poen. D. ad exhib. l. ex damni. 40. de dam. infect. Alij autem non probantes quod in d. l. si dictum. Paulus ait de simpla, ita legendum existimant, si dictum fuerit vendendo ut dupla promittatur: moti ex illis verbis quae sequuntur, vel triplum aut quadruplum, item ex eo quod licet dictum non sit in venditione, ut simpla promittatur, ex empto tamen actio est in simplum, & in id quod interest, l. si in venditione. 60. D. de cuiet. Ego quamquam Florentinam lectionem mancam esse arbitror, puto tamen rectè legi ut simpla promittatur: sequentia sic legenda arbitror, ut duplum vel triplum aut quadruplum promitteretur: quomodo in quibusdam libris scriptum vidi, quae rectissima lectio est. Quamquam enim si in venditione dictum non sit quantum venditorem pro euictione praestare oporteat, simplam venditor praestat, d. l. si in venditione. multum tamen interest an in vendendo promissa sit simpla, an promissa non sit. Quoniam si promissa non sit, potest emptor antequam res euincatur iure postulare ut sibi dupla repromittatur, l. 2. eo tit. ad eò ut idem quoque obtineat, si simplam per errorem stipulatus sit, l. emptori. 37. §. ult. eo. Quod ex adilitio edicto descendisse videtur, l. quod si noluit. 31. §. quia assidua D. de adilit. edict. vbi Iurec. ait, si duplam venditor non cauerit, ex empto agi posse ut caueatur, ea ratione quod assidua sit dupla stipulatio: ea autè quae moris, & consuetudinis sunt in bonae fidei iudiciis venire debeant. Haec autem actio quam ex adilitio edicto in id competere dicimus, ut dupla promittatur, cum honoraria sit (adilitio namque edictum iuris honorarij pars & portio quaedam est, §. pratorum. Institut. de iur. natur.) perpetua non est. At si in vendendo hoc ipsum exprimat, ut dupla promittatur, actio ex empto ad duplam perpetua erit, quae scilicet civilis est: cum ex conventionem descendat. Et haec est sententia d. l. si dictum, in qua non illud tantum vult Paulus quod omnes sciunt, si in

C 4

vendendo dictum sit vt dupla promittatur, ex empto agi in id posse, sed hoc casu perpetuam esse actionem ex empto, quæ perpetua non est si citra conuentionem, & sola ædilitij edicti potestate competat, quod ipsa quoque legis inscriptio confirmat. Ergo quod Isuolenus scribit, euictionis nomine nihil venditorem præstare præter simplam, si aliud non conuenerit, omnino sic intelligi debet, si euicta res sit, antequam in id actum esset vt dupla promittatur. Alioqui, priusquam res euicta sit, simpla emptori præstanda nõ est, quamuis eam rem alienam, aut obligatam esse appareat, sed tantum quantum emptoris interest eam rem alienare aut obligatam sciuisse. *l. 4. D. de actio. empt.* Rursus obseruandum est quod scriptum est in *d. l. si in venditione, quantum venditorem pro euictione præstare oporteat.* † Aliud enim est querere, quantum venditor præstare, aliud quantum promittere debeat. Si dictum non sit quantum præstare debeat, nihil præstabit præter simplam, & si quid præterea interest, vt eo loco Iureconsultus scribit. At si priusquam præstari quicquam oporteat, quærat quid promittere debeat, dicemus promittere duplam debere, *d. l. 2. eod. & l. quod si nolit. §. qui assidua. de adilit. edict.* ita tamen si aut pretiosa res, aut mancipium: non si alia res ueneat, vt Vlpianus interpretatur in *d. l. emptori. 37. de euict.* † Hæc verò *Accursius* quoque non intellexit, qui quod scriptum est in *l. si in venditione. sic accipit, si expressè dictum sit vt euictionis nomine simpla duntaxat præstetur: aut si ex certa scientia id omisum fuerit, ne dupla præstetur.* Malè etiam alij eam legem de vilioribus rebus interpretantur: nam & euicta re pretiosissima si in vendendo nihil dictum sit, simpla tantum præstatur: planè antequam euicta sit, ex empto agi potest vt dupla promittatur, & si eo nomine agatur, nec tamen dupla promittatur, dupli reus condemnabitur. *d. l. 2. de euiction.*

CAPVT IV.

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

SVM MARIA.

- 1 *Rei locata periculum etiam tradita eius possessione ad conductorem non pertinet.*
- 2 *Obstare è diametro §. cum autem Institut. de empt. vendit. l. si fundus 33. ff. locat.*
- 3 *Ratio l. quod si neque ff. de peric. & commod. rei vend.*
- 4 *Distinctio ad conciliationem d. l. si fundus cum d. §. cum autem.*
- 5 *Si venditor ex causa aliqua extrinseca rem venditam præstare non possit, vel pretium emptori remittendum, vel actiones quas venditor habet remittendas esse.*
- 6 *Quid iuris, si venditor nullam in emptorem actionem transferre possit?*
- 7 *Accursij error Africani sententiam intra propositum casum restringentis.*
- 8 *Cur rei locata periculum ante traditam possessionem ad conductorem non pertineat?*
- 9 *Qua in re conductor emptori comparari possit, quod ad periculum rei locatae.*

Emptionem, & locationem nudo consensu perfecti certissimum est, neque rei traditionem requirere, *l. 1. D. loca.* Tamen in emptione multum in-

terest an nudus consensus interuenierit, an rei quodque traditio subsecuta sit. Nam subsecuta traditione cum in emptorem dominium transferatur, *§. vendita. Institut. de rer. diuis.* dubitare nemo potest, quin ad eum omnimodo periculum pertineat, quomodo ab omnibus rectè accipitur *l. Lucius. 11. D. de euict.* † In locatione, quoniam dominium non trãsferretur, huic distinctioni locus non est, ac longè probabilius dubitari potest, an ad conductorem rei locata periculum spectet. Africanus autem in *l. si fundus. 33. D. locat.* eandem constituere videtur rationem conductionis tradita possessione, quam emptionis non tradita possessione: vt in vtraque rei periculum ad venditorem vel locatorem spectet, hætenus tamen vt vel pretium vel merces remittatur, non vt, si quid præterea interest, præstetur. † Cui sententiæ ex diametro obstat *§. cum autem. Institut. de empt. & vend.* vbi Iustinianus scribit, perfecta emptione, quod sit nudo consensu, licet tradita res non sit, periculum omne ad emptorem pertinere, ita vt re perempta, quam nunquam nactus fuit, pretium nihilominus ab eo peti possit. Qui Africani sententiam tuentur, aliud respondere non possunt, quàm in Institutionibus proponi ea, quæ sunt ex summo iure, & rudimenta. In Digestis verò incrementa iuris, & diligentius exactas res ad æquitatem. Quasi verò quod scriptum est in *d. §. cum autem.* plerisque etiam Digestorum locis scriptum non sit. Vt in *l. cum emptor. §. §. 1. de rescind. vendi.* vbi dicitur mortuo homine vendito perinde habendam esse venditionem ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & emptori hominem perire. Et in *l. ult. de condict. ob caus. dat.* vbi Celsus inter emptionem, & contractum Do vt des, triplicem differentiam constituit, quarum vna & præcipua illa est, quod mortuo homine promisso, pecunia eo nomine data repeti potest. At in contractu emptionis mortuo homine vendito pretium solutum repeti non potest, quin non solum peti potest. Sic in *l. venditor. 21. de hered. vel action. vendit.* Paulus ait venditorem, qui nullius culpæ argui potest, eo mortuo ne pretium quidem debere. Et generaliter rei venditæ periculum ad emptorem omnimodo pertinere scriptum est in *l. 7. §. 11. D. de peric. & commod. rei vendit. l. 4. §. 6. C. eod. l. si in emptione. 34. §. penult. de contrahend. empt. l. quod si is. de iur. dot.* aliique infinitis Codicis, & Digestorum locis. † Nam quod ait *l. quod si neque. 14. D. de peric. & commod. rei vendit.* lectis venditis si ante traditionem eos ædilis plebis, cum in via publica positi essent, conciderit, venditoris periculum esse, optimam rationem habet, quia non fortuito casu sed hominis factò & per venditoris incuriam, aut stultitiam lecti in via ponuntur: quod tamen *Accursius* non intellexit. Nec sanè vllus iuris locus est qui huic certissime sententiæ repugnet, præter *d. l. si fundus.* cuius tamen verba sic aperta sunt, vt vix rectè quisquam adhuc respondere poterit. *Accursius*, in fundo publicato id speciale esse scribit, nec tamen specialiter rationem vllam affert. Ego non dubito, quin illius loci species propriam aliquid habeat, ex quo à iuris regula eo casu recedendum Africanus putauerit. Nam & idem Africanus in *l. si solutus. 39. de solut.* merces periculo emptoris esse ait, ea ratione quod perfecta emptio sit, quam nos sine traditione solo consensu perfici diximus. At cur in specie *l. si fundus.* aliud responderit, vt rei venditæ pretium venditoris periculo sit, ratio valde in obscuro posita esse videtur. † Probabiliter tamen distingui potest,

test, an ex causa aliqua extrinseca, an verò per ipsam rem venditam fiat, quominus tradi possit. Hoc enim casu cum per ipsam rem sit quominus præstari possit, hoc est cum omnino perempta est, ita vt in rerum natura esse desierit, vt in exemplis *d. l. cum autem.* pretium venditori omnimodo præstandum est, ea ratione, quod quamuis ante traditionem rei venditæ dominium penes venditorem remaneat, tamen perfecta emptione in emptoris potestate sit pretij solutione rei venditæ possessionem ac dominium, quandocumque voluerit, nancisci, vt imputandum ei sit quod statim nactus non sit: nec probè postulare potest vt sibi res præstetur, quæ per rerum naturam præstari nequit. † At si res vendita, ex causa aliqua extrinseca præstari non possit, fortè quod fundus publicatus, vel seruus furto substractus sit, rectè emptor intendere potest vt sibi res præstetur, quæ per rerum naturam præstari potest: sed venditor liberabitur, si actiones suas cedere paratus sit: quas si nullas habeat, quod contingit si aut aliena res sit quæ furto substracta est, aut fundus venditus publicatus, æquissimum est saltem ad pretij restitutionem eum teneri, quod non præstet eam re quam per rerum naturam præstare potest, si fortè aut eam quæ aliena est emere, aut fundi publicati pretium iis quibus assignatus est præstare velit. Hancque distinctionem apertè meo iudicio illud confirmat quod Iustinianus in *d. §. cum autem.* exempla ponit rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta est, ita vt per rerum naturam talis qualis vendita est, præstari non possit. Tum subiicit, si homo venditus fugerit aut subreptus sit (quibus casibus per rerum naturam præstari nihilominus potest) non simpliciter liberari venditorem, sed actiones suas emptori cedere compellendum: ex quo intelligimus quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius perfectionem emptori actionem ex empto superesse. † At rursus, quid si nullam actionem venditor habeat quam in emptorem transferre possit. Is casus à Iustiniano prætermisus est, sed supplendus est ille Institutionum locus ex *l. quod sepe 35. §. si res vendita. D. de contr. alien. empt.* vbi Caius scribit venditorem ob hoc ipsum damnandum esse, quod in emptorem nullas actiones transferre potest. Quod omnino sic accipiendum videtur, vt pretij duntaxat iacturam sentiat, non etiam vt ad præstationem eius quod emptori interest teneatur, atq. *d. l. si fundus 33. D. locat.* Nam qui alienam rem vendidit, non id eod statim tenetur ad id quod emptoris interest quia rem alienam vendiderit, sed ita demùm si euicta ea res sit, *l. 3. C. de euict. l. si plus. 74. §. mota. D. eodem.* quod cum ante traditionem fieri non possit, consequens est vt ob hoc solum quod furto substracta re quæ vendita erat, nullam actionem emptori cedere venditor potest, ad pretij duntaxat remissionem aut restitutionem condemnatur. † Ergo malè *Accursius* Africani sententiam in eo duntaxat fundo qui publicatus sit procedere putat, cum aliud obseruandum non sit, si maiore vi, aut iniuria potentioris, vel latrocinio factum sit quominus rem venditam emptori præstare venditor possit. Sed longè grauior eorum error est, qui quod his tantum casibus constitutum est, generaliter accipiendum putant: licet res vendita sic perempta aut deterior facta sit, vt per rerum naturam præstari non possit. † Sanè locutionis alia ratio esse videtur. Licet enim iisdem ferè iuris regulis venditio, & locatio consistant, tamen si fundus locatus chasmate perierit, aut terre

motu ita corruerit vt nusquam sit, constitutum est domini damnum esse, hætenus vt mercedem nondum solutam remittere, vel solutam restituere compellatur, *l. ex conducto. 15. §. 1. in fin. locat.* Credo, quia conductori nil imputari possit quod rei conductæ possessionem citius nactus non sit, quam licet nactus, esset, locatori tamen eidemque domino res sua periisset. † Planè in eo fortasse conductor emptori non malè comparabitur, vt fructuum nomine, qui ante rem peremptam percipi potuerunt, mercedem præstare teneatur, ac si eos percepisset, quos vtique si statim perfecta locatione fundi possessionem nactus esset, percipere potuisset. Verùm huic nostræ sententiæ illud fortè quis obiciat, quod Africanus in *d. l. si fundus.* hac etiam parte locationem emptioni comparat. Sed eleganter erit Africani ratiocinatio, si secundum distinctionem nostram ita accipiatur, vt quod in fundo publicato locato respondit, emptionis exemplo sic confirmetur, vt cum idem in emptione quoque recipiatur, in qua regulare est ad emptorem rei venditæ periculum omnino spectare, idem multò magis in locatione recipiendum sit. Quare publicato fundo eandem locationis & venditionis rationem esse non negamus, at eodem perempto fortè chasmate aut terræ motu sic vt nusquam appareat, longè dissimilem horum contractuum causam esse contendimus.

CAPVT V.

Emendatur l. & hæc distinctio. 35. D. locat.

SVM MARIA.

- 1 *Similitudo emptionis & locationis.*
- 2 *Eum qui rem alienam sine ignorans siue sciens locauit, ad id quod conductoris interest indistinctè teneri.*
- 3 *Duo requiri vt locator in id quod conductoris interest non teneatur.*
- 4 *Tolluntur verba per fraudem in d. l. hæc distinctio.*
- 5 *Accursij & aliorum responsio ad l. si quis domum §. ff. locat.*
- 6 *Quam vim habeant verba illa locatorem ex conducto teneri.*

Superiore capite diximus de emptionis & locationis differentia, ab omnibus ferè prætermisissæ: nunc de similitudine dicemus quam vix vllus adhuc animaduertisse videtur. Scilicet quemadmodum ab ignorante vendito fundo alieno, ita ab ignorante locato fundo alieno tam conductori ex conducto, quam emptori actionem ex empto competere, non tantum ad pretij aut mercedis restitutionem, sed etiam ad præstationem eius quod interest. Ac in emptione quidem dubitari de eo non oportet quod apertè scriptum est innumeris iuris locis. † Sed in locatione aliud vulgo probatum est, vt si quis ignorans alienam rem locauerit, ea que euicta fiat vt conductori non liceat, quod ei præstare locator debet, eo nomine aduersus locatorem ex conducto quidem actio detur, sed hætenus tantum, vt mercedem remittere vel reddere debeat. Cuius sententiæ autorem interpretes Africanum citant in *l. & hæc distinctio. 35. D. locat.* vbi, quod prius dixerat certis casibus locatorem non teneri ad id quod conductoris interest, cui frui non licet: subiicit in eo demùm verè dici qui & suum prædium fruendum locauit.

rit, & bona fide negotium contraxerit, non in eo qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec resistere domino possit quominus is colonum frui prohibeat. Ex quo sic ratiocinantur, vt in eo qui alienum prædium ignorans locauerit, aliud recipiendum sit, nec nisi ad mercedis remissionem, aut restitutionem teneatur. Quod ipsum tamen vel ex illo Africani loco manifestè refellitur. † Duo enim requirit ille, vt locator in id quod conductionis interest non teneatur. Primum vt suum prædium fruendum locauerit. Alterum, vt præterea negotium bona fide contraxerit. Primum eò pertinet vt intelligamus eum, qui alienam rem locauit, indistinctè teneri, siue ignorans, siue per fraudem rem alienam locauerit. Alterum verò Africanus ideo adiicit, quòd non sufficiat locatorem prædium suum locasse, si præterea dolo malo fecerit quominus eo frui conductor possit: Quid enim si quis prædium suum pignori iam datum, & antichresim, alij fruendum locauerit? Hic, si nihil aliud requireretur, quàm vti ne alienum prædium locatum sit, dicendum esset securum esse locatorem qui prædium suum locauerit. At quoniam creditor pignus persequenti resistere non potest, quominus conductorem frui prohibeat, magis probandum est, vt quidquid conductoris interest, ex conducto præstet. Rursum ex eo quod Africanus hæc duo coniunctim requirit, vt quis prædium suum locet, ac præterea bona fide, magis intelligemus non sufficere vt quis alienum prædium bona fide locet: alioqui illud vnum Africanus requirere debuerat, vt bona fide negotium contrahatur, non etiam vt præter bonam fidem proprium quis prædium locet. Quibus consequenter fatendum necessarium est, reicienda esse verba illa, *per fraudem*, quæ huic interpretum errori causam proculdubio dederunt, ac imperito interpreti potius quàm Africano tribuenda. † Interpretem verò illud monuisse videtur, quòd in sequentibus apud Africanum legebatur in veteribus plerisque libris *ne resistere domino possit*, quasi Africanus de eo loquatur qui alienum prædium locauit, ne resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat, ac proinde de eo qui alienum prædium per fraudem locauit. Sed cum ex Pandectis Florentinis, aliisque emendationibus Codicibus didicerimus legendum esse, *nec resistere domino possit*, intelligimus Africanum sententiam illam esse, vt omnimodo in id quod interest teneatur, quicumque alienum prædium locauit, nec resistere domino potest quominus is colonum frui prohibeat. Nec sanè diuersitatis ratio esse potest, cur ignorans venditor teneatur in id quod emptoris interest, ignorans locator non teneatur. † Atque ita Vlpianus apertè diffinit in *l. si quis domum. 9. D. locat.* ad quam *Accursus* aliud respondere non potest, quàm loqui eam de locat. alienæ rei locatore sciente, cum tamen domum bona fide emptam Vlpianus dicat, nec locationis tempore locatorem eam sciuisse alienam exprimat. Defendi etiam non potest, quod alij respondent, Vlpianum ex Pomponij sententia illud tantum dicere, locatorem ignorantem ex conducto teneri. Id verò sic accipi debere, vt non ad id quod interest, sed ad mercedis remissionem vel restitutionem teneatur, vt in *l. si fundus. 33. eo.* de cuius sententia præcedente capite diximus. Etenim Vlpianus docet satis, nihil hac parte interesse an sciens, an ignorans quis alienam domum locauerit, & an dolo malo culpave eius aliquid factum sit, an nullo ipsius venditor, aut culpa cui-

sta res sit, vt apparet ex illis verbis, *is que euitus sine dolo malo, culpave eius, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit.* Dolo autem vel culpa locatoris interueniente, nemo dixerit eum in id quod conductoris interest non teneri. Idem igitur admitendum Vlpianus putat, licet nullus locatoris dolo, aut culpa interuenisse proponatur. In eamque rem Pomponij autoritate nititur, quæ ferè superuacua esset in id vt mercedem remittere vel reddere locator debeat. Hoc enim nullam prorsus dubitationem habet. † Præterea cum locatorem ex conducto teneri simpliciter Iureconsulti dicunt, ita ferè semper intelligit, vt in id quod conductoris interest teneatur: quæ actionis ex conducto natura est. *l. 2. l. Præf. 17. C. de locat.* Ob idque nimirum in *d. l. si fundus. 33. D. locat.* Africanus posteaquam dixit conductorem fundi publicati posse agere ex conducto vt sibi frui liceat, quoniam ex eo sequi videbatur, posse eum agere in id quod sua interest, eleganter subiicit absolute id verum non esse, sed hæcenus vt merces ei remittatur. Quæ eadem adiectio ponitur aliis omnibus locis in quibus ex conducto non agitur in id quod interest: vt in *l. ex conducto. 15. §. pen. eod.* vbi illud etiam Iureconsultus addit, quod sententiam nostram manifestè confirmat, si fortè dominus conductorem frui non patiat, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienam rem, vel quasi procurator vel quasi suam, id quod interest præstari. Neque tamen adhuc se *Accursus* temperare potest quin cauilletur, & verba illa, *quasi procurator*, de eo procuratore intelligit qui sciebat se procuratorem non esse. Sed quid ad illa respòdebit *vel quasi suum*? Idem fortasse, de eo intelligi debere, qui sciebat alienum. At hoc nimis diuinare est, & petelegantem illius loci sententiam destruit facitque ineptum Vlpianum, qui in re tam aperta Proculi auctoritatem afferat.

CAPVT VI.

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

SVM MARIA.

- 1 De fructibus serui post litem contestatam perempti à possessore præstandis.
- 2 Non esse separandum bona fidei possessorem à prædione, quum de fructibus post litem contestatam præstandis agitur.
- 3 Explicatur Pauli nota ad Labeonis sententiam.
- 4 In ratione fructuum habenda separari eum cuius dolo culpave homo perijt, ab eo cuius dolo vel culpa argui non potest.
- 5 Explicatur l. Iulianus. §. 1. & l. 21. §. 1. de R. V.

Mortuo homine petito post inchoatum vindicationis iudicium, si de fructuum ratione habenda quærat, distinguendum arbitror an dolo aut culpa possessoris an suo fato perierit. Etenim nullo modo possessoris dolo aut culpa interueniente, sic fructuum ratio habebitur, vt quoad seruus vixerit duntaxat æstimentur ex Labeonis sententia *l. pen. D. eod.* A si dolo aut culpa possessoris perierit, Trebatij sententia vtetur, vt eò vsque fructuum ratio habeatur, quousque haberetur, si non perisset. *l. fructus. 3. eo.* Habet autem hæc distinctio rationem manifestam. Dolo enim aut culpa possessoris mortuo homine vindicationis iudicium ideo non tollitur, quòd videatur adhuc extare is, qui dolo posses-

soris

foris extante desit. *l. si seruum. 91. D. de verb. oblig.* At cum nulla possessoris culpa arguitur, vindicationis iudicium non superest nisi pro fructibus, & quemadmodum hominis pretium amplius non debetur, ita fructuum, nisi quoad seruus vixerit, ratio haberi non potest. Quæ sententia est *l. utique. 16. de rei vindic.* in qua idem Paulus scribit etiam mortuo homine utique necessariam esse sententiam propter fructus & partus, & stipulationem de euitione: sed non utique post litem contestatam fatum à possessore præstandum esse, id est, vt interpretor, aliam rationem esse estimationis, aliam fructuum perempti hominis. Fructus utique hoc est indistinctè tam à bona fidei possessore quàm à prædione præstandos esse, sed ab eo duntaxat, qui male fidei possessor sit. Vera igitur est Labeonis sententia à Paulo relata in *d. l. pen. de rei vindic.* vt homine petito post litem contestatam mortuo fructus quoad is vixerit æstimentur. † Nec *Accursus* distinctio recipi potest bona fidei possessorem à prædione separantis: cum, vt diximus, post litem contestatam omnes possessores ratione fructuum prædiones constituatur. *l. sumptus. 48. D. eod. l. sed et si. 25. §. si ante. D. de petit. hered.* Sicque intelligo quod Papinianus scribit in *l. si nauis. 62. §. fin. de rei vindic.* generaliter, cum de fructibus æstimandis quæritur, animaduerti debere non an male fidei possessor fructus sit (ita enim legendum est, non *fructuarius*) sed an petitor frui potuerit si ei tradita res fuisset. Non quòd in eo qui ab initio bona fidei possessor fuit, aliud admittendum sit, sed vt quemlibet possessorem post litem contestatam male fidei possessorem effici intelligamus. Nam de fructibus post litem contestatam perceptis loqui Papinianum ex eo apparet, quod ait eos fructus æstimari debere quos petitor percipere potuisset si ei tradita res fuisset, scilicet petitionis tempore, hoc est litem contestatam. *l. amplius. 15. D. rem rat. habet.* Siue igitur bona fidei possessor, siue prædione fuerit ab initio is à quo petita res est, id semper obseruabimus, vt eos fructus æstimemus qui ad mortem vsque serui percipi potuerunt. *d. l. pen.* † Et quòd Paulus notat ita veram esse Labeonis sententiam, si non prius is homo in eam valetudinem incidisset, propter quam opere eius inutiles factæ sint, eò potius pertinet vt ne quidem in mortis vsque tempus fructuum rationem semper habendam existimemus, quàm vt illo casu peremptare suo fato in æstimandis fructibus rei iudicatæ tempus spectemus. Hoc enim ita demum verè dicitur, si dolo aut culpa possessoris homo perierit, vt idem Paulus ex Trebatio & Pomponio refert in *d. l. fructus. 33. eod.* Et valde mirandi sunt, qui Labeonis sententiæ Trebatij & Pomponij auctoritatem obiciunt, sed illi magis qui vt non solum Labeonem cum Trebatio, sed etiam Paulum cum seipso pugnantem faciant, contra librorum omnium auctoritatem, & manifestam iuris rationem scripserunt legendum esse in *d. l. fructus. §. sine dolo.* † Etenim si cum sine dolo aut culpa possessoris petitus homo perijt fructuum ratio habeatur vsque ad rei iudicandæ tempus, quid obseruabimus si dolo aut culpa possessoris interuenisse proponatur? Iniquissimum sanè fuerit deterioris conditionis non esse eum cuius culpa, & deo quoque dolo arguatur. † Cum verò hanc Pomponij & Trebatij sententiam Iuliano quoque placuisse Paulus testetur: consequens est vt quòd ex eodem Iuliano Vlpianus refert in *l. Iulianus. 17. §. 1. de rei vindic.* possessorem post mortem factam in reddendo

homine qui mortuus est fructuum nomine vsque ad rei iudicatæ tempus condemnari debere, sic accipiat, si dolo aut culpa possessoris mortuus sit ex Pauli interpretatione, ne alioqui Iulianum aut sibi contrarium fuisse, aut dolum ab eo cui nihil imputari possit non distinxisse fateamur, quorum alterum absurdum, alterum à Iuliani subtilitate alienum esse videtur. Ad rem verò non pertinet *l. si bona fidei. 21. D. eod.* qua non de fructibus loquitur, sed de homine petito, & cum adiicit præstandos esse à possessore fructus eius temporis, quo possedit ostendit eius temporis quo ipse non possedit fructum eum præstare non debere. Nec sanè aliter sine maxima possessoris iniuria constitui posset, qui nullius doli aut culpæ arguitur, quique ab initio bona fidei possessor fuit. De illo enim lex loquitur, non de male fidei possessore. Quamquam hac parte, vt diximus, hoc est cum de fructibus restituendis quæritur, non bone fidei possessor à prædione separandus est, sed is cuius dolo aut culpa homo perijt vel fugit, ab eo cuius culpa dolusve argui non potest.

CAPVT VII.

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

SVM MARIA.

- 1 Africanus ab Vlpiano dissentio in illa quæstione, an qui hominem promissit, statuli vero soluto liberetur.
- 2 Media Neratij sententia super hac quæstione.
- 3 Nihil interesse in hac quæstione, certum an incertum quis hominem promissit.
- 4 De quo promissore accipienda sit Neratij sententia.
- 5 Rationes Iureconsultorum in proposita quæstione dissentientium.
- 6 Probabiliorum videri Vlpiani sententiam.

Qui hominem promissit, si statuli liberum soluat, quæsitum est an liberetur. † Africanus in *l. cum quis. 38. §. qui hominem. D. de solution.* magis putat expectandam non esse conditionem, sed confestim creditorem agere posse, & debitori conditionem competere. Quod ait creditorem agere posse, ostendit debitorem liberatum non esse, & consequenter solum hominem condicere posse. Iuris enim regula est, ex quibus causis liberatio contingit, ex iisdem cessare conditionem: & ex contrario cessante liberatione conditionem competere. *l. qui hominem. 34. §. vlt. eod. l. si non fortem. 26. §. qui sitiofamilias. §. si decem. D. de con. l. indeb.* At Vlpianus in *l. statuli liberum. 9. §. penult. de statulib.* Octauenum existimasse refert in proposita specie debitori liberationem contingere, ratione illa, quòd etsi ante solutionem statuli liber ad libertatem peruenisset, proculdubio tota obligatio extingueretur. Ea namque sola in obligatione consistere, quæ pecunia lui, præstarique possunt: id quorum numero libertas censeri non potest. Quam sententiam veram sibi videri Vlpianus eo loco scribit, itémque Pomponius in *l. si mihi. 92. D. de solut.* De conditione quid sentiant non expriment, hoc est, an debitori ea competat, quàm Africanus competere parat. Sed in dubio sequemur iuris regulam, vt quem liberari existimauerunt, eundem condicere non posse crediderint. † Verum in *l. Neratius. 61. de con. l. indeb.* Caus ex Neratio mediam quam Iulianus sententiam refert, ac sequitur, nouam prorsus, & singularem, vt in proposita

causa comparata sunt, pertinere Papinianus putabat, si ea stipulatione duntaxat promissa necdum tradita essent. Rerum namque donationem intelligebat, non quibus res aliqua donatur (omnem enim donationem alicuius rei esse necesse est) sed quæ ex rei traditione non ex stipulatione effectum sumunt. Denique eandem Diui Seueri, & Antonini orationem fuisse certum est, quæ nunc à Seuero, nunc ab Antonino, nunc ab utroque habita dicitur, quod utroque superstitite & imperante habita sit. Igitur probabilis est in *d.l. Papinianus*, ab interprete additam esse dictionem rectè, quæ sola inextricabilem questionis huius exitum facit. Ea verò sublata dici poterit Vlpianum eo loco Papiniani sententiam referre duntaxat, non etiam probare: arin aliis locis manifestè improbare: quod in libris nostris non est nouum. Nam & in *l. si aliena. 10. §. vltim. De usufructu* idem Vlpianus Scæuolæ sententiam refert, quam tamen improbat in *l. qui vas. 48. §. ancilla. de furt. & Papinianus in l. si fideiussor. 19. de dolo*. refert Neratium Priscum, & Iulianum respondisse fideiussorem qui promissum animal ante moram occidit, de dolo teneri, quoniam à stipulatione liberatus sit. Idem tamen in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. 1. de solut.* vbi sententiam suam exponit, fideiussorem ex stipulatione non de dolo teneri defendit. Verissimum autem esse quod dicimus, ab imperito interprete additam esse dictionem illam rectè, manifestè apparet ex glossa *Accursij*, qui ad verba illa, *Papinianus putabat*, sic notat, & male secundum quosdam, quæ interpretatio hinc impudentis, & temerarij interpretis esset, si Vlpianus Papinianum rectè putasse scripsisset. Sed & interpretes ita notasset, imò male, non & male, quod euident argumentum est in *Accursij*, & veterum libris dictionem illam in textu defuisse. Decesse autem debere, ex iis quæ toto hoc capite diximus, iam dubitare non oportet.

CAPVT IX.

An socius socio de damno infecto cauere compellatur.

SUMMARI A.

- 1 Toties inutilem esse damni infecti stipulationem, quoties alia ratione sarciri damnum potest.
- 2 Questio l. si ædibus. de dam. infect.
- 3 Duo casus quibus inter socios necessaria est damni infecti stipulatio. §. n. 4.
- 5 Secundum casum cum primo ab Interpretibus consensum esse.
- 6 Genuina secundi casus declaratio, & explicatio. l. inter quos. 39. de dam. infect.
- 7 Quid significent verba illa l. inter quos. Quantum quis vicino præstat, tantum ab eo consequi.

Si propriis meis ædibus vicinas communes ego & tu habeamus, & communes meis propriis ruinam minentur, ius est mihi inuito te per actionem Communi diuidendo consequi, vt communes nostras mihi reficere liceat, & impensas in refectionem factas pro qua parte dominus existeret eodem iudicio Communi diuidendo, aut Pro socio restituas. *l. si edes. 12. D. commun. diuid. l. si ædibus. 32. D. de dam. infect.* Neque hoc casu cogeri mihi cauere de damno infecto, & quia magis obtinuit sententia existimantium toties damni infecti stipulationem interponi non debere, quoties alia actione sarciri damnum potest, vt in proposita specie contingit. *d. l. si ædibus. l. damus. 18. §. et cuius. cum §. segg. l. qui bona. 13. §. de ill.*

D. de dam. infect. Vnde generaliter traditum est inter quos paries communis est edificiorum nomine que quisque propria habet, stipulationem damni infecti duobus duntaxat casibus necessariam esse, nimirum cum aut alter solus ædificat, & vitium ex opere futurum est: Aut alter pretiosiora edificia habet, & plus damni sensurus est decidete pariete, *l. inter quos. 39. eod.* Aliis casibus necessaria non est damni infecti stipulatio, sed tamen aliquando interponi solet, *d. l. si ædibus.* quod summopere animaduertendum est, vt intelligamus inutilem non esse iis casibus stipulationem, vt committi non possit (quod *Accursius* sensit ad *l. damni. 43. §. 1. eod.*) & Caium in *d. l. si ædibus. inutilem* dixisse pro non necessariam. † quod vel ex ipsa illius legis questione apparet, quæ non de illo est, An socius socio de dano infecto cauere possit, sed, An cauere debeat. Respondet verò Iureconf. inutilem esse stipulationem, id est, cauere non debere quia socio alia actione, & remedio civili possit esse cõsultum; frustra autem is qui civilem actionem habeat honorariam desideret. *l. 1. D. de Publician.* Idque apertius Pompon. declarat, cum ait duobus casibus necessariam esse inter socios hanc de damno infecto stipulationem. *d. l. inter quos.* innuens aliis casibus necessariam non esse: vtiliter tamen interponi posse, quod apertius expressum est in *d. l. damni. 43. §. cum parietem. eod.* † Obseruandi verò sunt, & enarranti duo illi casus, quibus stipulatio de damno infecto inter socios necessaria esse dicitur. *d. l. inter quos.* Primus est, vt diximus, cum ex sociis vnus solus ædificat, & ex ipsius opere damnum timetur. Nam si vterque ædificet, constat necessariam non esse stipulationem, *d. l. 43. §. 1.* quia cum par vtriusque socij culpa, & periculum est, neutri aduersus alterum actio competit. *l. ex damni. 40. §. 1. in fin. eod.* Vno autem duntaxat ædificante ideò stipulatio necessaria est, quia iudicio Communi diuidendo, aut pro socio damnum factum sarciri non potest, cum vtrunque iudicium non aliter locum habeat, quam si de re communi agatur, quod hic non euenit. Ponimus enim socij proprias ædes ex communi ruina damnum passas fuisse. Et hic casus rectè conuenit illi regulæ quam supra ex Caio posuimus, vt damni infecti stipulatio tunc demum necessaria sit, cum illius qui sibi timet, indemnitati alia occasione cõsultum esse non potest. † Secundus casus, qui à Pomponio proponitur, maiorem dubitationem habet ac subtiliori indiget inquisitione. Est autè eiusmodi. Si vnus ex sociis, qui communem habet parietem pretiosiora edificia habeat, vt decidente pariete maius damnum passurus esse videatur. † In quo primum adnotandum est omnium ferè iuris interpretum error manifestissimus, existimantium intelligi id debere, si aut alter ex sociis, aut vterque in communi pariete ædificet, quorum neutrum dici potest. Si enim vnus duntaxat ex sociis ædificet, non differet hic casus à superiore, quod (etsi Ioannem ita sensisse *Accursius* refert, in *d. l. inter quos.*) tamen Pomponij verbis non conuenit, quibus apertissimè duo casus ex superiore regula excipiuntur. Neque verò vt aduersus socium ædificantem socius actionem habeat, requiritur vt is qui non ædificat pretiosiora edificia habeat, sed illud sufficit vt ex opere eius qui ædificat, damnum suis ædibus timeatur is qui non ædificat: quo casu cum civilem actionem non habeat, stipulatio ei necessaria est, vt diximus. Quod si vterque ædificet, distinguendum etiã non est an vnus ex iis maius danum passurus sit, fortè quod pretiosiora edificia habeat, aut ædes melius instructas.

Cum

Cum enim hoc casu vtriusque facto & opere partes decidat, Sabini, & Vlpiani sententia sequenda est, vt in pari vtriusque causa nihil alter alteri præstare debeat. *d. l. ex damni. 40. §. 1. eod.* Est igitur Pomponius de illo casu intelligendus, cum neuter ex sociis ædificat, alter tamen altero pretiosiora edificia habet. At videtur hoc aduersari superiori regulæ, quæ dani infecti stipulationem iis casibus necessariam esse negat quibus alia actione damnum sarciri potest. Diximus enim eum qui pretiosiora edificia habeat posse parietem, cuius ruinam veretur, reficere, tum impensas in refectionem factas iudicio communi diuidendo aut pro socio à socio pro qua parte parietis dominus est recuperare. *d. l. si ædibus.* Et hoc esse videtur, quod interpretibus omnibus tenebras offudit, vt Pomponij elegantiam percipere non poterint. † Animaduertere verò debuerunt posse hoc quoque casu contingere vt damni infecti stipulatio prorsus necessaria sit, fortè si is qui pretiosiora edificia habet parietem communem reficere noluit. Quid enim si aut pecuniam in promptu non habeat, aut si quam habet sœnori potius collocare, quam in refectionem impendere velit? Iniquum sanè esset periclitari eum, nec à socio de damno infecto pro ipsius parte stipulari posse. Quamquam enim dici quodammodo potest imputare eum sibi debere quod communem parietem non refecerit, præsertim si reficiendi potestatem habuerit, tamen fati in ea punitur, quod parietis communis decidit iacturam pro sua parte patitur, & damni quod propriis ædibus datum est communi pariete pro sua tantum parte repetitionem habet. Neque enim socius supra suam partem socio de damno infecto cauere compellitur, *d. l. damni. 43. §. 1. vers. sed si maximo. eod.* Sed & pro ea parte damni dati repetitionem socius non haberet, si interposita stipulatio non esset, quia, vt iam diximus, quoties communis parietis vitio nulla alterius ex sociis culpa damnum aliquod accidit, nihil socius socio præstat, nisi damni infecti stipulatio interuenerit: quæ sanè dici necessaria non potest, si eum qui pretiosiora edificia habet ruinofum parietem reficere ponamus, cum iudicio Pro socio, aut Communi diuidendo ipsius indemnitati cõsultum esse possit. Neque huic nostræ interpretationi potest obiici, Pomponium in *d. l. inter quos.* nihil de hoc casu exprimere. Nam cum dicat duobus duntaxat casibus necessariam esse inter socios de damno infecto stipulationem, sufficit duos casus proponi in quibus necessariam eam esse appareat. Quid ergo si iuxta parietem nobis communem edificia habeamus vtraque eiusdem pretij & æstimationis? Et Pomponius in *d. l. inter quos.* scribit hoc casu quia vtriusque periculum æquale est, quantum quis vicino præstat, tantum ab eo consequi. De † quorum etiam verborum sensu omnes, quotquot vnquam fuerint, interpretes dubitauerunt. Quibusdam placuit, quos *Accursius* refert, decidente pariete communi, & damno dato, alterum ex sociis alteri vicissim damnum refarcire iudicio Communi diuidendo, vel Pro socio. Quam interpretationem aperte conuincit regula *d. l. ex damni. 40. §. 1.* Malè tamen *Accursius* vt eam refellat, scribit in re communi damnum contingere non posse. Alioqui dicendum esset nunquam inter socios pro re communi stipulationem damni infecti interponi posse, quod falsissimum esse nec ipse *Accursius* in quibusdam casibus diffitetur. Neque ad rem quicquam facit *l. arbor. 19. §. si per eundem. D. commun. diuid.* vbi

Paulus ait impensam factam in viam duobus communiter per eundem locum debitam negotiorum gestorum actione repeti, non Communi diuidendo, aut Pro socio. Primum enim obseruandum est reprehendi eo loco Pomponium, qui in illa specie ei ex sociis, qui impensam fecisset, actionem Pro socio, aut Communi diuidendo dandam esse contendebat. Multo igitur magis in proposito casu dedisset, hoc est cum communis paries vtriusque ædibus ruinam fecit. Deinde Paulus eo loco de viâ communi loquitur, non de pariete cuius longè distat & dissimilis ratio est. Etenim si per eundem locum via nobis debeat, & in eam impensa facta sit, rectissima est Pauli ratio, vt Communi diuidendo, agi non possit, quia iuris communio separatim intelligi nequeat: Quoniam si vicij ius, quod incorporale est, ab ipso corpore separet, id est à loco per quem via debetur, nihil reperias commune in quod impensa facta sit: est enim facta in ipsum locum quem communem non esse certum est *l. 4. in princ. D. si seruit. vndi. l. qui duo. 30. D. de seruit. rustic. pred.* In qua ratiocinatione illud subintelligendum est, non nisi pro ea re quæ sit communis iudicio Communi diuidendo locum esse posse. *l. 1. commun. diuid.* Quod de communi pariete similiter dici non potest, quem, cum & corporalis sit, & communis, in iudicium communi diuidendo venire nequaquam ambigendum est, *d. l. si ædibus. 32. de dam. infect.* Idem *Accursius* in *d. l. inter quos.* Pomponium sic intelligit, vt quantum socius socio præstat, tantum ab eo consequi possit interposita stipulatione, quod tamen, inquit, fieri non debet. Sed interpretatio hæc Pomponij verbis non conuenit, in quibus nihil est ex quo possit colligi interpositam fuisse stipulationem, vt illud taceam, quod iam sæpius repetij de damno, quod rei communis vitio contigit, nihil socius socio præstare debere. Mihi videtur, omnium iuris interpretum in horum verborum interpretatione errorem illum esse, quod putant Pomponium de damno facto sarciendo disputare, cuius tamen verba de damno infecto loqui eum demonstrant. Ait enim quia peculium æquale est quantum socius socio præstat, tantum à socio eum consequi. At damno dato periculum amplius nullum est, sed damnum datum. Ad quod si interpretes animaduertissent, nunquam dubitassent qua actione damnum factum sarciri oporteat, an Communi diuidendo, an Pro socio, an ex interposita damni infecti stipulatione, quorum omnium nihil dici potest. Omnino igitur ita Pomponius intelligi debet, vt non aliter socius socio de damno infecto caueat, quam si vicissim sibi à socio caueatur, secundum quam interpretationem tantum socius à socio consequitur quantum præstat, scilicet damni infecti cautionem. Nam cum æquale periculum est, iniquum fuerit vnus ex sociis solum alteri cauere, nec dici potest vter cauere debeat: & qui sibi cauere vult, debet prius alteri cauere, vt in specie *l. 43. §. cum parietem. de dam. infect.* At cum æquale periculum non est, vt cum alter ex sociis pretiosiora edificia habeat, non est necesse tantum eum præstare quantum consequitur. Cogitur enim socio, qui pretiosiora edificia habet cauere de damno infecto, neque tamen ipse vicissim à socio eam cautionem consequi potest.

CAPVT X.

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

D

SUMMARI A.

- 1 *Etiā eos qui diuersis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirere.*
- 2 *Sententia & ratio l. 28. ff. de iur. fisci.*
- 3 *Cur tutoribus & curatoribus ante redditam administrationis rationem cum fisco contrahere non liceat?*
- 4 *Cur in specie d. l. vlt. Seia fisco praeferatur in bonis post priorem obligationem ante nouationem quaesitis.*
- 5 *Priorem creditorem qui postea nouatione facta eadem pignora accipit in suum ipsius locum succedere.*
- 6 *Per secundam obligationem in d. l. vlt. nouationem significari.*

Si is, qui mihi obligauerat quae habebat habiturusque esset, cum fisco contraxerit, Vlpianus & Papinianus responderunt in re postea acquisita fisco potiorē esse, quia pignoris causam praueuerit in l. 28. D. de iur. fisci. cui ab omnibus opponitur l. vlt. in princ. D. qui potior in pign. habeant. vbi Scæuola in eadem vt videtur specie, respondet eum qui prius contraxit, fisco praeferrī debere. Ac sanè iuris regula sic se habet, vt qui prior est tempore, iure quoque potior sit, & in pignoris persecutione praeferratur. Sed non semper tempore prior intelligitur ille qui prius contraxit, at is demum qui prius rem obligatam habuit, † cum possit contingere, vt qui diuersis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirant, vt euenit cum duobus futurae res diuersis temporibus obligatae sunt, quo casu traditum est vtrunque in pignore concurrere, l. idēque. 7. §. vlt. D. eod. Hoc ita, si eadem vtriusque creditoris causa, idēque fauor sit: nam si alter tacitae hypothecae beneficium habeat, non solum alteri concurrat, sed etiam tempore prior esse intelligitur, quia eo ipso quod contrahit, hypothecā habet, alter verò non aliā, quā si eam sibi acquirat, finito perfectoque contractu cuius ea accessoria est. † Quae sententia & ratio esse videtur d. l. 28. de iur. fisci. in qua is qui prius cum priuato expressam hypothecam habente contraxerat, postea cum fisco contraxisse proponitur, cui legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hypotheca constituitur. l. auferri. 49. §. fisci. D. eod. vt mirum non sit si in bonis post vtramque obligationem quaesitis praeferratur: non ex priuilegio, quod Accursius tentat, sed ex iure communi, quo qui tempore prior est in pignoris constitutione, idem, vt diximus, in pignoris persecutione potior quoque est. Quid ergo si vtriusque creditoris eadem causa, idēque fauor sit, ac vterque ex lege in debitoris bonis tacitam hypothecam habeat. Et dicendum est hic aliud feruari non debere, quā si neuter tacitae hypothecae priuilegium haberet: quo casu diximus vtrunque in pignore concurrere, nec eum qui prius contraxit, posteriori praeferrī. d. l. idēque. §. vlt. qui potior in pign. habeant. propter quam causam si à duobus pupillis mutuam pecuniam diuersis temporibus quis acceperit, & ex eorum pecunia rem aliquam comparauerit, placet alterum alteri in pignore non praeferrī, quia licet diuersis temporibus contraxerint, vtriusque tamen priuilegium eodem tempore incipit, hoc est cum ex eorum pecunia res emittitur, d. l. idēque. in princ. Quod cum ita sit, malè Bartolus in d. l. vlt. qui potior in pign. hab. Seiam fisco ob eam causam praeferrī putat, quod duplex priuilegium haberet, temporis scilicet, & tutelae: cum in rebus post obligationem quaesitis temporis pri-

uilegium nullum sit: tacita autem hypotheca, quae ratione tutelae per legem conceditur, l. pro officio. 20. C. de administr. tue. l. vnic. §. 1. C. de rei uxor. action. fauorabilior, & potentior non sit, quā quae fisco tribuitur. Imò hanc fauorabiliorē esse apparet ex lege 3. §. ex illa. D. ad leg. Cornel. de fals. vbi Marcianus. † refert ex Diui Seueri, & Antonini constitutione falsi poenam irrogari tutoribus, & curatoribus qui ante redditam rationem administrationis cum fisco contrahunt. Cuius constitutionis ratio alia non fuit, quā singularis pupillorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex sua tacita praeferratur, si eorum tutoribus & curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur. Nam si fauore fisci ita constitutum esse diceremus, debuerant prohiberi cum fisco contrahere, non tantum tutores & curatores, sed generaliter ij omnes quorum bona tacite obligata sunt, quod nequaquam constitutum est. Quare, † cum quaeritur cur in d. l. vlt. qui potior in pign. hab. Seia fisco praeferratur, ratio est tacita hypotheca quam in tutoris bonis Seia habebat, peti non potest, cum si mutuis priuilegiis intellet certarent, fiscus ei praeferratur. Sed &, si quaeratur cur ei fiscus non praeferratur, commodè responderi non poterit, quoniam omnia tutoris bona expressè obligata habebat. Quāquam enim ratio haec facit vt in bonis iam obligationis tempore quaesitis fisco praeferratur, d. l. vlt. §. 3. & l. 3. eodem. tamen in iis quae post obligationem acquisita sunt idem dici non potest, vt ostendit d. l. 28. de iur. fisci. quam, cum generaliter loquatur, coangustandam non puto ad eum casum quo iis qui prius contraxit tacitae hypothecae beneficium non habuit, cum etsi habuit, tacita fisci hypotheca temper efficiat vt causam pignoris fiscus praueuerit intelligatur. d. l. 1. ex illa. de falsis. l. quod quis. 34. D. de reb. aucto. indic. possid. Alia igitur ratio querenda est, cur in d. l. vlt. Seiam fisco praeferrī Scæuola responderit, non tantum in bonis iam in obligationis tempore quaesitis, quod minorē dubitationem habet, sed etiā in aliis omnibus quae post priorem obligationem tutor acquisiuit. Accursius, cuius sententiam plerique probarunt, sic Scæuolam interpretatus est, vt Seia fisco praeferratur, in iis omnibus quae post priorem obligationem acquisita sunt, prius tamen quā cum fisco contraheretur. Qua interpretatione si Scæuolae verbis, & elegantiae cōueniens esset, alia profectò facilius, & accommodatior ex cogitari non posset. Sed si rectè inspicias, non dubitabis aliud quiddam respondisse Scæuolam, quod & probabilius sit, & elegantius. Alioqui de illis tantum rebus respondisset quas tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam de iis quas post priorem obligationem acquisiuit, cum existimandum non sit aliam rationem esse rerum iam obligationis tempore acquisitarum, & earum quae postea acquisitae sunt, prius tamen quā cum fisco contraheretur. Probabilius igitur dici potest, Scæuolae sententiam illam esse, vt in iis quoque bonis, quae post fisci obligationem acquisita sunt, Seia fisco praeferratur, haec tamen vt in iis quae post factam nouationem, & secundam obligationem acquisita sunt, non praeferratur: quod vtrunque maximam rationem habet. Nam in iis quae post priorem obligationem, & ante nouationem acquisita sunt, ideo praefertur, quod nouationis potestate factum est, vt quae priori obligatione futura bona dicebantur, ea facta sint praesentia, quae scilicet eo tempore iam acquisita sunt.

Proinde

Proinde eo iure censerī debent quo ea quae prioris obligationis tempore iam quaesita erant, vt in omnibus Seia fisco praeferratur. Nec enim dicendum est nouationem ei nocere debere, vt quae antea fisco prior erat, eadem posteriori fisco facta sit, argu. l. 1. de nouat. † cum certi iuris sit priorem creditorem qui postea nouatione facta eadem pignora accepit, sibi ipsi in suum locū succedere, & superioris temporis ordinem retinere l. 3. in princip. l. creditor. 12. §. Papinianus. D. eod. At in iis quae post nouationem factam acquisita sunt, Papiniani, & Vlpiani sententiae locus erit, fiscus iure tacitae hypothecae causam pignoris praueuerit censeatur: Idque est, opinor, quod, Scæuola ait, Seiam fisco praeferrī in iis etiam rebus quae post priorem obligationem acquisitae sunt, vt intelligamus non praeferrī in iis quae post secundam obligationem, id est post nouationem acquisitae sunt. † Secundam enim obligationem interpretari debemus, non eam quae cum fisco contracta est, sed eam quae cum Seia, cum qua etiam prior contracta fuerat. Quod si quis huic nostrae sententiae obiciat nouationem in proposito casu in fraudem fisci factam videri, qui si ea facta non esset, in omnibus post suam obligationem quaesitis Seiae praeferratur. Respondebo, in fraudem non facere eum qui sibi respicit ne suum perdat, neve pignorum quibus sibi cautum erat persecutionem amittat propter obligationem posteriorem cum fisco contracta, arg. l. Iulianus. 42. D. de acqu. hered. l. mater. 27. §. 1. si quis omni caus. testam. l. summa. 21. D. de pecul. Planè ratione pecuniae post fisci obligationem creditae non praeferratur, quoniam hoc sine fisci & priorum creditorum fraude fieri non posset d. l. 12. §. Papinianus. qui pot. in pignore habeant.

CAPVT XI.

Emendatur l. si quis. 17. §. si impubes. D. de instit. act.

SUMMARI A.

- 1 *Pupillum qui tutoris auctoritate institorem praeposuit, & locupletior factus est, institoria tenet.*
 - 2 *Casus quo pupillum non locupletior factus institoria in solidum tenetur.*
 - 3 *Sensus d. l. si quis. §. 3.*
 - 4 *In pari aequitatis causa pupillum alyis fauorabiliorem esse.*
 - 5 *Pupilli utilitatem, publicae utilitati & causa cedere.*
 - 6 *Cur pupillus ex facto institoris non mercem, sed alias res exercens in solidum non teneatur.*
- 1 **P**upillus † institoria actione tenetur, si tutoris auctoritate institorem praeposuerit, & locupletior factus sit, l. verum. 9. cum l. sequ. D. de instit. action. itēque si ei qui praeposuerat heres extiterit, & institorem remouere tutores potuerint, nec tamen voluerint. l. 11. eod. quod cum vix aliam rationem habeat, quā quod ab ipso pupillo tutorum auctoritate propositus videatur is, qui à tutoribus remoueri potuit, nec remotus est, ego sic accipiendum puto, vt hoc etiam casu pupillus non nisi in quantum locupletior factus est teneatur, arg. d. l. 10. eod. † Quod si nec locupletior factus sit, nec institorem remouere tutores potuerint, separandus erit, institor qui mercem exercet, ab aliis, vt qui cum illo contrahit pupillum sibi obliget in solidum: qui cum aliis, aduersus pupillum ex eorum contractibus agere nisi in quantum locupletior factus est, non possit, l. si quis mancipijs. 17. §. si impubes. D. eod. vbi dissimilitudinis ratio redditur propter utilitatem promiscui usus, ex qua

intelligitur loqui eo loco Iureconsultum de pupillo qui locupletior factus non est, & cuius tutores institorem remouere non potuerunt. Alioqui non utilitas promiscui vsus pupillum obligaret, sed naturalis ratio, qua nec pupillum ex aliena iactura locupletioem fieri patitur. l. naturaliter. 13. §. vlt. cum l. seq. de cond. indebit. licet ei qui cum institore contraxit imputari posset, arg. l. plane. 38. de petit. hered. Item illa, quod remouendus fuit à tutoribus institor si eius opera vti nollent. Idēque multò magis probandum esse Paulus ait, si ex contractu qui ante aditam hereditatem intercesserit, agatur. tum horum omnium rationem illam subiicit, non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat. Hic ergo erratum esse puto, & pro sciens legendum nesciens. Etenim aequum non videtur aduersus pupillum institoriam actionem in solidum dari ei, qui sciens eum qui institorem praeposuerat decessisse pupillo herede relicto cuius tutores institorem nondum remouere poterunt, aut ante aditam à pupillo hereditatem cum institore contraxit. Huic namque imputari proculdubio potest quod ita fecerit, aut planè non video cui magis imputari possit. Sed etsi nihil ei imputari posset, satis erat Paulo, dicere non esse imputandum ei qui cum institore mercem exercente contrahat, nec debuerat addere verba illa sciens dominum decessisse. Quorsum enim addidit? An quod ei imputari possit si nesciuerit? Multò minus. An quod prius de eo locutus fuisset, qui sciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxisset? Minimè verò. Ergo cum de eo loquatur cui nihil imputari potest, probabilius est loqui eum de nesciente, non de sciēte. † Sensus autem est, ei qui ignorans dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxit, nihil imputari posse, & ideo propter utilitatem promiscui vsus aduersus pupillum licet non factum locupletioem in solidum actionem ei dari, cum tamen is regulariter non nisi quatenus locupletior factus est ex suo aut alterius facto obligetur. Dices fortasse nec ei quicquam imputari posse qui nesciens dominum decessisse contraxit cum institore mercem non exercente, arg. §. rectè. Instit. de mand. l. inter. 26. §. 1. D. eod. neque tamen dubitandum esse, quin Paulus eo loco inter mercis institorem, & alios manifestam differentiam constituat. Et haud scio an res haec errori causam dederit. Sed qui Pauli rationem rectè intelligat, facile respondebit nihil quidem imputari posse ei qui ignorans dominum decessisse cum institore contraxit, siue mercem exercente, siue non, at id non sufficere vt ei aduersus pupillum locupletioem non factum actio ex contractu institoris detur. † Quāquam enim iniquum videtur nocere ei probabilem ipsius ignorantiam, d. §. rectè. tamen iniquus esset pupillum, cui nihil etiam imputari posset supra quā locupletior factus sit, teneri, cum nec ipse pupillus qui contraxit, si conditionem suam meliorem non fecerit, iure naturali teneatur. l. pupillus. 59. de obligat. & act. l. quod pupillus. 41. de condit. indebit. Sicque aequitas, contraria & maiore aequitate tollitur, vt in l. si seruus communis. 61. §. quod verò. D. de fur. Nam in pari aequitatis causa longè fauorabilior est pupillus, quem quoniam propter aetatis lubricum sibi consulere non potest, & natura ipsa, cuius, vt ita dixerim, culpa fit ne sibi consulere possit, & ciuili legislator quibus facere potest modis tuetur, vt nullum damnum sentiat.

† Sanè nō vsquē aded fauendum ei est, vt ipsius utilitati, publica causa, & utilitas postponatur, & ideo in mercis institore illud singulariter receptum est, vt si quis ignorans dominum decessisse eum eo contracterit, etiam pupillum sibi obliget, quamuis ex eo contractu locupletior factus non sit, quia utilitas promiscui vsus publica est. Hancque differentie rationem pereleganter & concisè suo more Paulus docet cum ait, imputandum non esse ei qui nesciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contrahat, ac si diceret, vt is qui cum institore mercem exercente contraxit pupillum obligatum habeat, sufficere vt nihil ei imputari possit, quod contingit si nesciens dominum vita decessisse cum institore contraxerit. † At vt is qui cum alio institore mercem non exercente contraxit, aduersus pupillum locupletiozem non factam actionem paratam habeat, non sufficere vt nihil ei imputari possit, si illius causa publicæ utilitatis fauorem non contineat. Quæ etiam ratio est propter quam idem Paulus simpliciter non dixit, nihil posse imputari ei qui nesciens dominum decessisse cum institore contraxit, sed adiecit, mercem exercente, ne quis forte existimaret de iis qui cum aliis institoribus contrahunt, idem dici posse, quibus quidem nihil imputari potest si nescientes dominum decessisse contraxerint, sed non ideo pupillum si locupletior factus non sit obligare sibi possunt. Præterea quamuis in institore mercem exercente singulari iure receptum esset, vt qui cum eo contraherent scientes dominum decessisse nihilominus pupillum obligatum haberent, quod verum non est, attamen non verè diceretur nihil iis imputari posse, *l. pen. D. de rebus credit.* Qui potius dicendum esset imputari quidem iis posse, cur contraxerint, sed eam rem non facere quominus pupillum sibi obligauerint propter utilitatem promiscui vsus. Quod tamen absurdissimum esset. Nulla enim iuris parte succurritur ei cui propria culpa imputari potest, ex regula *l. quod quis. 20. de regul. iur.* Cùm igitur Paulus de eo loquatur cui nihil imputari potest, itémque de pupillo locupletiore non factò, vt supra probauimus, necessariò admittendum est quod volumus prosciens, legendum esse, nesciens, quæ lectio Pauli sententiam non solum veram, sed etiam longè elegantiorē facit, quàm vulgò ab interpretibus accipitur.

CAPVT XII.

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

SVM MARIA.

- 1 Iureconsultos in proposita questione inter se dissensisse.
- 2 De dolo actione quamvis alia deficiente demum concedi.
- 3 Vtilem actionem dici quæ directa non est, non quæ restituta est.
- 4 Existimasse Papinianum in *l. Stichum. §. 1. de solut.* actionem ex stipulatu in fideiussorem, cuius factò homo promissus perijt, competere.
- 5 Latinarum Interpretum ad superiorem questionem dissensio.
- 6 Papinianum in dicta questione sibi ipsi contrarium non fuisse.
- 7 Quomodo Iulianus cum seipso conciliandus?
- 8 An fideiussor ex mora sua principalem obligationem perpetuet?

¶ Vm dici soleat hominis promissi interitu ante moram contingente promissorem liberari, *l. si ex legati. 23. de verb. oblig.* elegans dubitatio est, quæ actio competat aduersus fideiussorem, qui promissum hominem ante promissoris moram occidit. Quamquam enim promissoris mora fideiussoris obligationem perpetuat, tamen non idem in fideiussore receptum est, vt ipsius factò principalis quoque obligatio perpetuetur. Vnde fit vt homine promisso à fideiussore occiso nulla promissoris mora præcedente promissor liberetur, ac per consequentias fideiussoris quoque obligatio, quæ accessoria est, extincta videatur. At quoniam iniquum esset fideiussorem sibi factò suo liberationem acquirere, dubitandum non est quin obligatus maneat, † sed quænam aduersus eum actio competat, nondum constat, & ego inter ipsos iuris authores controuersum fuisse arbitror. Nam Papinianus in *l. si fideiussor. 19. D. de dolo.* Neratij & Iuliani sententiam refert, vt fideiussor actione de dolo conueniendus sit, neque ex stipulatione conueniri possit, quoniam liberato reo ipse quoque per consequentias liberatus esse intelligatur. At idem Papinianus in *l. Stichum. 95. §. 1. de solut.* scribit fideiussorem in eadem prorsus specie, ex stipulatione nihilominus teneri, quemadmodum, inquit, teneretur si debitor sine herede decederet. Cui Paulus subscribit in *l. mora. 88. D. de verb. obligat.* & in *l. cum filiusfamilias. 49. eod.* itémque Marcianus in *l. mora. 32. §. ult. de usur.* quibus locis actionem ex stipulatu quam aduersus fideiussorem dandam putant, vtilem non directam esse interpretantur. Sed & quod magis mirum est, Africanus in *l. cum quis. 38. §. pen. de solut.* refert Iulianum existimasse in fideiussorem qui promissum hominem ante moram occidit, actionem ex edicto restitui: quod si ita est, non videtur verum, quod in *l. si fideiussor.* Papinianus ait Iulianum in ea fuisse sententia, vt fideiussorem de dolo teneri existimaret. Hæc enim prorsus contraria sunt, fideiussorem actione De dolo teneri, & in eum actionem ex edicto restitui: † quandoquidem certi iuris est toties actionem De dolo cessare quoties actio ex edicto restitui potest: nunquam enim De dolo actio nisi in subsidium, & quauis alia deficiente conceditur, *l. Diuus. 7. D. de in integr. restitut. l. 1. §. idem Pomponius. D. de dolo.* Ex quo eorum sententia resellit, qui vt Iulianum cum seipso, & cæteris concilient, putant actionem ex stipulatu, quæ ipso iure perempta est, ex edicto De dolo restitui aduersus fideiussorem, ob idque vtilem dici in *d. l. 49. de verb. oblig. §. 1. 32. §. ult. de usufruct.* Quod Iuliani, & Neratij sententia perspicuè aduersatur in *d. l. si fideiussor. 19. de dolo.* vbi manifestum est tractari de actione De dolo, non de actione ex stipulatu, quæ ex edicto De dolo restitui possit, quæ si posset, actio De dolo necessaria non esset: porro cùm necessaria non est, vtilis esse non potest. Sed & quibus locis scriptum est fideiussorem vtili actione ex stipulatu teneri, edicti De dolo mentio nulla fit, † vt non sit existimandum vtilem actionem à Iureconsultis dici, quod restituta sit, sed quod directa non sit, cùm sublata principali obligatione, fideiussoria directa remanere non possit. Minus placet Græcorum subtilitas, qui distinguendum existimant an fideiussor dolo promissum hominem occiderit, an sine dolo, vt priore casu in eum actio De dolo detur, posteriori verò vtilis quam in factum appellant. † Et si enim nullo fideiussoris dolo interueniente De dolo

dolo teneri non potest, tamen Papinianus in *d. l. Stichum. 95. §. 1.* ostendit manifestè, ne si fideiussoris dolo interuenierit, teneri eum de dolo, sed actionem ex stipulatu superesse, perinde ac si promissor sine herede decederet. Nam debitorem Stichi aut Pamphili, qui Stichum interfecit, si postea Pamphilus suo fato peremptus sit, competat fideiussori, qui promissum hominem de quo fideiussorat, occidit. Et aduersus debitorem de dolo actionem danda esse ait, quia delicta non debeant esse impunita: quæ ex ratione apparet loquitur de debitore qui dolo Stichum occiderat, alioqui nec de dolo teneretur, sed potius in factum, nec delictum commissiue videretur qui imprudens occidisset. *l. si quis abiens. 5. in versicul. longè. D. de obligat. & action.* Ergo quod sequitur, fideiussoris aliam rationem esse vt ex stipulatu non de Dolo conueniatur, de eo intelligi debet qui dolo se promissum hominem interfecit, vt horum recta comparatio sit, & ridiculus non sit Papinianus, qui moneat nullo dolo interueniente fideiussorem de dolo non teneri. Rursus quod scriptum est in *d. l. 49. §. ult. de verb. oblig. §. 1. 32. §. ult. de usur.* fideiussorem vtili actione ex stipulatu teneri, non de actione in factum accipi potest, sed de actione ex stipulatu necessariò intelligendum est, secundum Pauli sententiam in *l. mora. 88. de verb. oblig.* idque ex superioribus omnino sequitur. Nam qua ratione fideiussoris dolo interueniente actio de dolo aduersus eum non datur, eadem prorsus admittendum est, fideiussorem qui dolo careat in factum non teneri, cùm vtroque casu verum sit ex Papiniani sententia actionem ex stipulatu superesse: & actio in factum iis casibus locum non habeat, quibus dolo interueniente de dolo agi non possit. † Postremò communis Latinarum interpretum distinctio probabilis non est, vt ita demum fideiussor de dolo teneretur, si nulla prius contracta mora promissum hominem occiderit. Nam Iuliani & Neratij ratio, quoniam debitor liberato per consequentias fideiussor quoque dimittitur, docet fideiussorem, qui post contractam moram promissum hominem occidit, nihilominus de dolo teneri, quia cùm fideiussoris mora promissori non noccat, vt initio capitis diximus, consequens est vt hoc quoque casu, quemadmodum debitor hominis interitu liberatur, ita fideiussor per consequentias liberatus esse intelligatur. Neque verò aut in *d. l. fideiussor.* aut in *l. Stichum.* aliique legibus distinguitur an fideiussor post moram suam promissum hominem occiderit, necne: sed tantum in *d. l. 49. de verb. oblig.* Paulus ponit factam fuisse moram, quia non de homine occiso loquitur, sed fato suo perempto, quo casu mora nulla præcedente tam fideiussor quam debitor liberaretur: Mora per debitorem contracta, vterque obligatus maneret. Propter quam causam additum est in *d. l. si fideiussor. ante moram.* scilicet debitoris non fideiussoris, vt ex ratione subiecta intelligitur. At si fideiussor solus, in mora fuisset, solus quoque hominis morte non liberaretur, debitor liberaretur. Idémque est si citra moram promissum hominem fideiussor occiderit. Nam Papiniani ratio in *d. l. Stichum.* iis verbis, quemadmodum venearur si debitor sine herede decessisset, ostendit nouum non esse vt sublata principali obligatione, fideiussoria remaneat: quod si ita est, cur non ex stipulatu fideiussor tenebitur, licet nulla præcedente mora promissum hominem occiderit? Quare verius est, Iureconsultos in questione ista, vt alius in iuris, dissensisse, nec fortè de eo quisquam dubitaret, si Paulus cum

Neratio, aut Papinianus cum Iuliano conciliandus esset. At quoniam Papinianus & Iulianus, non inter se, sed sibi ipsi contrarij vili sunt, hinc factum putò vt in conciliatione quærenda interpretes omnes cùm veteres, tum recentiores tanto opere laborauerint. † Mihi verò Papinianus sibi contrarij fuisse non videtur. Nam in *l. si fideiussor. de dolo.* Iuliani & Neratij sententiam, & rationem refert duntaxat, quæ tamen nec probat, nec improbat. Sed in *l. Stichum.* quid sentiat aperte exprimit, scilicet sublata principali obligatione fideiussorem nihilominus obligatione teneri, idque probat exemplo debitoris qui sine herede decessit, à quo datus fideiussor non ideo liberatur, quominus ex stipulatu conueniri possit: ex quo ad Iuliani, & Neratij rationem facillè responderi potest. † Sed difficilior est Iulianum cum seipso conciliare, quem Papinianus in *d. l. si fideiussor.* refert existimasse fideiussorem de dolo teneri, cùm tamen Africanus in *d. l. cum quis. 38. §. pen. de solut.* refert ipsius sententiam illam fuisse vt in fideiussore actio ex edicto restituitur: quæ media quædam sententia est. Etenim si aduersus fideiussorem actio ex stipulatu restituitur, ex edicto fiet vt de dolo non teneretur. Itemque vt liberato debitore fideiussor ipso iure desinat teneri ex stipulatu: quod Papinianus, Paulus, & Marcianus non admitterent. Ego Iuliani sententiam istam fuisse arbitror, vt actio ex stipulatu, quæ aduersus fideiussorem competeat, ipso iure per debitoris liberationem extinguatur: sed tamen restituitur ex edicto ex quibus causis maior (de illo enim Iulianum loqui in *d. §. pe.* manifestissimum est) si dolo non interuenierit, quo casu nemo vnquam dixit de dolo agi posse. Quod si fideiussoris dolo adsit, necessariò agendum de dolo, quia hoc casu restitui non possit actio aduersus fideiussorem ex edicto illo generali, cui dolo interueniente nunquam locus esse potest. Alioqui superuacuum esset edictum De dolo, ex quo scilicet actio non datur, si alia competat vel ipso iure vel ope restitutionis, *d. l. 1. §. idem Pomponius. de dolo.* Semper autem restitutioni locus esset ex illa generali clausula, si qua alia mihi infra causa esse videtur: cùm dolo iusta causa sit restitutionis. Vnde Paulus in *l. cum miles. 30. §. ult. ex quib. caus. maior.* monet aduersus eum qui Reipublica causa abfuit, & alienam rem vsucépit, restitutionem dari (scilicet ex edicto illo) licet, inquit, sine dolo malo abfuerit, vt intelligamus dolo accidente cessare restitutionem ex eo edicto, & de dolo agendum esse. Sic in *l. quidam. 38. de dolo.* Vlpianus scribit eum qui deceptus debitorem acceptatione liberauit, si minor sit, in integrum restitui posse, nempe ex edicto de minoribus: si maior, non posse, (nimirum ex edicto ex quibus causis maior, quo maioribus succurritur) sed de dolo agere debere: quod & scriptum est in *l. 1. §. pen. eod.* † Huic porro Iureconsultorum dissensionis & controuersie causam deesse videtur vetus illa quaestio, An fideiussor ex mora sua, propriam obligationem perpetuet, de qua iam olim dubitatum fuisse Paulus refert in *l. si seruus. 91. §. nunc videamus. de verb. obi.* vbi Pomponij sententiam magis probat existimantis perpetuare, eaque ratione confirmat, quod fideiussor obligationem suam factò suo tollere non debeat. Quod fortissimum argumentum est pro Papiniani, Pauli, & Marciani aduersus Iulianum, Neratij, & Africanum sententia. Si enim fideiussor ex facto suo sibi liberationem acquirere non potest, illud in proposito quaestiois necessariò relinquatur, fideiussorem, qui promissum hominem ante debitoris moram

ram occidit, ex stipulatione nihilominus teneri, vt aduersum eum neque ex edicto actionem restitui, neque de dolo agi necesse sit. Ea verò sententia vt fideiussor ex propria persona obligationem suam perpetuare possit. Scæuolæ quoque placuit in l. si liberus. 44. de oper. liber. & quemadmodum æquior est, ita magis cõmuniter cæteris probata fuisse videtur.

CAPVT XIII.

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

SVMARIA.

- 1 An. & quando aduersus eum qui marito dotem promissit actio in solidum detur?
- 2 De quo donatore accipienda sit l. si extraneus ff. de iur. dot.
- 3 Reijcitur conciliatio d. l. si extraneus cum l. Nefennius de re iudic. ab Accursio allata.
- 4 Dos cotrique coniugi donata, an mulieri soli acquiratur?
- 5 Eum qui mulieri duntaxat dotem donatam voluit a marito in solidum eius nomine conueniri posse.
- 6 Et quidem tam constante quam soluto matrimonio.
- 7 Extraneus quis dicatur in l. vlt. de iur. dot.

¶ CVM ¶ queritur, an aduersus eum qui marito dotem promissit, actio in solidum detur, vt ei non profit si facere non possit, certum est distinguendum esse an mulieris debitor fuerit is qui dotem promissit, an cum debitor non esset, donandi animo dotem promiserit. Nam si debitor fuit, nulla ratio est cur non conueniatur in solidum, quemadmodum si marito delegatus non esset, ab ipsa muliere conueniretur. At si debitor non fuit, donandique animo dotem promissit, subdistingendum puto, an vxori tantum an & marito donare voluerit, vt priore casu in solidum à marito conueniri possit, qui non ei donauit. l. Nefennius. 41. D. de re iudicat. quemadmodum si is qui donare mihi volebat delegatus à me creditori meo stipulanti sponderit, l. pen. D. de nouat. vel si cum Primus tibi donare vellet, & tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, l. qui id quad. 33. §. vlt. D. de don. vbi rationem Hermogenianus reddit quòd his casibus negotium suum gerat is cui promittitur, qui scilicet ab eo qui promittit nihil accipit. Quòd si marito quoque promissor donare voluit, dicendum est secundum Diui Pij Constitutionem eum qui ex liberalitate conuenitur non nisi in quantum facere potest conueniri debere, l. Dims. 28. de reg. iur. l. si extraneus. 33. de iur. dot. ¶ quæ accipienda est de donatore qui non solum mulieri, sed etiam marito donare voluit. De illo. n. loquitur qui promissit non ex necessitate, sed ex voluntate, hoc est donandi animo, ac proinde qui erga eum ipsum cui promissit, eam voluntatem habuit. Nam & sententiam suam Vlpianus confirmat ex Diui Pij constitutione, quam tamen certum est donatori non prodesse, nisi aduersus eum ipsum cui donatum est. d. l. Nefennius. l. pen. de nouat. l. 33. §. vlt. de donat. Nec probanda eorum sententia est, qui verba illa, quemque in id quod facere possit, si conuenisset, condemnauerat, de muliere intelligunt, cum præcedentia omnia sint de marito, de muliere verò ne verbum quidem. Neque tamen id ita accipi volo, vt soli marito donauerit, (alioqui soluto matrimonio dotis exactionem mulier non haberet) sed vtique coniugi donatum voluerit, marito constante matrimonio, vxori post solutum matrimonium, neutri verò in totum, vt Vlp. loquitur in l. licet. 43. §. quoties de iur. dot. quæ dotis natura & con-

ditio est. ¶ Quod cum ita sit, nil necesse est nos cum Accursio comminisci, in d. l. Nefennius, donatorem factum fuisse debitorem prius quam cum eo ageretur. Nec rursus quod alij respondent, in l. si extraneus, non maritum cum promissore, sed vxorem aduersus maritum soluto matrimonio agere: quod quanquã verum est, ad rem tamen non pertinet. Vlpianus enim marito imputari non posse ait quòd donatorẽ ad solutionem non præcipitauerit, quem si conuenisset in id duntaxat quod facere possit, condemnare fecisset. quæ postrema verba palam est de marito aduersus promissorem, non de vxore aduersus maritum agente intelligi debere. Huic verò nostræ interpretationi non obstat quod in fine d. l. si extraneus, Vlpianus ait, in proposito casu id quod promissum est mulieri acquiri ad quam rei commodum respicit. Neque ¶ enim id sic accipi debet, vt soli mulieri donatum sit, sed ita, vt cum vtrique coniugi donatum sit, magis tamen mulieri quam marito acquiri dicamus. Ad illam enim ipsius rei, ad hunc fructuum duntaxat commodum respicit. Quòd si mulieri soli donatum esset, dubitatio nulla esse posset, quin mulieri acquireretur, neque Sabini sententia interpretatione egeret, quæ tamen necessaria fuit, quoniam marito primùm donatio facta esse proponebatur. Fieri enim potest vt propter mariti personam donandi animo dotem promittat is, qui si alius maritus esset, promittere dotem nollet. arg. l. sicut 8. §. sed si promissit. D. quib. mod. pign. vel hypot. sol. Et ob eã causam Paulus in d. l. Nefennius, de illo disertè loquitur, qui pro muliere, cui donare volebat dotem marito promissit, quoniam in eo qui marito quoque donare voluit, dubitatio nulla esse poterat. ¶ Denique si mulieri duntaxat donatum sit, non puto verum esse quod Vlpianus ait, marito imputari non posse quod promissorem ad solutionem non præcipitauerit, & ab eo dotem in solidum exegerit. Alioqui dicendum esset, si Titius donare mihi volens delegatus à me creditori meo stipulanti sponderit, ilque priusquam cum eo ageretur, cum tamen agi posset, facultatibus defectus sit vt amplius solidum ab eo consequi creditor non possit qui antea potuit, meum periculum esse vt quod à Titio seruate creditor non poterit à me consequatur, eadem æquitatis ratione, quia ei pepercerit cui ego etiam pepercissem, quique erga me liberalis & munificus extiterat. Quod tamèn vix est vt admittendum sit, ne qui semel liberatus est, creditoris facto, & culpa rursus obligetur. ¶ Videndum autem est, cur in d. l. Nefennius, Paulus adiecerit, maxime, si costante matrimonio petat. Si enim verba hæc sic accipiantur, vt soluto matrimonio agens maritus exceptione repellatur, iniqua erit Pauli sententia, cum soluto quidem mulieris morte matrimonio dos aduentia mariti lucro cedat. l. 5. de bon. damn. & apud Vlpianum tit. De duobus. §. aduentitia. diuortio autem facto vel nullam dotis partem maritus petere possit, vel cum petere potest, nulla ei exceptio obiici debeat. l. si donaturus. 9. §. vlt. de cond. caus. dat. vbi elegans ratio redditur, quia maritus suum negotium gerit: quam certum est, longè magis soluto, quam constante matrimonio locum habere: cum hoc casu non nisi ratione fructuum: priore verò ratione proprietatis negotium suum maritus gerat. Ex quo etiam apparet Paulum sic intelligi non posse, vt cum tam soluto, quam constante matrimonio in solidum dotem petere maritus possit, multo magis tamen constante quam soluto: Illud igitur superest, Pauli sententiam eam esse, vt tam hoc quam

quàm illo casu maritus, cui donatum non est, in solidum exigere dotem possit: sed maxime si constante matrimonio petat, quia tunc suum negotium gerat ratione fructuum qui pro oneribus matrimonij ad eum omnimodo pertinent: Quod soluto matrimonio indistinctè dici non potest, cum si diuortio solutum sit, & liberi nulli interuenerint, nullam dotis partem retinere debeat, sed integram exigere, & mulieri restituere, vt superiore libro diximus cap. 16. quo casu cum non tam suum, quam mulieris negotium gerat, æquum est exceptionem quæ aduersus mulierem opponi posset, marito quoque obiici. d. l. si donaturus. §. vlt. quod Accursius non intellexit, iam verò ad rem non pertinet, quod ex Labeone proponitur in l. penult. C. de iur. dot. quoties de dote promissa agitur, non oportere in quantum facere potest condemnari eum qui promissit. ¶ Nam quod Paulus notat id semper in extraneo verum esse, de illo intelligi debet, qui ex necessitate promissit, non qui ex voluntate, & donandi animo: hic enim ferè est vt extraneus non sit, qui parentis officio fungitur. Neque verò eum qui donandi animo dotem promissit Iureconsulti vnquam promissorem simpliciter appellant, sed vel donatorem, vel promissorem donandi animo, vt in d. l. si extraneus. & l. Nefennius. Dicit etiam potest Labeonis temporibus, hoc est ante Diui Pij constitutionem, nondum obtinuisse vt donator ultra facultates non conueniretur: atque ideo Pauli notam sic intelligi debere, vt rectè Labeo senserit in extraneo, non vt hodie Labeonis sententia in quolibet extraneo vera sit, si donator extraneus dici potest. Nec obstat quod Paulus ait in extraneo semper veram esse. Aliud enim est, in quolibet extraneo veram esse, quod falsum est, aliud verò in extraneo debitore veram esse semper, hoc est, tam constante, quam soluto matrimonio: ad differentiam foceri, in quo distinguit an constante an soluto matrimonio dos ab eo petatur: quamquam re vera concludit aduersus Labeonis sententiam, neutro casu focerum condemnari in solidum nisi ex magna causa. puta si quid dolo fecerit, quod pugnare videtur cum l. sicut 21. & l. sed hoc ita. 22. de re iudic. De quibus in sequenti capite videamus.

CAPVT XIV.

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

SVMARIA.

- 1 An mulieris pater ex dotis promissione in solidum conueniri possit?
- 2 Distinctio qua Accursius duos Pauli locos in hac questione inuicem pugnantem conciliavit.
- 3 An de actione qua soluto matrimonio competit accipienda sit l. ex diuerso. ff. sol. matrim.
- 4 Coniungitur Neratij & Pauli sententia, & difficultas ex coniunctione nascens indicatur.
- 5 Emendatio d. l. sicut. & emendata sensus.
- 6 Vtique pro indistinctè.

¶ QVI honor marito habetur, vt iudicio de dote non nisi in id quod facere potest, condemnatur. l. maritum. 12. D. solut. matrim. eundem focero quoque, hoc est patri mariti, eum de dote nurus agit, haberi certum est, l. rei iudicat. a. 15. §. vltim. D. eod. quia vt in l. seq. Pomponius ait, parentis locum focer obtinet. ¶ Sed si ex diuerso mulieris pater ex promissione dotis à marito conueniatur, quæri solet, neque inter omnes constare videtur, an ei honor idem habendus sit. Dubitationem verò illud fecisse

videtur, quod licet hic quoque focer parentis locum obtineat, tamen ex officio & necessitate dotem promissit, vt proinde illius conditio durior esse debeat, arg. l. si extraneus. 33. de iur. dot. de cuius sententia superiore capite diximus. Paulus tamen in l. ex diuerso. 17. solut. matrim. Proculum & Neratium scripsisse refert iustum esse, vt ei idem honor habeatur vt non nisi in quantum facere potest condemnetur. Quod ¶ constante quidem matrimonio verissimum est; ad finitatis scilicet veneratione, vt idem Paulus ait in l. penult. de iur. dot. Sed soluto matrimonio quemadmodum ad finitas tollitur, ita loceri privilegium finiri videtur, vt in solidum conueniatur, quomodo aperte Pomponius diffinit in l. sed hoc ita. 22. D. de re iudic. vbi quod in l. præcedente Paulus indistinctè dixerat, focerum ex promissione dotis in solidum conueniri posse, Pomponius sic accipiendum ait, si soluto matrimonio conueniatur. Qua distinctione Accursius utitur, vt duos Pauli locos, qui inuicem pugnare videntur, conciliet. ¶ At videndum est, ne & quod scriptum est in l. ex diuerso. focerum ex dotis promissione, non nisi in quantum facere potest teneri, sic accipiendum sit, si soluto matrimonio conueniatur: quod magis est, cum vtriusque loci eadem ferè verba sint, nec de illo vnquam dubitatum sit, an focer constante matrimonio in solidum conueniri poterit, quem certissimè fuit non potuisse, sed de illo duntaxat, an soluto matrimonio idem honor ei habendus sit: de quo queri solere Paulus ait in d. l. ex diuerso. ¶ Quare subtilius est, quod nonnulli tradiderunt, vtrumque Pauli locum sic coniungendum esse, vt quod vni deest, ex altero suppleatur. Aequum enim esse, quod & Neratius putabat, soluto matrimonio focerum ex dotis promissione in quantum duntaxat facere posset, condemnari, sed alio iure nos vti, vt in solidum condemnatur, ex eiusdem Neratij sententia. Habet tamen hæc quoque interpretatio illud incommodi, quòd verum non videtur ex Pauli sententia eo iure nos vti, vt focero non profit exceptio si facere non possit, cum idem Paulus in l. pen. de iur. dot. scribat eam exceptionem focero ex causa & persona concedendam esse. Quid enim, inquit, si specie futura dotis induxerit generum, & cum sciret se dotem præstare non posse, id egerit vt genero insidiaretur? Quibus verbis non obscurè ostendit focerum si nullius doli & fraudis conscius sit, etiam soluto matrimonio in solidum non teneri, & eo iure nos vti, vt non nisi ex magna causa in solidum condemnatur. Nec admittendum est, quod Accursius putat, sententiam Pauli in l. sicut. 21. de re iudic. ita procedere, si focer dolo quid fecerit. Etenim præter id quod ex iis verbis, sed alio iure vtimur, apparet regulam illam constitui, vt in solidum teneatur, dici etiam non potest æquum esse honorem focero haberi qui generum dolose induxit specie futura dotis quam sciebat se præstare non posse: ¶ Ergo recepta lectio emendanda est, & ea potius sequenda, quæ in quibusdam codicibus reperitur, in quibus sic legitur, sed alio & alio iure vtimur. Cuius lectionis sensus est, æquum quidem esse, focerum ex promissione dotis soluto matrimonio in solidum non condemnari, sed alio & alio iure nos vti, id est, cum nunc in solidum condemnari, nunc non condemnari. Regularitèr non condemnari, ex causa tamen & persona condemnari, hoc est si dolo dotem promiserit, vel si talis persona sit quæ vix aliquo honore digna esse videatur, secundum distinctionem dist. l. pen. de iur. dot.,

Atque ideo recte in l. seq. ex Pomponio subiicitur hoc ita accipiendum esse, si soluto matrimonio dos à focero petatur. Nam si constante matrimonio, certo iure utimur focerum supra quam facere possit non teneri, nec si dolose dotem promiserit, aut eo honore indignus sit, ad finitatis scilicet ratione, vt in d. l. pen. † Paulus ait. Itaque interpretor verba illa Pomponij, succurrendum utique est, id est indistincte, nec inspecto eo, an causa aliqua sit propter quam focer in solidum condemnari debeat. Quomodo in l. frater à fratre. 38. de condict. indeb. Africanus ait, utique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturum, id est, non admissa ea distinctione, An ex peculio fratris creditoris ad fratrem debitorem aliquid peruenit: quæ distinctio postea ponitur, cum quaeritur. An pro qua parte frater creditor heres extitit, repetitioni locus sit. Notandum autem est, quod emendationem nostram, aut potius veterem lectionem valde confirmat, secundum hanc interpretationem fieri vt Neratij sententia, quam Paulus refert in d. l. ex diuerso. verissima sit, & planè eadem illa, quæ refertur in d. l. sicut. illo duntaxat addito, perpetuam eam non esse, si fortè magna aliqua causa aut foceri persona aliud suadeat, nec æquitas repugnet. Nam alio iure nos vti, quam quod æquum sit, absurdissimum esset, nec Paulum vel Neratium aliter existimasse credendum est. Denique si regulariter aduersus focerum maritus in solidum agere posset, eoque iure vteremur, non puto Paulum id prætermisurum fuisse in d. l. ex diuerso. in qua Proculi, & Neratij sententiam sic refert, vt ab ea non recedat, nec alio iure nos vti exprimat.

CAPVT XV.

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

SVMARIA.

- 1 Duas res alternativè stipulatus & alteram ex causa lucrativa natus an alteram ex stipulatu petere possit?
- 2 Illius rei quæ ad stipulatorem pervenit æstimationem à promissore eo casu præstari non posse.
- 3 An res quæ alternativè stipulationis tempore mea erat, deinde mea esse desijt, inuito mihi à promissore solui possit?
- 4 Ex generali hominis stipulatione etiam eum qui stipulationis tempore fuit, ei inuito à promissore rectè solui.
- 5 Perperam à quibusdam emendatum fuisse §. Stichum l. qui decem. de verb. oblig.
- 6 Dissensisse Papinianum à Marcello in questione illa, an in eo homine qui legatarij aut stipulatoris aliquando fuit, licet postea alienatus sit, legatum vel stipulatio consistat?

TRitum est iniure civili duas lucrativas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse. Proinde si rem aliquam ex causa lucrativa stipulatus sim, quam postea ex causa quoque lucrativa nanciscar, stipulationem evanescente. l. inter stipulationem. 83. §. si rem. D. de verb. oblig. l. in perpetuum. 61. de solut. quomodo & legatum extinguitur, si rei legata dominium ex lucrativa causa ad legatarium perveniat. l. plane. 34. §. quod si rem. l. huiusmodi. 84. §. qui servum. de legat. 1. † Vnde quaeritur, si qui Stichum aut Pamphilum alternativè stipulatus sit, & alterum ex causa lucrativa nactus sit, an alterum ex stipulatu petere possit. Cum enim in alternativis stipulatio-

nibus electio sit promissoris, l. plerumque. 11. §. vlt. de iur. dot. dicendum videretur stipulationem evanescere, cum eum, qui stipulatoris factus est, promissor præstare non possit: eum verò quem præstare potest, præstare cogi non debeat vt salva ei electio sit. Verius tamen est in eius persona qui præstari potest stipulationem consistere, l. si Stichum. 16. D. de verb. oblig. Credo, quòd qui Stichum aut Pamphilum promittit, utrumque separatim promittere intelligitur sub ea conditione, si alterum non dederit, arg. l. cum ita. 9. de optio. legat. quæ conditio existit cum alterum ex aliqua causa stipulatore consecutus est: ille enim dari amplius non potest. Absolutè igitur, quasi stipulationis conditione existente petetur is qui præstari poterit. l. Stichum aut Pamphilum. 55. ibi, quem necesse habeo dare. D. ad leg. Aquil. † Quod ego aduersus Accursij sententiam sic accipiendum puto, vt promissor si illius qui ad stipulatorem pervenit æstimationem præstare velit non audiatur. Alioqui fiet vt duæ causæ lucrativæ circa eandem rem & personam concurrant, cum is qui rem habet ipsius quoque pretium & æstimationem habere intelligatur, indeque fiat vt qui ex duplici testamento eiusdem rei legatarius est, si prius rem ipsam ex altero consecutus fuerit, eiusdem æstimationem ex altero petere non possit. §. si res aliena. Institut. de legat. Quare ad rem non pertinet si quis Vlpianum obiiciat in l. cum res. 47. §. sed Stichus. de legat. 1. vbi, si Stichus aut Pamphilus legetur, & alter ex iis in fuga sit vel apud hostes, præsentem deberi ait, vel absentis æstimationem. Multum enim interest an ex servis legatis aut promissis alter ideo præstari non possit, quòd in fuga vel apud hostes sit, an quòd in stipulatoris dominiu pervenerit. Nec enim illis casibus duæ causæ lucrativæ circa eandem rem & personam concurrunt: quæ posteriore casu concurrerit. Denique si eius qui stipulatoris aut legatarij factus est æstimatio præstari possit, absolutè verum non esset quod Pomponius ait d. l. si Stichum. reliquum deberi à stipulatore, nec quod Iulianus in d. l. huiusmodi. 84. §. si Titio Stichus & in l. non quocumque. 82. §. vlt. de legat. 1. alterum peti posse. Malè enim ageretur, & causa plus peteretur, si non relicta debitori electione, alter duntaxat, qui præstari potest, peteretur. §. plus autem. Instit. de action. † At si Stichum aut Pamphilum stipulatus sim, cum iam meus esset Pamphilus, dubitatio maior est an si postea meus esse desierit inuito mihi solui possit. Neque enim commode obiici potest, quòd Accursius obiicit, duas lucrativas causas circa eandem rem & personam concurrere non posse, cum hic simul non concurrant, & solutionis tempore res amplius mea non sit. Marcellus tamen in proposito casu scripsit nec obligationem, nec solutionem in Pamphilo consistere, in l. qui decem. 72. §. Stichum. D. de solut. quia inutiliter quis rem suam stipulatur. l. nemo. 82. & 87. de verb. oblig. quæ autè ab initio inutilis fuit stipulatio, ex post facto cõualescere nõ potest. † Sed si hominem in genere stipulatus sim, aliud ibidem Marcellus probat, vt etiam vnum ex iis qui stipulationis tempore mihi serviebant dando promissor liberetur. Tum subiicit, vt quidam ipsa & hic ex iis dari stipulatus est, qui eius non erant. quorum verborum sententia illa esse videtur, effectu quidem ipso hoc quoque casu stipulatore de iis sensisse videri qui sui non erant, quoniã ex suis neminem stipulari potuit. At quia generalibus verbis stipulatio cõcepta est, vt eam ab initio inutilem fuisse dici non possit, fieri vt promissor omnes solvere possit qui solutionis tempore

pore stipulatoris non sint, licet stipulationis tempore eiusdem fuerit, vt quamvis in obligatione esse non potuerint, tamen in solutione esse possint. † Quod cum Marcellus aperte scribat, eorum sententia probanda non est, qui putant legendum esse vnum per interrogationem, non vnum, existimantes Marcellum concludere hoc quoque casu hominem qui stipulationis tempore stipulatoris fuit, quemadmodum in obligatione, ita in solutione esse non posse. Nam & idem Marcellus scripsit, si quis duos homines promiserit, & Stichum soluerit, posse eum eiusdem Stichum dominium postea consecutum dando liberari, in l. si quis duos. 67. eod. iur. & tamè negari nõ potest quin is qui duos homines stipulatus est, de iis vi ipsa senserit qui stipulationis tempore sui non erant, quemadmodum & is qui hominem in genere stipulatus est. Nec rursus dici potest quicquam interesse an stipulationis tempore Stichus stipulatoris fuerit, an ante solutionem eiusdem factus sit, cum stipulatione rei promissæ dominium nacto, peræquè inutilis stipulatio fiat, ac si stipulationis tempore ea res stipulatoris fuisset. l. nemo. 87. d. l. si Stichum. 16. dicit. l. inter. 83. §. si rem. de verb. oblig. Sed & si ita stipulatus sim, hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes? cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquis iam meus esset, idem Marcellus scripsit mortuis quidem duobus, qui alterius erant, nullam obligationem superesse: sed si ante eorum mortè is qui meus fuit meus esse desierit, hæcenus confirmari, & valere stipulationem, vt hic qui superest peti possit. d. §. Stichum in fi. Ex quo apparet Marcelli sententiam illam fuisse, vt hominis stipulatione generaliter concepta, is quoque servus solui possit qui ab initio aut ante solutionem stipulatoris fuit, si solutionis tempore alienus fuerit. Neque enim distinguendum arbitror, quod quidam distinguunt, an stipulationi modum aliquè, an nullum stipulator adiciat, cum id efficere non possit, vt in eo homine qui stipulatoris fuit stipulatio consistat, ac proinde utroque casu stipulator vi ipsa de iis sensisse videatur qui stipulationis tempore ipsius non erant. Ita enim semper in dubio interpretari debemus, vt stipulatio valeat: potius quam pereat. 6 l. quoties. 80. de verb. oblig. † Hæc quamquam ita sunt, & ex Marcelli sententia verissimè dicuntur, Papinianus tamen in l. Mucianus. 66. §. duorum. de leg. 2. aliud existimasse videtur, vt in eo homine qui legatarij aut stipulatoris aliquando fuit, licet postea alienatus sit, nec legatum nec stipulatio constet. Cuius sententiæ rationem illam reddit, quòd hominis legatum orationis compendio singulos homines continet, vt quemadmodum ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerint, ita frustra solvatur is cuius dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit. Eademque inquit, ratio stipulationis est. Certè eadem stipulationi ratio convenit. Nã, vt initio diximus, quemadmodum legatum, ita stipulatio eius rei non valet quæ ad legatarium, aut stipulatorem pertinet: & quemadmodum legatum, sic stipulatio hominis orationis compendio singulos homines continet. Rursus, quæ ratio Marcelli movisse videtur vt existimaret ex hominis stipulatione etiam eum solui posse qui antea stipulatoris fuit, si modò solutionis tempore alienus fuerit, in legato quoque locum habet: quoniam cum stipulationis, aut legati verba generalia sunt, stipulator aut legatarius agens, probè recusare non potest, quominus eum accipiat, qui appellatione hominis continetur, & cuius præstationem solutionis tempore nihil impedit. Quòd

si obiiciat, stipulationis tempore obligationem in eo constitui non potuisse, in promptu contradictio erit, stipulationem generaliter de homine non de hoc aut illo conceptam esse, novum autem non esse vt non expressum non noceat, quod expressum noceret. l. nonnunquam 56. de cond. & demonstr. l. si ita. 65. §. iis si volet. de leg. 3. Atque ita ego, si solius Papiniani autoritas solius Marcelli auctoritatem non vinceat, pro Marcello aduersus Papinianum disputarem. Eos enim in questione ista dissentisse negari non potest, quicquid Accursius, & ceteri causentur, neque dissensionis tollendæ gratia admittendum est quod ex recentioribus quidam vir clarissimus, & Interconsultus elegantissimus tentavit, interpretis esse non Papiniani verba illa, eademque stipulationis ratio est, quæ nos probavimus, etiam si à Papiniano prætermissa essent, tamen ex eiusdem ratione prolixius intelligi debere: nec sanè hac parte inter stipulationem, & legatum dissimilitudinis rationem aliquam præbibilem excogitari posse arbitror.

CAPVT XVI.

Ad §. vltim. l. 4. D. de condit. instit. de ratione introducenda cautionis Mucianæ.

SVMARIA.

- 1 Cur ita institutus, si servum non alienaverit, quum solus heres scriptus est, sub impossibili conditione institutus videatur?
- 2 Sub impossibili conditione scriptum videri maritum ita ab uxore institutum, si dotem nec petierit nec exegerit.
- 3 Cur in specie d. §. vlt. legitimis heredibus quorum interest, non caueatur, coheredi verò, cuius longè minus interest, caueatur?
- 4 Vera ratio ab authore affertur.
- 5 Differentia inter conditiones quæ in faciendo & eas quæ in non faciendo consistunt.
- 6 Cur in specie d. §. vlt. Mutiana cautio locum non habeat?
- 7 Ratio cur in ultimis duntaxat voluntatibus, non etiam in contractibus cautio Mutiana introducta sit?
- 8 In donationibus causa mortis Mutiana locum non esse.

Vix quicquam adhuc rationem reperire potuit eius quòd ex Iuliano Vlpianus scribit in l. 4. §. vlt. de condition. instit. eum qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit cauentem coheredi implere conditionem: at si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione institutum videri. Cum enim is cui sub conditione non faciendi aliquid hereditas relicta est, ei cauere debeat Mutiana cautio, ad quem iure civili deficiente conditione hereditas pertinere potest. l. is cui. 18. D. de cond. & demonstr. eaque cautio pro conditionis implemento habeatur. l. Muciana. 7. princip. D. eod. videbatur in proposito casu conditionem sic commodè impleri posse, si legitimis heredibus ab intestato venientibus huiusmodi cautio præstaretur. Nam si quis dicat cautioni locum non esse, quòd hæc conditio vivo herede, scilicet serui morte impleri possit. l. cum tale. 72. §. Titius. l. hoc genus. 106. eod. facile refelleretur ex eo quòd coherede dato cautioni locum esse Iulianus putabat, quo tamen casu obiici etiam potest cautionis Mucianæ utilitatem nullam esse in iis conditionibus, quæ alterius, quam cui iniunctæ sunt morte impleri possunt. Sed hoc ad rem non pertinet nisi conditiones ad mortem alterius respiciant: quòd hic non cõtingit, vt ex recentioribus nonnulli erudi-

etiam si quid ab ipsis petatur quod ad proprietatis potius, quam superficiem vel usufructus causam pertinet. Prioris generis est cautio iis praestanda: posterioris illa, quae ab ipsis praestari debet. † De pignoratitio creditore & eo qui bona fide à non domino rem emit, dubitatio maior est, an iure sibi de damno infecto caueri postulent. Quamquam enim Vlpianus in *d. §. superficiarium*, aperte scribit, ei qui à non domino bona fide emit, ex Marcelli sententia cauendum non esse, iniquum tamen videtur nullo remedio subueniri ei cui nihil imputari possit. arg. *d. l. si finita. §. Iulianus scribit. eod.* & cuius in omni ferè iuris parte eadem quae domini ratio est, in eo praesertim quod iam diximus, ut quemadmodum dominus, ita hic satisfacere non debeat, sed tantum repromittere, *d. l. 7. & 13. eod. tit.* Auger etiam dubitationem, quod in *l. quid de creditore. xi. eod.* Vlpianus aduersus Marcelli sententiam scribit æquissimum se putare ut creditori pignoratitio caueatur, & per stipulationem succurratur: quem tamen constat ex contrario deterioris conditionis esse quam bonae fidei emptorem, in eo ut cum hic repromittere duntaxat, ille tamen satisfacere debeat. Quibus rationibus motus *Accursus* dixit, Marcelli sententiam in *d. §. superficiarium*, de iuris rigore defendi posse, sed de æquitate, ut ipse loquitur, aliud probandum esse, ut ei quoque qui à non domino bona fide emit, quemadmodum pignoratitio creditore caueatur. † Eam tamen inter hos differentiam esse, quod creditore cauendum est, licet pignoris possessionem nactus sit, quia ex nudo pacto actionem hypothecariam habeat: emptori verò non aliter quam si rei bona fide emptae possessionem nactus sit: atque ita intelligendum esse Vlpianum in *d. l. qui de creditore*, ubi inter pignoratitium creditorem & bonae fidei emptorem differentiam manifestam constituit. Sed cum de eo creditore loquatur, qui pignus iam accepit, nec minus emptio consensu solo contrahatur quam hypotheca, apparet distinctionem hanc *Accursus*, nec Vlpiani verbis, nec iuris rationi conuenire. Generaliter enim de bonae fidei emptore Vlpianus loquitur, nec distinguit an ei tradita possessio sit, necne. At neque villo iuris loco scriptum est, bonae fidei emptori cauendum esse, ut proinde temerarium fortasse videri possit quod *Accursus* Marcelli sententiam de æquitate falsam esse ait: & id supplet, quod Vlpianus suppleendum non putauit. † Ego verò mihi persuadere non possum, creditore pignoratitio vititer caueri, & bonae fidei emptori non caueri: potius huic cauendum, illi non cauendum esse existimo. Alio namque remedio creditore succurri potest, ut scilicet debitori denunciaret vicinas eades ruinam minari: quo facto si post interpositam cautionem damnum datum sit, quod eo nomine praestabitur, creditore in pignus cederet: si verò debitor admonitus cautionem non postulabit, equum erit creditore actionem de dolo accommodari si damno dato pignus in eam causam peruenerit ut ex eo debitum amplius seruari non possit. At bonae fidei emptori neque hoc neque alio villo modo consuli potest, quem tamen iniquissimum sit periclitari & eam rem amittere cuius dominium longo vsu capere possit. Sed & Vlpianus in *d. l. quid de creditore*, iis verbis, *nam nec in huius persona committi stipulationem*, ostendit manifestè quod volumus, maiorem esse rationem ut bonae fidei emptori, quam creditore caueatur, in eoque duram fuisse Marcelli sententiam, quod in utroque ius idem constituat, & stipulationem, nec in huius (id est bonae fidei emptoris) perso-

na committi existimabat. Cui consequenter dicendum est, quod apud Vlpianum sequitur, æquissimum esse ut huic succurratur, sic accipi debere ut Marcelli sententia in altero duntaxat vera sit, & in altero iniqua. Vera in pignoratitio creditore, iniqua in bonae fidei emptore, quem proculdubio Vlpianus intelligit, cum ait, *huic succurrendum esse*. De illo enim proximè locutus fuerat, ut dubitandum non sit ea quae sequuntur, *id est creditori, per stipulationem*, interpretis esse, non Vlpiani. Quod enim Vlpianus dixerat, *huic*, subtilis interpres interpretatus est, *id est creditori*, tum illud, *prospiciendum*, ita, *per stipulationem*: ex quo postea factum est ut in textum illa omnia irrepserint, *id est creditori per stipulationem*, quae manifestum est superioribus parum aptè coniungi, ac potius ita in textum inferri debuisse, *huic, id est creditori prospiciendum per stipulationem*. † Interpretem fefellit quod in *d. l. 13. §. superficiarium*. Vlpianus ait bonae fidei emptorem inutiliter de damno infecto stipulari. Nec animaduertit Vlpianum eo loco Marcelli sententiam referre duntaxat, non etiam probare, quam & refert & improbat in *d. l. quid de creditore*. Id verò non esse nouum, supra ostendimus cap. 8. † Similem errorem obseruauit in *l. Aristo. 28. D. de acquir. hered.* in cuius fine verba illa, *deliberanti de aduenda hereditate*, puto addita esse textui ex glossa interpretis explicantis dictionem *heredi*, in textu positam. ut facile est ex totius legis contextu & lectione animaduertere. Nisi quis malit dicere transposita esse, & in textu post dictionem *heredi* reponenda. Vtrumque enim probabile: alterutrum verò prorsus necessarium esse videtur. Sed posterior hæc interpretis additio recta est, ut ipse titulus ostendit, & *l. Aristo. 5. D. de iur. deliber.* Prior verò, de qua hoc capite diximus, tam falsa est meo iudicio, quam magni momenti.

CAPVT XVIII.

Interdicta quaedam esse duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis.

SUMMARIUM.

- 1 Interdictorum diuisio in simplicia & duplicia.
- 2 Duplicia interdicta non tantum esse retinendae possessionis, sed etiam adipiscendae & recuperandae?
- 3 Perperam à Cuiacio sublata esse verba *ultima l. 2. §. de interd.*
- 4 Quo sensu interdicta duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis esse dicantur?
- 5 Cur Iustinianus exhibitoria & restitutoria interdicta duplicia esse neget?

Inter multas interdictorum diuisiones, & differentias, una illa est, ut quaedam simplicia sint, quaedam duplicia. *l. 2. in princ. D. de interd.* Simplicia sunt, in quibus actor à reo distinguitur, nec uterque eorum inter quos interdictum redditur actoris & rei munere fungitur. Duplicia verò, in quibus ex contrario quis actor reusve sit discerni non potest, & par vtriusque litigatoris conditio est. *§. tertia. Inst. eo. ubi additur simplicia esse omnia quae aut restitutoria, aut exhibitoria sunt.* Duplicia autem prohibitoria duntaxat: nec ea quidem omnia, sed quaedam duntaxat, ut interdictum *uti possidetis*, & *ut rubi*, quae retinendae possessionis interdicta sunt, *d. l. 2. in princ. §. retinenda. Inst. eod.* Nam, ut Vlpianus ait in *l. 1. §. 1. De utrius possid. interdictum uti possidetis*, prohibitorium est ad retinendam possessionem. Hinc porro intelligimus dupli-

duplicia interdicta paucissima esse, simplicia verò longè plura, ac ferè omnia. Cum enim interdictorum quaedam sint restitutoria, quaedam exhibitoria, alia prohibitoria, Iustinianus supradicto loco innuere videtur, restitutoria, & exhibitoria omnia simplicia esse, itemque prohibitoria, nisi quae sunt retinendae possessionis, ut illa *uti possidetis*, & *ut rubi*. Sed non ita intelligi Iustinianus debet. Paulus namque in *d. l. 2. de interd.* ex qua is Institutionum locus sumptus est, quamquam initio ait simplicia esse interdicta exhibitoria, & restitutoria, itemque prohibitoria, praeterquam retinendae possessionis, tamen in fine legis subiicit esse etiam interdicta quaedam duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis. † Quorum verborum sensus ille est, Duplicia esse interdicta, non tantum quae ad retinendam possessionem pertinent, sed etiam quae ad recuperandam aut adipiscendam, scilicet quae sunt huiusmodi ut in iis par vtriusque litigatoris conditio sit. Exemplum autem interdicti duplicis quod adipiscendae possessionis gratia proponatur, sumi potest ex Saluiano interdicto. Etenim si colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut vtrique domino in solidum obligatae essent, constat non tantum ipsis duobus dominis aduersus extraneum, sed etiam inter ipsos Saluianum interdictum reddi posse, *l. 1. §. 1. D. de Saluan. interd.* quo posteriore casu vtrumque actorem & reum esse necesse est, priusquam iudicetur vtrius conditio melior esse debeat, cum sibi vterque idem ius adferat, & vindicet. Idemque de interdicto *Quorum bonorum* dici potest si duobus eiusdem hereditatis bonorumve possessio data esse proponatur: quo etiam casu cum ab initio dici non possit quis actor aut reus esse debeat, duplex interdictum reddi necesse est. Rursus recuperandae possessionis interdicta *Vnde vi*, & *De vi armata*, duplicia esse possunt, licet restitutoria sint. Fortè si me adium aut fundi possessorem tu vi deieceris, ego autem ex continenti te quoque vi deieceris, ut in *l. 3. §. eum igitur. de vi & vi armata*. Nam si tu aduersus me interdictum impetraueris, & ego aduersus te, quod vterque nostrum se vi deiectum esse dicat, non potest apparere quis actor, aut quis reus sit, prius quam constet quomodo, & cui vis facta sit. † Verum igitur est quod Paulus scripsit in *d. l. 2. §. ult. de interd.* Sunt etiam (ita enim & rectius in plerisque editionibus legitur) *interdicta ut diximus, duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis*. Nec ratio vlla est cur postrema hæc verba vel reiciantur in legem proximè sequentem, vel tanquam spuria tollantur, ut ex recentioribus vir doctissimus *Iacobus Cuiacius* auctor est. Quae illud sanè fefellit, quod Pauli sententiam illam esse putat, ut interdicta quaedam sint quae ideò duplicia dicantur, quod sint adipiscendae, & recuperandae simul possessionis. Hoc verò nimis euidenter absurdum, & ridiculum est. Neque defendi potest exemplo quod adfert *Accursus* eadem interpretatione deceptus. Nam interdictum *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, licet prohibitorium, & restitutorium sit, tamen ad recuperandam & adipiscendam simul possessionem non pertinet. Ergo illorum verborum ex nostra interpretatione sensus ille magis probandus est, ut interdicta duplicia non tantum sint retinendae possessionis, de quibus initio legis Paulus dixerat, sed etiam adipiscendae, & recuperandae. † Duplicia, inquam, non quod sint adipiscendae, & recuperandae simul possessionis (quod fieri nullo modo potest) sed quia siue sint adipiscendae tantum, siue re-

cuperandae tantum, non appareat quis actor in iis, aut quis reus dici possit. Ac sanè sublatis illis verbis, *tam recuperandae quam adipiscendae possessionis*, manca & inutiliter adiecta videbuntur quae remanebunt, *sunt etiam interdicta ut diximus duplicia*, nec commodè explicari poterunt. Elegans tamen dubitatio est, Cur tam in *d. l. 2. in princ.* quam apud Iustinianum, cum de interdictis duplicibus agitur, exempla sumantur ex interdictis retinendae possessionis scilicet, *uti possidetis*, & *ut rubi*, non etiam ex aliis quae adipiscendae aut recuperandae possessionis gratia dicuntur. † Ac rursus, Cur Iustinianus supradicto loco exhibitoria & restitutoria interdicta duplicia esse neget, quae tamen nos duplicia esse posse ostendimus. Nam interdicta *Vnde vi*, & *De vi armata*, quae sola sunt recuperandae possessionis, restitutoria non prohibitoria sunt. Et puto commodè responderi posse, Interdicta retinendae possessionis, quae prohibitoria sunt, magis proprie duplicia dici, quod simplicia esse nequeant: & ipsis edicti verbis ita proponantur, ut non appareat pro quo aduersus quem proponantur, sed vtrique ex litigatoribus pari conditione promittantur. Quod in aliis omnibus tam restitutoriis quam exhibitoriis, & prohibitoriis, itemque tam adipiscendae quam recuperandae possessionis diuersum est, ut longiore singulorum commemoratione intelligi facile potest. Caetera igitur ex sui natura, & origine omnia simplicia sunt: Possunt tamen etiam duplicia esse, si quando talis casus contingat, ut in reddendo interdicto reus ab actore discerni non possit. At quae retinendae possessionis interdicta sunt, sui natura, & origine sunt duplicia, adeò ut vix simplicia esse possint.

CAPVT XIX.

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

SUMMARIUM.

- 1 Donationes lege Cincia quantum fieri potuit coangustatas fuisse.
- 2 Vera questio & species *d. l. Lucius*.
- 3 Ratio emendationis & responsi *Scauola* in *d. l. Lucius*.

Non possum probare, aut intelligere, quam rationem habeat, quod *Scauola* respondit in *l. Lucius. 32. ff. de don.* in facta donatione, *Hospitio illo, quamdiu volueris ut aris superioribus dieis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola nouum tibi facio*, donatoris heredes voluntatem mutare posse. Cum enim donatum sit quamdiu donatione uti donatarius voluerit, non quamdiu donatori placuerit, apparet manifestè id actum esse ut viuentis & volente donatario ne quidem à donatoris heredibus donatio reuocari possit. † Nec est quod quis obiiciat legis Cinciae potestate coangustatas quantum fieri potuit donationes ut strictissime accipiantur, & in dubio sic, ut contra donatarium interpretatio fiat. Quantumuis enim strictè donationem hæc accipias, tamen efficere non poteris ut quod disertè actum & donatum est non praestetur, nisi dicas lege Cincia prohibitam eam fuisse, quod tamen verum non esse ex eo intelligimus quod *Scauola* non obsecrè innuit ab ipso donatore reuocari illam non posse. Plane si simpliciter facta esse proponatur non adiectis illis verbis, *quamdiu volueris*, fatebor ex legis Cinciae potestate si voles sic eam accipi debere ut donatoris morte reuocetur, si ipse heredes voluntatem ma-

tent. Non tamen hanc dubitandi rationem fuisse arbitror ad *l. Aquilius. 27. D. eod.* in cuius specie si donatio mera esset, dubitari non oporteret quin non solum ab Aquilij Reguli heredibus reuocari posset: sed etiam ab ipso Regulo, quod facta esset ab eo iuvene, id est, ut interpretor, minore, licet aliis iuuenis appellatio alium sensum & significationem habeat. *l. non aliter. 59. §. vltim. D. de legat. 3.* At donatione sic concepta, *Dono tibi quamdiu volueris*, nulla ratio est ut durante donatarij voluntate donatio reuocetur. † Quare probabilius est apud Scauolam de alio quæri, & aliam speciem tractari, de illo scilicet, qui donationis finem non in donatarij voluntatem contulerat, sed in potestate sua retinuerat, ut pro eo quod vulgo legitur, *quamdiu volueris*, legamus *quamdiu voluerim*: quo casu quamuis me quandoque volente reuocari donatio possit, tamen mortuo me in eadem voluntate videbatur hæredes meos voluntate mutare non posse, quasi mea morte irreuocabilis facta sit donatio cuius reuocandæ potestas ex arbitrio meo & voluntate pendebat. Quo enim instanti morior, certum esse incipit me amplius voluntatem mutare non posse. Sed Scauola ad donatoris mentem respiciens, ipse hæredes voluntate mutare posse respondit, quod ex modo illo donationi adiecto *quamdiu voluerim*, apparet manifestè id actum esse donationis tempore, ut ex donatarij voluntate donationis reuocatio non penderet. Secundum quod eam sic interpretamur, ut quod sibi donator excepit, suis quoque hæredibus excepisse intelligatur, arg. *l. si pactum. 9. ff. de probat.* Atque † hanc quam restituimus veterum lectionem fuisse, conici facile potest ex glossa *Accursij*, qui in proposita specie responsum Scauolæ eam rationem habere putat quod ab ipso quoque donatore si viueret donatio reuocari posset: quod nec verum esset, nec verisimile ab *Accursio* dictum, si donatio in donatarij voluntatem collata esse proponeretur. Nam & illi ipsi qui legis Cincie potestatem tantam fuisse aiunt, quanta profectò non fuit, fatentur donationem sic factam, *Dono tibi quamdiu volueris*, ab ipso donatore reuocari non posse. Cum vero donationis reuocandæ facultatem sibi testator reseruauit, veram est quod *Accursius* ait eum donationem reuocare posse: & rectissima ratio est ut donatoris hæredibus permittatur id quod ipsi donatario permitteretur. Sed & idem *Accursius* ad *l. Aquilius*, scripsit donationem, de qua agitur in *l. Lucius*, esse precariam. At precaria non est si donem tibi *quamdiu volueris*, sed si donem *quamdiu voluerim. l. 1. D. de precar.* Erroris autem causa illa proculdubio fuit, quod in plerisque veteribus libris litera *m* scribitur hac nota *z*, quæ non multum distat à litera *s*. Vnde & in *l. Titia. 62. in fi. D. de iure dot.* manifesto errore scriptum est, *datius pro datum*. Denique vnus literæ in alteram mutatio facillima fuit, & in libris omnibus frequentissimè occurrit.

CAPVT XX.

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

SUMMARI.

- 1 Cur adulterij crimen ab aliis criminibus sanguinis pœnam ingerentibus in *d. l. distinguatur?*
2 Iure veterè relegationis tantum pœnam adulteris suis-

- 3 se irrogatam.
3 De crimine adulterij tam accusatorem quam reum transigere posse.
4 Reijciuntur varia emendationes *d. l. transigere*, ab Interpretibus propositæ.
5 Rationem reddi non posse cur posterioribus Imperatorum constitutionibus de crimine adulterij transigere non liceat.
6 Verba illa, citra falsi accusationem quid significent in *d. l. transigere*.
7 Corruptam esse sententiam *l. si mulier. 4. ad S. C. Turpill.*
8 De causa falsi non de crimine falsi licere transigere.
9 De criminibus sanguinis pœnam ingerentibus nec transigere nec pacisci licere.

NVlla in Codice lex, quæ obscuriorem tractatū habeat quàm *l. transigere. 18. C. de transact.* in cuius interpretatione de duobus præcipuè quæri solet. Primum, Cur ex priorè regula, qua continetur, De criminibus capitalibus sanguinis pœnam ingerentibus transigere & pacisci licere, adulterij crimè excipiat, & hac parte à cæteris distinguatur. Deinde, An ex posteriorè regula, quæ habet De criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non licere, falsi erimen excipiat, iis verbis, *citra falsi accusationem*. † Ac quidè, quod ad priorè dubitationem pertinet, nulla videtur ratio reddi posse, cur adulterij crimè à cæteris separaret, aut iure veterè, aut nouo. Et si enim iure veterè de crimine adulterij transigere & pacisci non licebat, quin actor in Senatusconsulti Turpilliani pœnam incideret, *l. de crimine. 10. C. ad l. Iul. de adult.* non tamen in eo à reliquis differerebat, quoniam iuris veteris regula illa erat, de criminibus capitalibus, sanguinis pœnâ nõ ingerentibus transigere & pacisci non licere citra falsi accusationem, ut apparet ex posteriorè parte *l. transigere*. † Iure autè veterè, hoc est ante Constantis, & Constantij tempora obtinebat ut adulterij crimè sanguinis pœnam non irrogaret, at ne quidem deportationis, sed tantum relegationis, ut recentiores omnes communiter sentiunt, & rectissime probant, tum ex *l. si quis viduam. 5. D. de quest.* in qua adulterium cum incestu coniunctum deportatione duntaxat coercetur: tum ex infinitis aliis Iuris locis adeo que ipsis verbis legis Iulæ, quibus adulterij damnata mulier testis esse prohibetur, & qui adulterij damnatam uxorem ducit, coercetur. Neque dubitant, quin Triboniani sint verba illa, *si quocunque modo capit alem pœnam euaserit in l. castitati. 9. C. ad leg. Iul. de adult.* quemadmodum & quod in *Institur.* scriptum est *tit. de public. iudic.* lege Iulia de adulteriis temeratores alienarum nuptiarum gladio puniri: neque ego de illo amplius dubitari posse arbitror. † Nouo autem iure postquam adulterij crimè capitale factum est, ut sanguinis pœnam ingerat, nihil etiam dici potest cur non de adulterio, ut de aliis omnibus criminibus sanguinis pœnam ingerentibus, transigere, & pacisci concedatur, ex perpetua & elegantia ratione *l. 1. de bon. eorum qui sibi mortem conscuer.* quod honesta sit quælibet ratio redimendi sanguinis. Quamquam enim ratio hæc reorum magis propria est, tamen ad accusatores quoque accommodatur, quos subscriptionis necessitas adstringit, dicit *l. quamuis in fine.* cuius vis illa est, ut pœnæ talionis subiiciantur: & frustra reis permitteretur, sanguinem suum redimere, si accusatores de iisdem crimi-

criminibus transigere vel pacisci prohiberentur. Idque manifestè probat *l. transigere*, quæ etsi de accusatore loquitur, non de reo (ut apparet ex eo quod in falsi, id est Senatusconsulti Turpilliani accusationem actores incidunt non rei, & is propriè transigere & pacisci dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit, non is cui remittitur, *l. 1. D. de transact.*) in priorè tamen parte ait, De criminibus sanguinis pœnam ingerentibus transigere & pacisci licere, quod proculdubio sic accipiendum est, ut accusatores de iis transigentes, aut paciscentes in S. C. Turpillianum non incidant, ne si iis metus Senatusconsulti libera transigendi & paciscendi potestas auferatur, nulla reis miseris redimendi sanguinis spes aut ratio superfit. Et quemadmodum par delictū est accusatoris præuicatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem, ut ait *d. l. de crimine.* ita par vtrique danda est licentia, & quod vni conceditur, alteri quoque concedendum. Hæc cum ita sint, apparet manifestè in *l. transigere*, verba illa, *excepto adulterio*, non esse Imp. Dioclet. & Maximiani, quorum temporibus crimè adulterij pœnam sanguinis non irrogabat, ut diximus, cum priorè regula *l. transigere*, sit de criminibus sanguinis pœnam ingerentibus, ut ex posteriorè apparet, in illis verbis, *de aliis vero criminibus que sanguinis pœnam non ingerunt.* Exceptio autem, ut dici solet, de regula esse debet: in quo deceptus vir quidam doctissimus, & magni inter temporum nostrorū Iureconsultos nominis, legem *transigere*, sic emendauit, transpositis detractisque negationibus, ut perelegantem ipsius sententiam omnino perturbauerit. Alij, ut nihil immutarent, scripserunt verba illa, *excepto adulterio*, Triboniani esse respicientis ad posteriorum Imp. Constitutiones, quibus crimè adulterij capitale factum est, ex eorum numero quæ sanguinis pœnam irrogant. Eo tamen ex iure veterè retento, ut de illo transigere, & pacisci nõ liceat, quemadmodum olim non licebat, quoniam hac parte iuri veteri expressè derogatum non sit, sed in illo duntaxat ut sanguinis pœnam ingerat, quod olim non ingerebat. At ex iis quæ supra diximus horū quoque sententia apertissime refellitur. Nam cum ex iuris ratione sic comparatum sit, ut de criminibus sanguinis pœnam ingerentibus transigere liceat, dubitandum non est, quin permittitur intelligatur transactio pactumque de crimine adulterij, ea ipsa constitutione qua id crimè capitale factum est. Ob idque Constantinus in *d. l. quamuis. C. de adult.* cuius temporibus ex Constantis, & Constantij constitutione crimè adulterij pœnam sanguinis iam irrogabat, iis personis quibus adulterij accusatio permittitur, legem imponit ut crimè abolitione, si voluerint, compescant, quasi ei iuri, quod antea obtinuerat, *l. abolitionem. 16. C. eo.* derogatum esset priorum Imp. Constitutionibus, quibus aliud constitutum non fuerat, quàm ut capitale esset crimè adulterij, quod prius capitale non erat. Neque tamen ex ea Constantini lege rectè, meo iudicio, quis inferat, Tribonianum in *l. transigere*, verba illa *excepto adulterio*, addidisse, qui si aliquid addere voluisset, raptus potius quàm adulterij crimè excepisset. Nam & Diocletiani temporibus crimè raptus pœnam sanguinis ingerebat, ut constat ex *l. qui coetu. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* & extat Iustiniani Constitutio in *l. vnic. C. de rap. virg.* qua expressè sancitum est, ut de eo crimine non solum transigere & pacisci non liceat, sed etiam criminis vindictam per dissimulationem negligere non possit is ad quem criminis

delatio & persecutio pertinet. Ergo verisimilius est addita esse verba illa, *excepto adulterio*, ab imperito interprete, ad id respiciente quod crimè adulterij sanguinis pœnam ingerit, neque tamen de eo transigere aut pacisci licet: nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus quorum ea lex est, exceptionem hanc adiici non potuisse: hodie verò non tantum adulterij, sed etiam raptus crimè excipiendum esse: idque ex posteriorum Imp. Constitutionibus potius, quàm quod in his criminibus propter aliquid sit, propter quod in iis ius diuersum ab aliis constitui debuerit. † Quod qui intelligit, nunquam in quærenda dissimilitudinis ratione laborabit, quæ licet ab omnibus quæsitæ, nondum tamè, quod sciam, ab aliquo inueta est. Quis enim illam probet, quod transactio & pactio de crimine adulterij sine lenocinij suspitione fieri non possit cum certum sit lege Iulia de adulteriis non teneri maritum qui gratis iniuriam suam remittit, *l. mariti. 29. §. plebiscitum. D. de adult.* qui vtrique teneretur si in lenocinij suspitionem incurreret, quemadmodum tenetur is qui pro comperto stupro pecuniam accepit, *d. §. plebiscitum. De quo Iureconsultus loquitur in l. 2. §. 2. eo.* quem verisimile est ab initio stuprum aut adulterium passum fuisse, ut postea pecuniam acciperet. Et qui dotis commodum vindictæ domus suæ præponere nõ erubescit, ut Papinianus ait in *l. miles. 11. §. socer. eod.* Manifesta quoque est lenocinij suspicio, cum alicuius ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir fornicauit in adulterio deprehensi pecunia, aliæque quæ pactione se redimerent, *l. is cuius. 14. eod.* Sed si dolus nullus adsit, nec pecunia, lenocinij suspicio cessat, neque ideo minus de adulterio pacisci prohibitum est, dicit *l. de crimine.* Quæ ab aliis ratio affertur, ut de crimine adulterij transigere, & pacisci non liceat, quia de adulterio accusare possint coniunctæ duntaxat personæ, quibus concedendum non est ut priuata commoda honori suo præferant, recta etiam, & propria non est. Nam & ante Constantini constitutionem in *l. quamuis*, adulterij accusatio publica erat, & cuius de populo competebar, neque tamen de ea transactio, aut pactum fieri poterat. Et marito, patrique, licet coniunctis personis, semper concessum fuit propriam iniuriam gratis remittere, *d. §. plebiscitum in fin.* Vera igitur ratio, Cur olim de crimine adulterij transigere & pacisci non liceret, alia quærenda non est, quàm quæ ex *d. l. de crimine*, satis apertè colligitur, quod præuicator sit is qui de crimine non capitali paciscitur, vel transigit. Quod si quis quærat, Cur ergo capitali factò crimine adulterij de illo transigere & pacisci non liceat, cum præuicator non sit qui de crimine sanguinis pœnam ingerente transigit, aut paciscitur, Respondebo frustra rationem quæri eius quod contra certissimam iuris veteris rationem à posterioribus Imperatoribus constitutum est, apud quos est pro ratione voluntas. Quamquam quod in crimine raptus à Constantino primum inductum, deinde à Iustiniano auctum, & confirmatum est, rationem aliquam habere videtur propter atrocitatem delicti, quod, ut Iustinianus ait, præter homicidium grauius quiddam adnexum habet. Sed in adulterio nec delicti atrocitas tanta est, nec reddi ratio alia potest, propter quàm reo permittendum non sit sanguinem suum quibus facere potest modis redimere. Sequitur iam ut de posteriorè regula *l. transigere*, videamus. † Est autem huiusmodi, De criminibus capitalibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non li-

cere, *citra falsi accusationem*, in quibus posterioribus verbis maxima quoque dubitatio incurrit, an falsi crimen ex regula excipiatur, quasi de eo transigere liceat, an potius is eorum verborum sensus sit, ut qui de crimine non capitali, id est, sanguinis pœnam non ingerente transigit, in Senatusconsulti Turpilliani accusationem incidat. Quæ posterior interpretatio recentioribus plerisque magis probata, mihi prorsus necessaria esse videtur. Nam præter id quod Latini sermonis ratio vix patitur ut *citra falsi accusationem* dicamus, pro *excepta falsi accusatione*, illud etiam verum non est, de crimine falsi transigere licere: cum neque dissimulationis ratio reddi possit, neque dubitandum sit in S. C. Turpillianum incidere eum qui de crimine falsi transigit: sicut in cæteris criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus contingit. Idque euidenter meo iudicio probat *l. que sit. 5. D. ad S. C. Turpill.* in qua quod dicitur eum qui libello Principi dato falsum se obiecturum minatus est, si non obiecerit Turpilliano Senatusconsulto non teneri, innuit satis aliud probandum esse in eo, qui crimen falsi obiecit, & denunciasset. Quod apertius intelligitur ex *l. 1. §. accusationem. vers. atquin Papinianus. eod.* ubi Vlpianus ex Papiniani sententia scribit mulierem quæ idcirco ad falsi accusationem nõ admittitur, quod suam suorumve iniuriam non persequatur, Senatusconsulto Turpilliano non plecti, ut intelligamus mulierem quæ ad falsi accusationem idem admittitur, quod suam, suorumve iniuriam persequatur, si desistat Senatusconsulto teneri, *l. si femina. 5. C. eo. Ex ¶ qua, iuncto §. accusationem*, apparet, ut hoc quoque notemus, corruptam esse Papiniani sententiam in *l. mulier. 4. D. eod.* in qua proponitur mulierem, quæ falsi crimen iniuriæ propriæ post interpositam denunciationem desistens omisit, Senatusconsulto non teneri, at potius legendum esse, *non iniuriæ propriæ*, si Vlpiano credimus Papiniani sententiam referenti in *d. versicul. atquin Papinianus*, & si verum putamus, quod certi iuris esse ait *d. l. si femina*, quam *Accusatus cum dicta l. mulier*: conciliare non potest: Absurda enim est Ioannis distinctio, quam probat, an mulier pacto an citra pactum ab accusatione desisterit, cum in Senatusconsulti interpretatione Paulus moneat nihil interesse an ita quis ab accusatione desistat, ut cum aduersario de compositione criminis loquatur, an ita ut affectum & animum accusandi deponat, sed sufficiat eum non peragere reum quem accusauerat, *l. ab accusatione. 6. eod.* Cæteri verò conciliationis modi ab *Accusato* relati nec ipsi *Accusato* probantur, nec ipsi malo interpreti pro-

bari possunt. Ergo de crimine falsi transigere non licet citra Senatusconsulti Turpilliani accusationem: quod si ita est, falsi crimen ex generali regula excipi non debet. Neque iis locis quibus super falso transactum esse legimus, de falsi crimine transactum esse intelligere debemus, sed de causa falsi, quæ iam ciuilliter intentari, & exerceri potest, *l. de fide. 16. cum seq. C. ad legem. Cornel. de fals.* in quo reprehendendi sunt qui scribunt se non intelligere quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit quàm de falso instrumento transigere. Longè enim differentia sunt transigere de falso instrumento, & de crimine falsi transigere. Aut si hæc differentia non sunt, ego planè non intelligo quid illud sit quod scriptum est in *d. l. de fide. ei qui de fide instrumenti quærat duplicem litigandi viam tributam esse*, per accusationem & per priuatam disceptationem. Ex eo porro quod volumus in *l. transigere*. verba illa, *citra falsi accusationem*, de Senatusconsulti Turpilliani accusatione intelligi debere, (nam Senatusconsultum ad eos pertinet qui aut falsa crimina intendunt, aut falsas reorum excusationes admittunt. *l. 1. D. ad Senatusconsultum Turpill.*) intelligimus posteriorem regulam *l. transigere*. ut de criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non liceat, sic accipiendam esse, ut de his ne pacisci quidem permittitur sit: ut omnino desistant crimina sanguinis pœnam non ingerentia ab aliis de quibus & transigere & pacisci licere lex ait. Nempe in Senatusconsultum Turpillianum incidit non tantum qui transigit, sed etiam qui paciscitur, aut quo alio modo ab accusatione desistit. *l. in Senatusconsultum. 15. eod.* Idque manifestum probat *l. de crimine*, quæ de adulterij crimine nec pacisci licere ait, quod tamen non aliam ob causam iure veteri obtinebat, quàm quod de criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus & transigere & pacisci non liceret, ut apparet ex eo quod in *d. l. de crimine*. præuariator dicitur is qui de adulterij crimine paciscitur. Facit etiam quod Paulus primo Sententiarum scribit, de quibus transigere non licet, nec pacisci licere. Sanè priusquam accusatio instituta sit multum interest an pecunia accipiatur, an liberaliter accusatio remittatur. Illud fieri non potest, hoc verò potest. *l. 6. §. pactisve. D. his qui notant. infam. l. mariti. 29. §. plebitur. de adult. l. qui cœtu. 5. §. ultim. D. ad leg. Iul. de vi public.* In quorum locorum interpretatione cæcutes vulgares interpretes pactum à transactione distinxerunt, ac pleraque alia, ut error ex errore sequitur, contra iuris rationem & principia commentati sunt.

ANTO-



ANTONII FABRI IC. CONIE-

CTVRARVM LIBER III.

CAPVT I.

De natura Prætoriarum cautionalium stipulationum.

SVMARIA.

- 1 Prætoriarum stipulationum diuisio.
- 2 Cautionalium stipulationum eam esse naturam ut precedentem obligationem nonent ac permant.
- 3 Explicatur *l. sed et si ff. de euid.*
- 4 Quam actionem nouet damni infecti stipulatio qua cautionalis est?
- 5 Ratum rem haberi stipulatio an sit cautionalis, an vero iudicialis?
- 6 Cautionales stipulationes cur instar actionum habere dicantur?
- 7 Cautionales stipulationes induere naturam actionum quas nouanter perimunt.
- 8 Iudicialium stipulationum natura.
- 9 Communes stipulationes que dicantur?



PRÆTORIÆ ¶ stipulationes, aut iudiciales sunt, aut cautionales, aut communes. *l. 1. de Prætor. stipulat.* Iudiciales Vlpianus diffinit, quæ propter iudicium ut ratum fiat interponuntur, cuiusmodi esse ait stipulationes Iudicatum solui, & De noui operis nunciatione. Cautionales eas, quæ instar actionis obtinent, & ut sit noua actio intercedunt, ut stipulationes De legatis, De tutela, Ratum rem haberi, & Damni infecti. Communes denique illas, quæ sunt iudicio silenti causa. Ac de iudicialibus quidem stipulationibus dubitatio nulla esse potest, cur iudiciales dicantur: scilicet quia propter iudicium interponuntur. Nam & tres clausulæ quæ continentur stipulatione Iudicatum solui, De iudicato soluendo, De re defendenda, & Dolum malum abfuturum esse, omnes ad iudicij securitatem, & confirmationem pertinent. *l. 6. l. ex clausula. 17. D. iud. solut.* Et stipulatio quoque de noui operis nunciatione eam conditionem habere dicitur, Si iudicatum fuerit, siue causa aliqua acciderit, neque res defendetur. *l. stipulatio. 21. §. habet. de operis noui nunciat.* ¶ Sed de stipulationibus cautionalibus, dubitatio est non inelegans, cur proprio nomine cautionales appellantur, cum ea omnium stipulationum communis natura sit, ut idem interponantur, quod quis tutior, & securior sit, ut idem Vlpianus scribit in *d. l. 1. de Prætor. stipulat.* Ego ex earum diffinitione, puto rectè colligi & explicari posse cur cautionales dicantur. Nempe quoniam intercedunt ut sit noua actio, ut est in Florent. vel si vulgatam lectionem sequi volumus, ut fiat nouatio. Vtriusque enim lectionis idem sensus est: huiusmodi stipulationes idem interponi, ut pristina actio, quæ stipulatori competeat, in stipulationem iure nouationis transfundatur, proinde tota stipulatoris cautio in stipulatione cautionali consistat. Id verò sin-

gularum cautionalium stipulationum exemplis facile ostendi potest. Stipulatio quæ legatorum, vel fideicommissorū nomine interponitur, nouat actionem ex testamento, ut qui legatum sibi relictum stipulatus est, amplius ex testamento agere non possit, *l. si sub conditione. 23. D. de accept. l. si Srichum. 8. §. 1. D. de nouat.* ubi quod dicitur ita demum nouari actionem ex testamento si id actum sit, non eò pertinet, ut specialiter id agi necesse sit (hoc enim nouatum Iustiniani Constitutione inductum est in *l. vlt. C. de nouat.*) sed ut nouationem semper fieri intelligamus, nisi specialiter in contrarium actum sit, Quomodo in *seq. §.* scriptum est, nouationem fieri si id actum sit, ut nouetur, id est, inquit lex, ut Seius debeat, quod Titius promisit. Et apertius in *l. dotem. 30. de iur. dot.* Iureconsultus, quod dixerat dotem priore matrimonio datam facta postea diuortio nõ aliter conuerti in posterius matrimonium, quàm cum hoc agitur, subinde sic explicat, dummodo hoc agi semper interpretemur, nisi probeatur aliud conuenisse. Et de hac fortasse nouatione Papinianus intelligendus est in *l. cum filius. 76. §. heres meus. D. de legat. 2.* Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, tutelæ actionem nouat, & perimit, ut ex stipulatu agi necesse sit. *l. si pupillus. 9. D. de nouat.* Sic stipulatio duplæ, quæ in rerum pretiosarum venditione interponi solet, actionem ex empto nouat, *l. ex empto. 11. §. qui autem. D. de action. empt.* in illis verbis, siue stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, siue non est interposita, ex empto non tenebitur, ¶ ex quibus explicandum est quod scriptum est in *l. sed et si. 18. de euid.* ex duplæ quoque stipulatione vel ex empto potest conueniri. Nimirum ex stipulatione, si stipulatio interuenierit, Ex empto, si stipulatio, non interuenierit (quod non intelligens Baro, verba illa, *ex empto*, expungenda esse putauit.) Neque enim aliter ex empto agi potest, quàm si ex stipulatione agi non possit. *l. si forum. 4. D. de action. empt.* in cuius specie dubitandi ratio illa erat, cur ex empto agi non posse videretur, quod duplæ promissa esset. At non idem minus ex empto agi posse Paulus respondit, quia ex stipulatione prius agi non possit, quàm emptori aliquid absit: hæc enim illius stipulationis forma, & conditio est. Quod si ex stipulatione agi posset, ex empto proculdubio agi non posset, idque ipsa Pauli ratio demonstrat. Et quod ait *l. si venditione. 66. de euid.* venditorem cuius actionis nomine teneri ad simplan, & ex natura actionis ex empto in id quod interest si in venditione dictum non sit, quantum pro euictione præstare eum oporteat, ostendit manifestè interposita duplæ stipulatione ex empto in id quod interest agi non posse, licet supra duplæ interstit. Planè aliarum rerum nomine de quibus in venditionibus cauere solet, an ex empto agi possit.

dubitatum fuit. Cassius negabat, illa, vt verisimile est, ratione, quod interposita duplæ stipulatione, nouata, & petempta sit ex empto actio. At Iulianus, cuius sententiam Vlpianus probat, deficiente dupla ex empto agendum putabat, *d.l. ex empto. §. Cassius. de act. empt.* Credo, quod in duplæ stipulatione contrahentium animus ille esse videatur, vt litis duntaxat æstimationem taxent, non etiam si quid præterea interfit. Sic stipulatio qua heres sub conditione scriptus substituto cauet nihil se ex ea hereditate diminuturum, de qua Paulus tractat in *l. inter omnes. 12. D. qui satisf. cogant.* & in *l. Paulus. 8. de Præst. stipul. actionem ex testamento nouat, vt si quid promissor ex hereditate diminuerit, iam ex stipulatu, non ex testamento teneatur. d.l. inter omnes, in iis verbis. & si obtinuerit, committi stipulationem.* De damni infecti stipulatione dubitatio esse potest, quam actionem nouet, cum nulla stipulatione interposita de damno facto nulla actio competitura esset, vt eleganter Vlpianus docet in *l. Prætor ait. 7. §. 1. & Caius in l. 6. D. de damn. infect.* Sed non idem minus cautionalis dici debet: imò eò magis, quod ea non interposita nullo remedio ei qui damnum passus esset, cautum esse posset, vt semper verum sit in huiusmodi stipulatione totam stipulatoris cautionem consistere. Quod si talis casus contingat, in quo citra damni infecti stipulationem de damno facto agi possit (vt euenit si facto hominis damnum detur, vt in specie *l. si fistula. 18. D. de seruit. urban. præd.* aut si is qui damnum timet, in possessionem missus non sit admissus, quibus casibus si damnum fiat in factum tenetur is qui cauere noluit, *l. si finit. §. vltim. D. de damn. infect.*) interposita stipulatio actionem in factum nouabit, quomodo intelligi debet, quod scriptum est in *d.l. si fistula. sed & damni infecti stipulatio à te potero.* Scilicet vt si stipulatus sum, postea in factum agere non possim. Eò magis, quod subsidiaria est in factum actio, neque cum alia concurrere potest. Stipulatio, quæ usufructus nomine inter proprietarium & usufructuarium interponitur, nouat actionem in rem, quæ finito usufructu proprietario cõpeteret. Denique stipulatio de rato, quam Vlpian. inter cautionales enumerat, nouat conditionem, in cuius locum interponi dicitur. *l. vltim. §. vltim. D. ratam rem habet.* Videtur enim id tacite inter contrahentes agi, vt conditio perimatur, & sola actio ex stipulatu ei qui indebitum soluit aduersus procuratorem competat. *l. si sine. 22. §. quoties. D. eod.* Quod si ita est, quis propitiis auribus eos audiat, qui Vlpianum reprehendant, aut eos qui verba illa, & ratam rem haberi, ex Vlpiani textu euellunt? Atqui, inquit, stipulatio De rato maxima ex parte ad iudicij securitatem & confirmationem pertinet. Ergo iudicialis est. Imò iudicialis dici non potest, cum non idem interponatur vt iudicium ratum fiat, quin potius vt sibi stipulator consulat in eum casum quo iudicium irritum constituetur. Ad eò vt in eius quoque utilitatem committi possit, cuius interfit iudicium irritum fieri, fortè si condemnatus, falso procuratori litis æstimationem soluerit, neque dominus rem ratam habeat. Neque enim semper stipulatio hæc committitur in id quod stipulatoris interest ratam rem haberi, sed in id quoque quod ipsius interest à falso procuratore deceptum eum non esse, *l. si procurator. 18. ibi, quod damnatus soluit. D. eod.* Ex his apparet omnium cautionalium stipulationum naturam illam esse, vt præcedentem actionem nouent & perimant. Restat nunc, vt de illo videamus, cur instar actio-

num habere dicantur, *dicit. l. 1. de Prætor. stipulatio. l. non solum. 20. rem rat. habet. l. si ambo. 10. §. vlt. de compensat. l. actionis. 37. de obligat. & action.* An quod ad instar actionum à Prætoribus petantur, & dentur ex edicto? Ita nonnulli putant, quorum sententia probabilis non videtur. Et si enim de stipulatione damni infecti verè dicitur, vt non aliter committi possit quam si à Prætoribus præ tribunali postulata sit. *l. 4. §. hoc autem iudicium. D. de damn. infect.* tamen de duplæ stipulatione idem dici non potest, quam certum est sine Prætoris iussu interponi, vt vel ex eo intelligitur quod licet dupla promissa non sit, tamen ex empto ad duplam agi potest. *l. quod si noluit. 31. §. qui assidua. D. de adilit. edict.* Ac rursu stipulationem Ratam rem haberi, nemo dixerit ex speciali Prætoris imperio interponi, quam tamen Vlpianus cautionalem esse ait. Igitur verius fortasse fuerit, cautionales stipulationes ob eam causam dici habere instar actionum, quod actionum quas nouant & perimunt naturam induunt, & vicem representant, vt ex omnium enumeratione intelligi potest. Nam legatorum nomine interposita stipulatio in omnibus eodem iure cõsetur, quo, ex testamento actio, si superesset, cõsetur, ad eò vt nec in stipulatoris heredem pendente conditione transmittatur, quoniam nec legatum transmittitur licet conditionalis stipulatio transmittatur, *l. 1. §. si quis sub conditione. D. vt legat. vel fideicom. nomin. caueat.* vbi additur huic stipulationi eandem causas & condiciones inesse, quæ actioni ex testamento: proinde si qua sit exceptio, quæ petenti legatum opponi solet, eandem quoque ex stipulatu agenti opponi posse. Vnde fit vt si serui legati nomine legatarius stipuletur fugitiuum eum non esse præstari, nihil veniat in stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento præstari debeat. *l. si legat. 56. de legat. 1.* Sic stipulatio Rem pupilli saluam fore, quemadmodum tutelæ actionem nouat, ita ipsius naturam induit, vt prius ex ea agi non possit, quam tutelæ agi posset si interposita stipulatio non esset: & ex quibus causis tutelæ agi non posset, ex iisdem neque ex hac stipulatione agi potest, *l. 1. l. 4. generaliter. D. rem pupill. salu. fore.* Quo etiam pertinet *l. cum pupillus. 9. D. eodem.* in qua sic Pomponius argumentatur, vt ostendat ea omnia quæ in tutelæ iudicij veniunt, in hanc quoque stipulationem venire. Proinde tutorem qui in restituenda tutela aliquandiu moram fecit, fructuum nomine & usurarum medij temporis teneri, vt in *l. seq.* Africanus ait: non alia ratione quæ quod hæc actionis tutelæ, quæ bonæ fidei est, natura sit: licet in actionem ex stipulatu nec fructus nec usuræ veniant nisi post litem contestatam. *l. videamus. 38. §. si actionem de usur.* Et hoc est quod Iureconsul. ait in *l. aliam. 29. D. de nouat.* perire priuilegium tutelæ, si post pubertatem tutelæ actio nouetur: vt intelligamus facta nouatione per stipulationem Rem pupilli saluam fore, quæ ante pubertatem interponitur, *l. 2. l. seruum. 6. D. rem pupill. salu. fore.* non idem tamen tutelæ priuilegium perire. Idemque de duplæ stipulatione, & aliis cautionalibus omnibus dicendum est, vt instar eius actionis habeant in cuius locum interponuntur: propter quam causam in *l. non solum. 20. D. rem rat. hab.* dicitur representare vicem actionum. Et in eam rem textus est per elegas in *l. vlt. ff. eod.* vbi Africanus ait stipulationem Ratam rem haberi, interponi in locum conditionis, & idem stipulatione teneri eum, qui, si stipulatio interposita non esset, conditione teneretur. Iudicialium stipulationum alia natura est, quæ non aliam ob causam interponuntur,

nuntur, quam vt iudicium ratum fiat, non etiam vt noua actio sit, & vetus perimatur. *l. si Stichum. 8. §. idem. Celsus. ff. de nouat.* Ex quo apparet quenam communes stipulationes dicantur: Eæ scilicet, quæ non solum ad iudicij securitatem, & confirmationem pertinent, sed etiam priorem actionem nouat, & perimunt. Cuiusmodi esse Vlpianus ait stipulationem Iudicio fisci. *d.l. de Prætor. stipul.* Efficit enim, vt quod pristina actione petebatur, ex ipsa stipulatione præstandum sit, siue in duplum esset actio, siue tripli, aut quadrupli, *l. 2. §. vltim. cum l. seq. ff. qui satisf. cogant. l. vlt. si quis in ius vocat. non ier. l. quoties. 91. de verò obligat.* Ac præterea propter iudicium interponitur, vt ipsa stipulationis verba de nonstant. Malè tamen id nonnulli probant ex *l. si eum. 10. §. qui iniuriarum. ff. si quis caution.* vbi quod dicitur hanc stipulationem dari propter ipsam rem non sic accipi debet vt propter iudicium detur: sed propter iniuriam: sequitur enim, *iniuriarum autem actio heredi non competit.* Sensus verò est, non posse heredem agere ex stipulatione interposita propter actionem iniuriarum, quoniam nec iniuriarum agere potest, nec ipsa stipulatori, si vellet, omnia iniuriarum actionem ex stipulatu agere permitteretur. Scilicet quoniam hæc stipulatio communis est, nec tantum iudicialis sed etiam cautionalis, & idem actionem iniuriarum propter quam interponitur, sic representat, vt quemadmodum illa, ita hæc neque heredi, neque aduersus heredem competat.

CAPVT I I.

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

SVM MARIA.

- 1 Quibus casibus impensa communi nomine facta per actionem communi diuidendo repetatur?
- 2 Obiuram esse Pauli illationem in verbis, quæ cum ita sint. d. l. 14.
- 3 Nec directum nec utile iudicium communi diuidendo ei competere qui rei communis partem alienauit.
- 4 Nota ad l. si quis putans ff. communi diuid.
- 5 Reijctur interpretatio dicti versiculi quæ cum ita sint. ab Accursio proposita.
- 6 Restitutio verborum quæ in d. l. 14. corrupta videntur.
- 7 Cur impensas nec communi diuidendo iudicio, nec negotiarum gestorum actione repetat qui fundum communem alienauit.
- 8 Additur linea integra in d. l. 14. versic. sed diuersum, eiusque sensus proponitur.
- 9 Deesse in Pandectis Florentinis mediam lineam in l. muto. 6. §. 1. ff. de tutel. & in l. quid ergo. 90. ff. de leg. 1.

Non t̄ semper impensæ in rem communem factæ iudicio Communi diuidendo repetuntur, sed ita demum si communi nomine factæ sint, hoc est, ab eo, qui sciuit se socium habere. *l. in hoc iudicium. 14. D. commun. diuid.* Impensæ igitur factæ à socio, qui fundum suum proprium esse existimabat, iudicio Communi diuidendo repeti non possunt: At quoniam si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli mali retineri possent, *l. sumptus. 48. de reo vindic. & doli mali exceptio bonæ fidei iudicij in esse dicitur, l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de legat. 1. l. sed & si. 21. D. solut. matrim.* magis est vt si cum socio qui impensas fecit agatur Communi diuidendo, æquitate ipsius iudicij eas retinere possit, quia bonæ fidei iudicium

est Communi diuidendo. Hinc fit vt si partem suam alienauerit socius, qui impensas fecerat, quoniam cum eo Communi diuidendo agi non potest, nihil habeat vnde impensas retinere possit: Emptor tamen quemadmodum si rei vindicatione conueniretur, impensas à venditore factas per doli exceptionem retinere posset, ita si Communi diuidendo iudicio conueniatur, ipsius iudicij æquitate eas retinere poterit. *dicit. l. in hoc iudicium.* In qua sequitur, *Quæ cum ita sint, rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communi.* Hic illud primum explicari non potest, quæ ratione Paulus ex præcedentibus inferat impendiorum nomine actionem dari socio qui impensas fecit in fundum communem, quem suum proprium esse existimabat, cum potius ex iis quæ prius dixit, & quæ mox subiicit, appareat, nec directum, nec utile iudicium dandum esse ei qui in fundum communem quasi in proprium impensas fecit, (de quo Paulus loqui ex principio legis apparet) quoniam eo animo non fecit vt sibi aliquem obligaret. *l. si quis cum. 29. D. eod.* Deinde absurdum videtur iudicium Communi diuidendo ei dari qui rei communis partem alienauit, cum neque directum competere possit sublata communiõne, neque utile ex æquitate dandum sit ei cuius factores communis esse desit, licet aduersus eum dari possit. *l. si quis putans. 6. in princip. D. eod.* In cuius specie obseruandum est sumptus in rem communem factos esse ab eo, qui communem esse sciebat, sed in socij persona labebatur, quo casu utile est iudicium Communi diuidendo ei, qui sumptus eo animo fecit, vt sibi aliquem obligaret, *d.l. in hoc iudicium. & l. si quis cum. D. eod.* Ergo quod Paulus ait in *dict. versic. quæ cum ita sint,* neque ex superioribus inferri potest, neque ex iuris ratione verum est. At nec Accursij interpretatio placet, existimantis Paulum in *dict. versic. quæ cum ita sint,* casum, vt ipse loquitur, mutare, & incipere de illo dicere, qui in fundum communem impensas fecit quem sibi cum alio communem esse sciebat, sed cum quo communis esset, ignorabat. Nam in præcedentibus nihil est ex quo id colligere possimus, & ridiculum videtur mutationem casus comminisci in iis verbis, *quæ cum ita sint,* in quibus ex contrario manifestum est, Paulum aliquid ex præcedentibus inferre: Ac præterea interpretatione Accursij admissa defendi non poterit quod Paulus ait, utile iudicium socio dandum esse qui fundi, quem communem esse sciebat, partem alienauit. Licet enim eo animo impensas fecerit vt sibi alium obligaret, non idem tamè utile iudicium Communi diuidendo habere potest, cum ipse fecerit vt res communis esse desierit, sed ratum negotiarum gestorum. *d.l. in hoc iudicium. versic. diuersum in ff. d.l. si quis cum.* vbi quod dicitur iudicium commune diuidendo mihi sufficere, quia non negotium socij gero, sed propriam rem tueor, ostendit negotiarum gestorum agere non posse cum iudicium Communi diuidendo sufficit. *l. si quis putans. §. ceterum eod. l. si communes. 40. D. de negot. gest. l. Prætor. 9. §. generaliter. D. de reb. auhor. iudic. possid.* At rursu manente rei communiõne socius qui impensas fecit negotiarum gestorum agere non potest, sed Communi diuidendo. *d. versic. diuersum.* in illis verbis, *quæ in ea causis fuit, vt mihi actio dari deberet.* Nullo igitur casu verum esse potest quod Paulus ait, socium aduersus socium utile iudicium habere, etiam manente rei communiõne. Quare non dubito quin totus hic

Pauli locus valde corruptus sit, ac primum ita restituendus, ut in illis verbis, *utile iudicium dari debere*, addita negatione sic legamus, *dari non debere*. Mover quod ei qui dum proprium fundum existimat impendia fecit, neque directum, neque utile, neque negotiorum gestorum, neque Communi diuidendo iudicium dari potest, cum sibi neminem obligare voluerit, *d.l. in hoc iudicium, & d.l. si quis cum*. quæ eiusdem Pauli est. Deinde quia secundum receptam lectionem verba illa *etiam manente rei communi*, ostendunt multo magis dandum esse utile iudicium sublata communi, quod falsum est, & ex his ipsis quæ prius Paulus dixit, omnino refellitur. Cum enim ratione impensarum, quas venditor fecit in fundo, quem suum proprium esse existimabat, competat emptori retentio, ut proximè Paulus dixit, rationis est ut eas venditor petere non possit, neque directo iudicio Communi diuidendo, quia sublata communi est, neque utili, quod ex æquitate datur, non solum quoniam ipsius facta sublata est communi, sed etiam quia iniquum sit socium eadem impensas duobus præstare: venditori scilicet, & emptori cui retentione cautum est. Quæ ratio facit ut venditori non tantum Communi diuidendo, sed etiam negotiorum gestorum actio denegatur. Nam quod in eadem lege Paulus ait ei dandam actionem negotiorum gestorum, illo casu verum est quo impensæ factæ sunt ab eo, qui fundum communem esse sciebat. Rursus illo casu, quo emptori impensarum nomine retentio non competit, cui scilicet fundi tantum pars vendita est. Vix enim est ut totum fundum vendat is, qui se fundi partem duntaxat habere intelligat, quomodo *Accursus* rectissime interpretatur. Cui non obstant verba illa, *et si ab alienauro prædium*, cum prædij pars quælibet retentæ prædium dicatur, *l. plane ubi, 34. §. ult. de legat. 1. l. doctale, 13. §. 1. D. de fund. doct. al.* Quemadmodum ex diuersa illa, *si alienauro partem meam, in versic. ceterum*, sic necessariò accipienda sunt, si totum fundum, quem meum proprium esse existimabam, alienauro, cuius tamen pars duntaxat mea erat. Alioqui fundi tantum parte alienata, siue is pro indiuiso communis erat, siue pro diuiso, nullam emptor pro impensis in meam factis retentionem habere potest, quemadmodum nec eam partem socius meus vindicare. Sequitur apud Paulum, *etiam manente rei communi*. Quibus verbis secundum nostram emendationem proponit casum magis dubitabilem de socio qui rem communem, quam propriam esse putabant, non vendidit, ut nihilominus nulla ei actio competat. Cuius sententiæ rationem statim non aperit, sed tacite obiectionem quandam diluit, ex qua sententiæ huius ratio facile intelligi potest. Ait autem, *Diuersum est enim cum quasi in rem meam impendo que sit aliena aut communis*. Hic verò manifestissimus error est cum in superioribus de illo tantum Paulus locutus sit, quasi in rem suam impendit quæ communis erat. Nec planè video, quomodo corrigi possit, nisi integram lineam addamus, & sic legamus:

Diuersum est enim cum quasi in rem alienam aut communem, & cum quasi in rem meam impendo, que sit aliena aut communis. Ut sensus sit, multum interesse vtrum quis impendat, quasi in rem alienam, aut communem, an verò quasi in rem suam, quæ sit aliena, aut communis. Hoc enim casu, id est, inquit Paulus, ubi quasi in rem meam impendo (quod adici necesse non fuisset, si ita

Paulus scripsisset, *diuersum est enim cum quasi in rem meam impendo*) me retentionem duntaxat habere, quia mihi neminem obligare volui. At eum, puto rem Titij esse quæ sit Meui, aut esse mihi communem cum alio quàm est, quoniam id ago ut alium mihi obligem, me actionem quoque habere, scilicet Communi diuidendo manente communi, vel negotiorum gestorum sublata communi. Ita namque explico quod sequitur, *& sicut negotiorum gestorum actio datur mihi aduersus eum cuius negotia curauit, cum putarem alterius ea esse: ita & in proposito igitur*. (Sic enim & rectius vnico contextu in quibusdam libris legitur) *et si alienauro prædium danda mihi erit ut Iulianus quoque scribit negotiorum gestorum actio*, quia tempore alienationis in ea causa fuit prædium ut mihi actio dari deberet, scilicet communi diuidendo. *d.l. si quis cum eod.* Non sufficiente actione Communi diuidendo quod contingit, sublata communi facta illius qui impensas fecit, necessariò ad actionem negotiorum gestorum recurrimus. Et si autem plerisque minus probabile videbitur integram lineam, in Florentinis potissimum, Pandectis deesse, error tamen probabilissimus est propter duplicis lineæ simile principium & similem finem. Neque id eis nouum erit qui infinitis Pandectarum Florentinarum locis similes errores obseruarunt, & Nam & in *l. muto, 9. §. 1. D. de tutel.* simili errore quo in *d.l. in hoc iudicium*. cum scriptum esset,

si satis dederit, h. e. nō aliter ei gerere permittendum quàm si rem saluam fore cauerit.

media linea à Florentino librario prætermissa est. Sic denique, ne videamur in similibus erroribus cōquirendis, qui passim occurrunt, diligentes videri, in *l. quid ergo, 90 de legat. 1.* nemo non videt malè in Florentinis integram lineam deesse, & ex aliis codicibus sic legendum esse, *Plane si pluribus filiis institutis in eos verbis legatorum bona diuiserit, voluntatis ratione, legatorum actio, &c.*

CAPVT III.

Nouationem iure Digestorum quibusdam casibus non aliter fieri, quàm si id specialiter expressum sit.

SVM MARIA.

- 1 Quibus coniecturis veteres iuris auctores nouationem ex verisimili stipulantium voluntate intercessisse putauerint?
- 2 Nouationem iure veteri etiam tunc intercessisse quum id tacite actum est ut nouatio fiat.
- 3 Et pro aut substituitur in l. hominem. 32. ff. de nouatione.
- 4 Legem sæpe. 53. de V. S. ad legis aut edicti interpretationem non ad hominum conuentiones pertinere.
- 5 Emendatio & explicatio l. si is cui ab. ff. de nouat.
- 6 Nouationem aliquando ex mente contrahentium etiam repugnantibus Scriptura verbis factam censeri.
- 7 Interpretatio d. l. si is cui 26. de nouat. ab Accursio allata reijcitur.
- 8 Casus quibus non aliter iure antiquo fiebat nouatio quàm si id specialiter actum esset.
- 6 An nouatio facta censetur si in posteriore stipulatione tantundem sit quantum in priore?
- 10 Duplici actione repetitioni dotis iure Digestorum consuleum fuisse.

IVRIS veteris regula fuit, non aliter nouationem fieri, quàm si inter contrahentes id actum sit. *l. 2. D. de*

D. de noua. Ad quæ Iustinianus addidit in *l. ult. C. eo.* ut nunquam id videatur agi, nisi cum expressè dictum est. Plerumque enim iure veteri facti quæstio relictæbatur an id inter contrahentes actum esset ut nouatio fieret, necne, quas iuris veteris ambiguitates Iustinianus appellat. Erant verò coniecturæ quædam, ex quibus veteres iuris auctores nouationem ex verisimili stipulantium voluntate introducebant ut si posteriore stipulatione amplius quàm priore contineretur, vel si mutata debitoris persona creditor quod sibi à Titio debebatur, à Sempronio stipularetur. *§. præterea. Inst. quib. mod. tollit obligat.* Vnde Vlpianus in *l. scire debemus, 29. de verb. oblig.* ait nouationem non fieri si ab eo qui decem debebat, postea decem & quinque stipuler, quoniam tot sint stipulationes quot summæ sunt, indeque fiat ut posterior stipulatio priore vberior & plenior non sit: Ergo sit ab eo qui decem debebat, quindecim stipuler, dicendum est ex Vlpiani sententia nouari præcedentem obligationem, & in sequentem transfundi. Sic Iulianus in *l. qui vsum fructum, 58. eod.* nouationem fieri ait, *si is qui vsum vel iter stipulatus erat, postea fructum vel actum stipuletur*: quia posteriore stipulatione amplius quàm priore contineatur. Rursus cum quod mihi Titius debet, à Sempronio stipulor, id tacite agi videtur ut nouatio fiat, hoc est ut Titius liberetur, & ipsius obligatio in Sempronij personam transferatur. *l. ult. §. ult. D. de nouat.* Quam ob causam eleganter Celsus dicebat in proposita specie nouationem ita demum fieri, si id actum sit, ut nouetur, id est, inquit ille, ut Sempronius debeat quod Titius promissit, *l. si Stichum, 8. §. si quis ita. D. eod.* quasi differentia non sint id agi, ut Sempronius debeat quod Titius promissit, & id agi ut nouatio fiat. Quod igitur plerisque Digestorum locis scriptum est, ita demum nouationem fieri si id actum sit, non sic accipiendum est ut expressè id agi necesse sit (hoc enim ad Iustiniani Constitutionem pertinet) sed ut tacite id agi videatur nisi contrariū expressè actum sit. *d. l. si Stichum, 8. §. 1. iuncta l. 1. de Prætor. stipul.* (de qua primo huius libri capite diximus) *l. doctem, 30. D. de iur. doct. l. te hominem, 32. de nouat.* in qua Paulus ratione reddens, cur si cum tu hominem, & Seius decem mihi debeat, ego ab olio stipuler nouadi causa, quod te & Seium mihi dare oporteat, vtraque tua scilicet, & Seij obligatio nouetur: Respondet quoniam vtraque in posteriorem stipulationem deducta sit. Quæ ex ratione, ut hoc quoque adnotemus, apparet in illis verbis, *quod te, aut Seium*, legendū esse & pro aut: cum manifestum sit, in altera stipulatione vtramque rem non contineri nisi hætenus, ut alterutra præstetur, non etiam ex vtraque peti possit. Et ideò Marcellus, cuius sententiam Vlpianus refert, & probat in *d. l. si Stichum, 8. §. si decem eod.* rectè putabat in proposito casu, neque te, neque Seium liberari: sed in potestate promissoris esse vtrum liberare malit. Idque Accursius non negat, neque tamen & pro aut legere audet, sed ineptam interpretationem, aut pro & scriptum esse ait. Quam in rem abutitur *l. sæpe, 53. de verb. signific.* in qua, quod dicitur coniunctionem pro disiunctione, & vicissim disiunctionem pro coniunctione sæpe accipi, ad legis aut edicti interpretationem pertinet, non ad hominum conuentiones, in quibus, quoniam duorum consensu perficiuntur, coniuncta pro disiunctis, aut disiuncta pro coniunctis accipi non possunt, nisi manifesta illa sit contrahentium voluntas. *l. pen. in fin. C. de verb. & rer.*

signific. Alioqui dicendum erit, nihil interesse an in stipulatione aliove contractu dictum sit, aut, vel & quod absurdum est, pugnatque cum *l. inter stipulantes, 83. §. si stipulante. D. de verb. oblig.* ac aliis innumeris iuris locis. Sic & in *l. si is cui, 26. D. de nouat.* eundem errorem inesse suspicor in illis verbis, *quod ille, aut quod ille debeat*, in quibus etiam & pro aut legendum esse arbitror, licet Accursius dissentiat. Eius enim idem in ea specie Celsus respondere videtur, quod Marcellus in *d. l. 8. §. si decem eod.* nimirum ut neutra ex prioribus obligationibus perempta sit, sed in secundi promissoris potestate sit, vtram peremptam velit (& hoc esse videtur quod Accursius fecellit, errori que causam dedit) tamen si sequentia inspicias non idem à Celso quod à Marcellis responsum esse fateberis. Nam apud Celsum sequitur, ita demum in potestate Attij esse pro quo velit solvere, si fingamus ita actum fuisse ut alterutrum daret. Alioquin, inquit, vtrumque stipulatus videtur, & vtrumque nouatum si nouandi animo hoc fiat. Quis verò dixerit, ea stipulatione *quod ille aut quod ille debeat*, vtrumque quod ille, & ille debet contineri? Atqui, inquires, illud quoque dici non potest ita concepta stipulatione *quod ille, & quod ille debeat*, neutrum nouari, & in potestate promissoris esse vtrum ex debitoribus liberare malit. Nam apertè Caius repugnat in *l. ult. §. ult. eod.* Fateor: si nihil præterea proponatur. Sed si fingamus ita actum, ut promissor alterutrum duntaxat daret, absurdum non erit scripturam ad contrahentium voluntatem accommodari. Quemadmodum ex contrario, ita concepta stipulatione *quod ille, aut quod ille debeat*, si fingamus ita inter contrahentes actum ut vtrumque detur, dubitandum non est vtrâque stipulationem nouari, licet stipulationis verba repugnare videantur. Semper enim in stipulationibus cæterisque contractibus sequimur id quod actum est, *l. semper, 34. de reg. iur.* At cum ista stipulatus sum, *quod ille, aut ille debeat*, fingendum non est ita actum ut alterutrum detur, cum ex ipsis stipulationis verbis id actum esse manifestè appareat. Et ridiculè Accursius, quod lex ait, *alioquin*, sic interpretatur, *si hoc fingamus actum ut vtrumque detur*. Ineptè enim subicerentur verba illa, *verumque stipulatus videtur*. Sic igitur Caius intelligendus est, ut in proposita stipulatione nisi fingamus ita actum ut promissor alterutrum daret, stipulator vtrumque stipulatus videtur, quod tum demum verè dicitur cum stipulatus est, *quod ille, & quod ille debeat. d. l. te hominem, & l. ult. §. ult. de nouat.* (Eodem errore in *l. cum in fundo, §. ult. de iur. doct.* puto scriptum aut pro & in illis verbis, *promissit, aut soluit*.) Porro quo casu stipulator vtrumque stipulatus fuisse videtur, vtrumque etiam nouasse intelligitur. *d. l. si is qui, in qua quod additur, si nouandi animo hoc fiat, ita interpretandum est*, sicut diximus, ut nouandi animo fieri videatur nisi contrarium expressè actum sit. *d. l. ult. §. ult.* Ex his verò quæ toto hoc cap. scripsimus, apparet plerisque casibus iure Digestorum contingere potuisse ut non aliter nouatio fieret quàm si id specialiter actum esset: his scilicet, quibus nihil erat ex quo colligi posset, eam contrahentium voluntatem fuisse, ut nouatio fieret. Fortè, si posteriore stipulatione minus quàm priore contineretur: ut in specie *l. qui vsum fructum, 58. de verb. obligat.* ubi Iulianus scribit cum qui stipulatur actum, deinde iter: vel fructum, deinde, vsum, nihil agere nisi se nouandi animo ita face-re specialiter expresserit. Nimirum quia minus est in vsum, quàm in fructum minus in itinere, quàm in actu.

Adeò autem verum est posteriore stipulatione quam minus continetur, priorem non nouari, ut et si delegatus sit is qui minus promisit ab eo qui antea plus promiserat, nouatio tamen non fiat. *l. eum qui. 56. si a te. D. de verb. oblig.* vbi tantem eadem exceptio addi potest, quæ in *d. l. qui vsumfructum*, additur, nisi stipulator nouandi animo se ab alio stipulari specialiter expresserit. † Quod si in posteriore stipulatione tantumdem sit, quantum in priore, multum interesse dicendum est, an idem in vtraque stipulatione promissor sit, an verò delegatus sit is qui secunda stipulatione promisit. Priore casu nouatio non fit nisi id specialiter expressum sit. *d. l. scire. 29. eod.* Posteriore verò nouatio fit. *d. l. 8. §. si quis ita. de nouat.* Sic in *l. aliam. 29. eo.* Paulus ait post pubertatem tutelæ actionem nouari, itémque post diuortium actionem de dote, si id specialiter actum sit. Quoniam verisimile non est mulieris quæ post diuortium à marito dote stipulatur, vel pupilli qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse ut actio de dote, vel tutelæ nouetur, & in stipulatione transfundatur: cum iis longè consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quam ex stipulatu quæ stricti iuris est: Multa namque priuilegia habet actio de dote, itémque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. Hinc verò peteda ratio est eius quod ex Proculi sententia Pomponius scribit in *l. si diuortio. 21. de verb. oblig.* mulierem quæ centum duntaxat in dote habebat, si diuortio facto ducenta dotis nomine stipuletur, centum duntaxat ex stipulatu petere, alia centum actione de dote deberi. † Duplex enim fuit iure Digestorum ad repetitionem dotis comparata actio, vna quæ rei vxoræ, seu De dote dicebatur, & bonæ fidei erat, §. fuerat. *Instit. de action. l. in bono. 36. D. de pecul. l. sed & si. 21. D. solut. matrim.* altera ex stipulatu stricti iuris ante nouam Iustiniani Constitutionem *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Nemo autem dixerit mulierem quæ bonæ fidei actione De dote tuta est, ex stipulatu id agere ut bonæ fidei actio in strictâ transfundatur. Quæ ratio facit, ut si dos ex stipulatu debita fuerit marito, fortè promissa ab extraneo (nam promittendo dotem omnes obligantur. *l. promittendo. 41. de iur. dot.*) eamque maritus ab vxore stipuletur, nouatio fiat, neq. dos dupletur, ut Vlpianus ait in *d. l. si Stichum. 8. §. vlt. D. de nouat.* Nimirum quoniam actio ex stipulatu, ex qua primùm dos debebatur, vberior non erat ea quæ ex posteriore stipulatione competit: personæ autem mutatio efficit ut interpretemur stipulatorem nouandi animū habuisse, & à priore obligatione recedere voluisse. Idem de tutelæ actione dicendum est, ut post pubertatem non nouetur, nisi id specialiter exprimat, quia nō sit verisimile priuilegium actionis tutelæ amittere voluisse eum, qui à tutore stipulatus est. Quod si ante pubertatem stipulatus sit, quoniam ex stipulatu actio, tutelæ actionis naturam induit, & repræsentat, iisdemque priuilegiis, & præstationibus gaudet, fit ut tutelæ actionem nouet etiam si id specialiter non exprimitur, quemadmodum primo huius libri capite explicauimus. † Simile etiam est quod ait *l. si rem. 31. §. si duo. de nouat.* correum stipulandi, post contractam obligationem stipulatam à reo promittendi posse eum nouatione liberare ab altero correo stipulandi cum id specialiter agit. Quia nisi specialiter id agat ut nouatio fiat, non potest videri eo animo stipulari ut nouet: at potius dicendum est inutilem esse posteriorem stipulationem, qua illud ipsum promittitur, quod iam debebatur. *l. qui bis.*

18. *de verb. oblig.* Planè si correus stipulandi creditori suo delegauerit reum promittendi, apparet id actum esse ut nouatione debitor liberaretur, *d. §. si duo. in fin. ut non sit necesse id specialiter agi quia id actum esse ex ipsa delegatione intelligitur.* At cum nihil est ex quo nouandi animus colligi possit, ut cum correus stipulandi id ipsum stipulatur quod iam stipulatus erat, rectissimè dicitur nouationem ita demùm fieri, si id specialiter actum, hoc est dictum sit. † Quæ cum ita sint, eorum obseruatio reiicienda est, qui tribus illis Digestorum locis, hoc est in *l. qui vsumfructum. 58. de verb. oblig. l. aliam. 29. l. si rem. 31. §. si duo.* à Triboniano addita putant verba illa, *si id specialiter actum est*: quæ nos ostendimus ab ipsis Iureconsultis prætermitti non potuisse: & quibus locis prætermissa sunt, ex iuris ratione omnino subintelligi debere.

CAPVT I V.

Herede post aditam hereditatem restituito in integrum, substitutioni locum fieri.

SVM MARIA.

- 1 *Bartoli sententia super hac quæstione retinetur.*
- 2 *Soluuntur argumenta contra Bartoli sententiam alata.*
- 3 *Filius etiam abstinentem, nomine tamen heredem patris esse.*
- 4 *Hereditatem aditam, deinde per abstentionem vel per restitutionem ommissam pro aditu non haberi.*
- 5 *Distinctio à Doctoribus inter abstentionem & restitutionem in hac quæstione proposita improbat.*
- 6 *Ratio dubitandi & decidendi in l. 6. §. si filius. ff. de bon. libert.*
- 7 *Patrono nunquam tantum indulgeri ut in eius fauorem à iure communi recedatur.*
- 8 *An cum minor annis postquam ex parte heres extitit, restitutus est, eius partis onus coheres suscipere cogatur.*
- 9 *Responsio ad l. ait Prætor. §. sed quod Papinianus. ff. de min. quæ contra Bartoli sententiam facere videtur.*
- 10 *Respondetur ad alteram obiectionem ex l. vltim. de successor edict. petita.*
- 11 *Distinguendum esse in proposita quæstione inter legitimam & testamentariam hereditatem.*

ANceps dubitatio est de qua in vtramq. partem disputari probabiliter potest, An si heres institutus, cui substitutus datus est, hereditatem adierit, tumq. etatis beneficio restitutus sit, substitutio, quæ hereditatis aditione euauerat, in integrum restitutione conualecat. † *Bartolus* conualecere credidit, cuius sententiam veteres ferè omnes interpretes sequuntur. At recentiores improbant, & fisco tantquam ad bona vacantia admitti contendunt. Mihi opinio Bartoli longè probabilior videtur. † Et si enim dici solet, quod illi obiciunt, post aditam hereditatem vulgares substitutiones expirare. *l. post aditam. 5. C. de impub. & aliis substit. absurdū tamen videtur, & contra testatoris voluntatem aditā hereditatem interpretari, eam quæ post impetratā restitutionem in integrum est pro non adita, cum restitutio faciat, ut qui heres fuit, nunquā fuisse videatur, & perinde habeatur, ac si hereditatem non adiiisset. Quod si obicias eum qui semel heres fuit semper heredem manere. *l. ei qui soluendo. 38. de hered. instit.* Responde-*

bo non tam heredem esse quam nudum heredis nomen gerere, ut Iureconsultus loquitur in *l. 2. §. adoptiu. D. ad S. C. Tertull.* cum à Prætoris heredis loco non habeatur. *l. necessariis. 57. de acquir. hered.* Nec verisimile est testatorem de tali herede cogitasse, qui non nisi nomine heres sit: at potius de illo qui defuncti personam effectu repræsentet, ac in omnia ipsius iura vniuersamque rem succedat. † Alioqui filio in potestate constituto vulgariter substitui non posset, cum is quantumuis abstineat, facere tamen non possit quin nomine patris heres sit. *d. §. adoptiu.* propter quam causam dici solet nō esse sine herede eum qui suum heredem habeat, quamuis se abstinentem, *l. cum quasi. 30. §. sed et si suus. de fideic. libert.* licet à Prætoris heredis loco non habeatur. *l. si filius. 12. de interrog. act.* Igitur ex verisimili testantis voluntate dicendum est, fisco adeoque legitimis heredibus præferendum esse substitutum postquam heres qui prius adierat in integrum restitutus est. Quomodo *Scæuola* respondit, in *l. ex contractu. 44. D. de re iudicat.* in cuius specie apparet substitutum siue vulgariter, siue pupillariter datus esset in vulgarem casum succedere, ex eo quod viuo pupillo, & in bona defuncti eum admitti lex ait, neque tamen vulgare substitutionem immixtione pupillæ sic expirare, ut non eiusdem abstentione reuiuiscat. † Abstentionis enim eadem quæ restitutionis potestas, & vis est, ut hereditas adita, pro non adita habeatur. Vnde fit ut si pupillæ, quæ post immixtionem abstinuit, substitutus nullus datus sit, sed coheres, ea portio quæ ad pupillum peruenerat, coheredi accrescat. *d. l. ex contractu.* quamuis verum sit ius accrescendi in portionibus agnatis locum non habere. *l. vnic. §. his ita. C. de caduc. toll.* Nimirum quoniam ferè est ut agnata non sit ea portio quæ post aditionem repudiata est. † Nec eorum subtilitas probanda est, qui abstentionem à restitutione separant: cum tam abstentionis quam restitutionis beneficium ex Prætoris iurisdictione sit. *d. l. necessariis.* indeque fiat ut tam is qui abstinuit, quam qui restitutus est, heres nomine maneat: neuter verò à Prætoris heredis loco habeatur. *d. l. cum quasi. §. sed et si suus. de fideic. libert. & l. 3. §. adopt. ad S. C. Tertull. l. §. si ex modica. 6. §. si filius. D. de bon. libert.* vbi Vlpianus scribit nihil interesse an heres à liberto scriptus abstinerit, an in integrum restitutus sit: vtroque enim casu patronum ad intestati liberti successionem admitti. At cum is demùm testatus dicatur cuius hereditas adita non est. *l. intestatus. 64. de verb. signif.* apparet aditam dici non posse eam, quæ post aditionem abstentione, aut in integrum restitutione repudiata est. † Idque Vlpianus innuere videtur iis verbis, *quamuis nomine heres sit,* quibus eleganter & concisè dubitandi decidendiq. ratio continetur. Videbatur enim exclusum patronum à successione liberti, cuius hereditatem filius ex testamento adiuerat. Sed quoniam filius post abstentionem aut restitutionem nomine duntaxat heres est, eleganter Vlpianus respondet admittendum esse patronum: † Neque alia huius sententiæ ratio est: ex qua intelligitur nihil hac parte contra iuris ciuilibus regulas propter ius & reuerentiam patronatus constitutum esse, ut quidam autumant: cui scilicet nulla iuris parte vsque adeò indulgetur ut in patroni fauorem à iuris ratione recedatur. Et exemplum quo vtuntur ex *l. qui duos. 9. §. si cum filio. D. de reb. dub.* magis dissimile est: quia quod in dubio pater ante filium mortuus esse præsumitur, *d. l. qui duos. §. cum in bello.* non fit ex certa aliqua iuris aut naturæ

regula, sed ex communi parentum voto, & naturæ ordine, qui tamen sepissimè turbatur. *l. nam et si. 15. D. de inoffic. l. scripto. 7. D. vnd. libert.* ut mirum non sit si in dubio patronatus reuerentia incertam iuris præsumptionem elidat. At quod summa iuris ratione constitutum est, ex sola patronatus reuerentia immutari non potest, cuiusmodi illud est quod dicimus, Restituito herede substitutum admitti, vel non admitti. † Denique Iureconsultus in *l. si minor. 61. de acquir. hered.* Diui Seueri Constitutionem refert, ut si minor annis postquam ex parte heres extitit in integrum restitutus sit, eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. Quo rescripto opus non fuisset, si ex iuris ratione agrata portio post restitutionem in integrum coheredi non accresceret. At quia iniquum videbatur ei inuito accrescere, qui aditionis tempore partem duntaxat hereditatis acquisiuisset, ne alioqui Prætoris beneficium in concedenda restitutione in integrum ei captiosum sit, cui nihil imputari possit. *l. Paulus. 8. de Prætor. stipulat.* optimam rationem habet Seueri rescriptum, ut totius hereditatis onera inuitus subire non compellatur. Atque hoc quidem fauore coheredis non dispensatur: sed ut ei volenti accrescat, sit proculdubio ex summa iuris ratione, quæ inter coheredes iuri accrescendi locum facit. Nec dici potest cur hac parte fauorabilior coheredis quam substituti causa esse debeat, cum vix alio colore coheres ad coheredis portionem deficientem vocetur quam quod rei quodammodo substitutus videatur, *l. si Titio. 61. §. vlt. de leg. 2.* nec inter se ferè in alio differant, quam quod coheres tacita, substitutus verò expressa testatoris voluntate nitatur: ut proinde ad conferendam defuncti voluntatem fauorabilior substituti, quæ coheredis causa esse debeat. Certè huius fauorabilior, quam illius esse non potest. † Verùm huic nostræ sententiæ obiciuntur duo iuris loci, quibus nec *Bartolus*, nec qui *Bartoli* sententiam secuti sunt, respondere potuerunt. Primus est in *l. ait Prætor. 7. §. sed quod Papinianus. de minor.* vbi Vlpianus Papiniani sententiam refert, ut minore post aditionem restituito substitutus seruus necessarius nec liber nec heres esse possit. Nisi hereditas non sit soluendo ex Diui Pij, & Seueri constitutione. Qua exceptione *Bartolus* in suæ sententiæ confirmationem abutitur, nec animaduertit aliis casibus regulam constitui, ut substitutio hereditatis aditione perempta restitutione in integrum non conualecat. Nisi respondeamus quod verum est, aliam rationem esse heredis serui necessarij, aliam alterius substituti. Cum enim necessarius heres ille sit, qui omnino, & protinus post testatoris mortem heres est, ut Iustinianus definit in *§. 1. Instit. de hered. qual. & differ.* apparet seruum, qui non nisi necessarius heres esse potest, postquam alter heres extitit, ex substitutione heredem esse non posse: cum is qui prius heres fuit, per restitutionem heres esse non desinat. Vnde Papinianus rectè dicebat semper substitutum seruum excludi, nec eum casum excipiebat, si hereditas soluendo non sit. Sed quoniam quæ ratio facit ut contra iuris regulam institui possint serui necessarij, licet cum iis testamenti factio non sit, ut scilicet ipsorum potius quam dominorum bona vaneant, eadem locum habet cum heres scriptus post aditionem restituitur, quia cū eo creditores agere nō possunt: Diui Impp. Pius, & Seuerus rescripserunt, permittendum hoc casu

no necessario vt ex substitutione heres esse possit: quasi vtiles actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioquin non potest Prator vtiles actiones seruo decernere, cuius persona iure Pratorio profus incognita est, quemadmodum & iure civili, nisi haecenus vt heres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest. Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici potest, quos Prator vtiles bonorum possessores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fine d. §. sed quod. Vlpianus ait: nec iam ex eo loco Bartoli sententia impugnari potest. † Altera obiectio est ex l. vlt. de success. edict. ad quam difficultior responsio videtur. Apertè enim Papinianus scribit cognatum inferioris gradus, edicti successio-rij beneficium non habere, si prior ex propria parte possessionem acceperit, licet ob auxilium atatis abstinenti facultatem impetrauit, ob idque fisco ea bona tanquam vacantia deferenda esse. Et si verò de cognato inferioris gradus, non de substituto loquitur, eadem tamen vtriusq. ratio esse videtur vt post aditam ab altero hereditatem aut petita bonorum possessionem excludantur, & fisco postponantur. Quomodo Accursius ratiocinatur, qui ad d. l. vlt. sic notat. Sic in l. post aditam. C. de impub. Sanè quod addit de l. si minor. de acq. hered. ridiculū est. Repugnat enim ea lex potius quam conuenit Papiniani responsio, vt supra explicauimus. † At videamus ne dici possit, multum interesse, an de legitima, an de testamentaria successione queratur. In testamentaria, hereditatem agnitam haberi pro non agnita, si non cum effectu agnita sit, quia voluntati testatoris prius satisfactum dici non potest. Legi verò, & Pratori satisfactum esse statim atque vni hereditas aut bonorum possessio delata, vel acquisita est: neque id prætere legem aut Pratorem requirere, vt cum effectu acquiratur. Vnde fiebat iure veteri, vt si suus heres aut proximus agnatus delatam sibi hereditatem repudiasset, sequentis gradus liberi, aut agnati non admittentur. Hoc enim est quod dici solebat in suis, & agnatis successionem non esse. l. i. §. sciendum. D. de suis & legit. §. placebat. Insti. de legit. agnat. success. Quod tamen, quoniam iniquum videbatur, Prator sic temperauit, vt ij ex capite vnde agnati exclusi, ex sequenti vnde cognati admittantur. d. §. placebat. Vnde intelligi potest, si vni ex cognatis delata sit bonorum possessio, isque eam repudiauerit, eum qui sequentis gradus sit edicti successorij beneficium habere, vt quemadmodum Prator iniquum existimauit solam delationem proximo agnatorum gradui factam sequentes excludere, ob eamque rem cum ex capite vnde agnati, exclusi essent, eos ex capite vnde cognati admittit: ita in constituendo iure bonorum possessionis vnde cognati prouiderit vt ex sola delatione vni facta sequentes non excludantur. quia hic nullum sequens caput sit, ex quo admitti possint, sed ita demum si prior gradus bonorum possessionem acceperit, quod ostendunt illa Papiniani verba, cum prior ex parte propria possessionem accepisset. Priore igitur possessionem accipientem sequentium ius omnino tollitur, licet postea prior abstineat, & successorij edicti potestas perimitur, quod ideo duntaxat propositum est ne bona diutius vacua iaceant. l. i. de success. edict. Qua etiam ratione puto si proximus agnatus hereditatem adierit, tumque atatis beneficio restitutus repudiauerit, sequentes admitti non posse, nec vnde agnati, nec vnde cognati, arg. d. l. vlt. Nec obstant, l. 2. §. si quis adi-

ta. & l. 2. §. si bonorum. D. ad S. C. Tertulian. Habent enim propriam rationem ex verbis S. C. vt Iurecon. ait, quod ab Accursio, & vulgaribus interpretibus ignoratum, à recentioribus eleganter & rectè obseruatum est. *Reuerentia Pratorum quoniam omnia ad se ad se determinat. 2^{am} vbiq. Prator.*

CAPVT V.

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

S V M M A R I A.

- 1 Quam actionem habeat is, cui seruus alieno mandatu ab eo emptus furtum fecit?
- 2 Iniquum esse vt ob furtum etiam mea culpa à seruo alieno factum noxalis actio mihi non competat.
- 3 Culpa nomine leuem culpam in iure significari.
- 4 Vera questio d. §. sed cum seruus. eiusque resolutio.
- 5 Emendatur d. §. sed quom & emendati sensus proponitur.
- 6 Locatorum vel commodatorum seruis de suo dolo in solidum teneri.
- 7 Casus quo mandatarius cui seruus emptus culpa mandatoris furtum fecit, non in solidum sed noxalis tantum actione aduersus mandatorem experiri potest.

† si seruus quem mandatu meo emisti, furtum tibi fecerit: questio est an aduersus me noxale duntaxat furti actionem habeas, an contrarium mandati in omne id quod tua interest. Et si quidem culpa mea dolose factum sit vt damnum passus sis, fortè si talem seruum emi mandauerim de cuius moribus te non monuerim, constat me in solidum teneri. l. si seruus communitis. 61. §. quod verò. de furt. Sed si mea nulla culpa sit, æquius est te mandati actione aliud non consequi, quam vt tibi seruus noxæ dedatur. l. inter causas. 26. §. sed cum seruus. D. mandat. Vbi exceptio subiungitur, si tamen sine culpa tua id acciderit. Ergo si culpa tua furtum tibi serui meus fecerit, ne quidem noxali actione experiri poteris. Atqui vix est vt furtum tibi sine culpa tua fiat. l. cum duobus. 52. §. damn. D. pro socio. Vix igitur est vt noxali agere possis. † Quod tamen iniquissimum esse nemo negauerit. Neque enim ex culpa & negligentia tua seruo meo permitti debet vt furtum tibi faciat. Nisi fortè ommissis duodecim tabularum legibus Lacedæmones aut priscos Gallos imitari volumus, apud quos furta non modò impunita, sed etiam laudibata fuisse legimus, si sic fierent vt *εἰ τὸ ἐργον* fures nò deprehenderentur. Ac sanè quod infinitis iuris locis scriptum est, ex furto serui dominum noxali actione teneri, accipiat cum ea distinctione, si non eius cui furtum factum est culpa intercesserit, (deterior enim mandatarij, quam aliorum conditio esse non debet.) fiet vt facile iuris regula illudatur, & delicta impunita remaneant. Nec receptam lectionem rectè tueri possis, licet verba illa, *sine culpa tua*, de insigni & lata mandatarij culpa intelligas. † Quod tamen commodè facere non possis, quoniam quibus iuris locis culpam indistinctè Iureconsulti dicunt, leuem, non latam, aut leuissimam intelligunt. l. 2. §. 1. l. 4. §. vlt. l. in actionibus. 5. de lit. iur. l. semper. 15. §. eum autem. D. quod vi aut clam. l. questum. 5. illud. de precar. l. contractus. 25. de regulis iuris. Deinde quatumuis lata & insignis culpa sit eius, cui furtum sit, satis tamen in eo coercetur quòd integram totius damni æstimationem consequi non potest, nec vsq. ad èdè plectèdus est vt ei serui nomine noxalis actio denegetur. Finge mercatorè tabernà in loco publico notu-

Et nò apertam reliquisse atq. ita ipsius merces à seruo tuo subtractas esse: Insignis profectò ipsius culpa est, neque tamen ausis negare ei te noxali actione teneri, si à seruo tuo furtu factu esse appareat. Multo igitur magis in mandatario idem probandum est, qui licet in culpa sit, verisimiliter tamè furtum passurus non erat si tui gratia mandatu non suscepisset. † Denique Iureconsultus in d. §. sed cum. non querit an mandatarius ob furtum serui noxaliter agere possit aduersus mandatorem (id enim erat sine dubio, vt idem Paulus ait in l. pen. commod. & l. si dominus. 45. D. locat. neque in eam rem Neratij autoritate opus erat) sed an noxali actione contentus esse cogatur, ne contrario mandati iudicio in solidum agere possit. Hoc verò difficile videbatur, quia licet æquum sit non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire, quam quanti ipse seruus sit, multo tamè equius est nemini officium suu, quod eius, cum quo cõtraxerit, nò etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse: vt Africanus disputat in l. si seruus. 61. §. quod verò. D. de furt. Sed hoc demum rectè dicitur, cū mandantis culpa argui potest, quæ si nulla sit, maior ratio est vt is qui mandauerat, & cui nihil imputari potest, noxæ deditio liberetur. Planè si seruu petat indemnam mandatarium prætare compelleretur. l. si seruus Titij. 70. de leg. 1. Atque ita suprascripto loco Paulus ex Neratij sententia respondet, mandatario noxalem duntaxat, non in solidum actionem competere, si tamen, inquit, sine culpa tua id acciderit. igitur cū ipsius mandatarij culpa furtu factum est, dicemus ei non tantum noxalem, sed etiam in solidum agere licere. Ita enim ex superiorib. omnino sequitur, quod tamen absurdissimum est. Neque aliud dicere Accursius potest, quam verba illa de mandatarij in emendo culpa intelligi debere, quod nec posteriore hanc dubitationem tollit, nec verum est, cū apertè Paulus de mandatario loquatur, cuius culpa furtum accidit. † Emendanda igitur est vulgata lectio, & pro tua, legendum mea, vt simili errore in l. si mandatu. 45. §. vlt. D. cod. scriptum est tuam, pro meam. Et sensus erit, noxalem duntaxat actionem tibi competere, non contrariam mandati in solidum, nisi culpa mea furtum acciderit. Hoc enim casu, id est vt sequentia explicant, si scissem furem esse seruum, nec tibi prædixissem vt posses præcauere, tunc quanti tua interfit, tantum me tibi præstare debere. Mihi namque culpa hæc imputari potest, licet non reticuerim dolo malo, vt facile contingit. Sed in actione mandati, itémque depositi, culpa hac parte à dolo separanda non est, d. l. 61. §. quod verò. de fur. In commodato, locatione, & similibus aliud obseruandum est, vt qui commodauit seruum vel locauit, si ab ipso furtum factum sit nò vltra serui pretium teneatur, d. l. 61. §. circa commodatum. vbi additur, si non dolo quid fecerit. Ita enim legendum est retenta negatione, quæ in vulgaribus libris omnibus est, licet in Florentinis malè desit. † Absurdum namque fuerit, commodatorem aut locatorem serui, si dolo aliquid fecerint, non vltra serui pretium teneri, vt idem Africanus scribit in l. si seruus. 31. in fin. de pignor. action. aut eos quorum dolo argui non potest ne quidem ad serui pretium teneri: horum quippe melior conditio esse debet, quam si dolum fecissent. Idque apertè scriptum est in d. l. pen. commod. l. si dominus. 45. D. locat. & d. l. si seruus. 61. §. 1. de furt. vbi dicitur bonæ fidei conuenire, vt in huiusmodi iudiciis doli nomine in solidum teneatur is qui dolum commisit, quæ etiam sententia est illius exceptionis, nisi

quid in his amplius sit, id est, nisi præter serui furtum, domini quoque dolum intercessisse proponas. Eodem planè sensu quo in d. §. sed cum. Paulus scribit, nisi culpa mea id acciderit. † Ei tamen quod dicimus mandatario aduersus mandatorem in solidum actionem dari si mandatoris culpa furtum factum sit, exceptio subiicienda est, nisi mandatarij quoque culpa argui possit. Quid enim si ipse vltra custodiam seruo dederit argenti fortè vel nummorum, cū alioquin dominus nihil vnquam tale fecisset? Hoc casu aliter obseruandum est, vt mandatario non in solidum, sed noxalis tantum actio detur, quomodo Africanus intelligendus est in d. l. 61. §. hac ita puto. de furt. quamuis magnus Africanus interpret dissentiat: quem proculdubio hic Pauli locus fefellit. Cæteru nec quæuis mandatarij culpa impedit quominus in solidum agere possit, sed ea duntaxat, quæ furto causam dat, vt in exemplo illo Africani, cū mandatarij seruo empto custodiam argenti vel nummorum vltra committit. Est enim quod sibi imputet cur commiserit cū sciret dominum nunquam tale quid fecisse. At si forte per imprudentiam nummos suos in arca aperta reliquerit, & eos seruus emptus subripuerit, licet in culpa quodammodo sit, in solidum tamen agat, quia furto causam nò dedit, nec vltra custodiam commisit.

CAPVT VI.

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

S V M M A R I A.

- 1 An sponsus sponsam de adulterio iure mariti accusare possit?
- 2 Quomodo accipiendum sit Diui Pij rescriptum in l. si vxor. §. Diui. ff. ad leg. Iul. de adult.
- 3 Quomodo legatur d. l. propter. C. de adult.
- 4 Verba illa, quasi sponsa, quem sensum habeant in l. si vxor. §. si minor. ff. ad leg. Iul. de adult.

Nondum † inter omnes constat an sponsam de adulterio sponsus iure mariti accusare possit. Quidam enim sunt hac de re iuris loci in vtramque questionis partem ancipites, qui nisi distinctione adhibita commodè explicari non possunt. Primum autem distinguendum arbitror, an accusationis tempore maritus ille sit qui de adulterio sponsam accusare vult, hoc est eam, quæ adulterij tempore sponsa fuit, an verò sponsaliorum tempore accusatio instituat. Rursus si ià accusationis tempore contractum matrimonium est, an adulterium eo tempore commissum esse dicatur, quo sponsa vxor esse potuit, an eo, quo vxor nondum propter ætatem esse potuit. Si sponsaliorum tempore accusatio instituat, non puto iure mariti accusare posse eum, qui maritus non est, & vt apertius dicam, solum maritum, non sponsum iure mariti accusare posse existimo. Nam & ea, quæ vni desponsa adulterium commisit, postea alteri à patre in matrimonium tradi potest, quo casu de adulterio priorem sponsam agere non posse Papinianus respondit in l. miles. 11. §. querebatur. D. ad leg. Iul. de adulter. non quod aliis casibus sponso sponsam iure mariti accusandi potestas concedatur, sed vt intelligamus in proposito casu, si priori sponso nupta post adulterium sponsa fuisset, futurum vt de adulterio iure mariti accusari possit. Quod ipsum tamen non indistinctè verum est, sed ita demum si adulterij commissi tempore vxor esse potuit, ea, quæ de adulterio accusatur. l. propter. 7. C. cod. quæ propter hanc

causam de violata virgine adulta loquitur, itémque de eo qui postea maritus esse cœpit, vt ostendat neque eam quæ adulterium commisit, quo tempore vxor esse nondum potuit, neque etiã si vxor esse potuit, iure tamẽ mariti à sponso accusari posse, priusquam maritus esse cœperit. Idque apertius tractat Vlpianus in *l. si vxor. 13. §. si minor. 6. D. eod.* vbi scribit si minor duodecim annis in domum deducta mariti, adulterium commiserit, mox apud eum ætatem exceßerit, vxorque esse cœperit, non posse eam iure viri de adulterio quod ante ætatem nupta commisit, accusari. Possẽ tamen quasi sponfam accusari ex rescripto Diui Seueri, de quo prius dixerat, in *§. Diui. quoque* cautum est vt in sponsa etiã adulterium vindicetur, quia neque matrimonium qualecunque, nec spem matrimonij violare permittatur. † Ex quo apparet non sic illud Diui Seueri rescriptum intelligi, vt sponsa iure mariti accusetur, sed vt de adulterio accusari possit, nunc iure mariti, si tempore adulterij vxor esse potuit, posteaque maritus esse cœpit is qui adulterij tempore sponsus fuerat, nunc iure extranei, si duo hæc, aut ex iis alterum desit. † Scio esse qui in *d. l. propter*, malunt legere, *propter violatam virginem qua postea adulta esse cœpit*, quod si rectum esset, vtique Alexandri rescriptum cū Vlpiani responso pugnaret. Alexandri sententia esset, maritum iure viri accusare posse eam quæ adulterij tempore sponsa fuit, & impubes, & postea adulta esse cœpit. Vlpiani verò, non posse hanc iure mariti accusari, sed quasi spõsam. † Sed nec illud probo quod iisdem placet, illa Vlpiani verba, *quasi sponsa*, sic intelligi, vt præcesserint sponsalia, priusquam ea in mariti domum deduceretur. Potius enim ostendunt sponsalia nulla præcessisse sed nuptias, quæ tamen propter ætatem nuptiæ non fuerunt. Vnde & Vlpianus ait, *ante ætatem nupta*. Quamquam verò spõsa fuit, tamen quasi sponsa accusari potest ex sententia rescripti Diui Seueri: quod factum est, vt supra diximus, vt in sponsa quoque adulterium vindicetur propter spem matrimonij: Quæ longè maior, certè non minor est in nupta ante ætatem, licet verè nec nupta nec sponsa sit, quàm in sponsa, ob idque iusta adueniente ætate vxor esse incipit, nec nouis nuptiis opus est, quæ in sponsa requiruntur. *l. dotis promissio. 68. D. de iur. dot.* Nihil igitur interest an spõsalia præcesserint, an non: si modò sine sponsalibus spes aliqua matrimonij fuit eo tempore quo adulterium commissum esse dicitur: hoc est si ante ætatem nupta fuit.

CAPVT VII.

Ad §. Cato. 4. D. de verb. oblig. noua coniectura.

SVM MARIA.

- 1 Factorum que in stipulationem deducuntur diuisio in diuidua & indiuidua.
- 2 An ex facti indiuidui stipulatione stipulatoris heredes in solidum agere, promissoris vero heredes in solidum conueniri possint?
- 3 Distinctio inter heredes stipulatoris & heredes promissoris in hac questione adhibita.
- 4 Dissimilitudinis inter utroque ratio.
- 5 In facti indiuidui stipulatione promissoris heredes omnes ex vnus facti teneri, quum heredis in ea mentio sit.
- 6 Facti indiuidui stipulatione in rem concepta stipulatoris heredes omnes agere & promissoris teneri.
- 7 Distinctio proposita in d. §. Cato inter facti diuidui &

- 8 *Indiuidui stipulationem, eiusque ratio*
- 8 Verba illa §. Cato, quod nisi in solidum peccari non poterit, &c. constructionem non recipere.
- 9 Differentia inter committi stipulationem & committi in stipulationem.
- 10 Reijcitur interpretatio dicti versiculi quod nisi a Duareno allata.
- 11 Noua dicti versiculi emendatio.
- 12 Differentia inter stipulationem iter fieri, & stipulationem amplius non agi.
- 13 Stipulationem hanc Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat, similem esse stipulationi, Titium heredemque eius rem ratam habiturum, non autem stipulationi Iter fieri ex Paulo contra Catonem ostenditur.
- 14 Error Catonis in d. §. Cato.
- 15 Ratio pro Catone.
- 16 In facti indiuidui stipulationibus quibus pœna adijcitur, & in quibus heredum mentio sit, pœnam ab eo per quem factum est proportionem hereditaria exigi.
- 17 Pauli ad Catonem notam ab Accursio intellectam non fuisse.

DE huius §. sententia nemo vnquam fuit, qui non valde dubitauerit, aut qui in eius interpretatione sibi satisfecerit. Habet enim nõ modò obcurisimum tractatum, sed etiã verba vsq. aded ambigua, & contorta, vt vix quicquã rectè ex iis conici posse videatur. Sed priusquã de verbis dicamus, tota questio, de diuiduis & indiuiduis faciendæ stipulationibus breuiter explicanda est, ac paulò altius repetenda. † Omnia facta, quæ in stipulationem deduci possunt, diuidua vel indiuidua sunt. Diuidua dicuntur, quæ pro parte fieri, pro parte non fieri possunt. Indiuidua verò quæ vel nulla ex parte vel in totum fieri necesse est. Prioris generis illa sunt, Agere Ratũ habere, ceteraque eiusmodi. Posterioris autem Iter fieri, Habere licere, Per te nõ fieri quominus mihi ire agere liceat, & similia. Ac in diuiduis quidem dubitatio nulla est, quin si in stipulationem deducta sint, defuncto stipulatore, aut promissore inter heredes ipso iure, & ex lege duodecim tabularum diuidatur. Sed de indiuiduis tota questio est, quib. in stipulationem deductis stipulatio indiuidua dicitur. † Questio autẽ in eo est, an ex huiusmodi stipulationibus, promissoris aut stipulatoris heredes in solidum agere aut conueniri possint, aded vt vnus facti aduersus ceteros quoque aut in ceterorum vtilitatem stipulatio committatur. De quo eleganter & accuratè Iureconsulti Vlpianus & Paulus tractant in *l. 2. §. item si in facti. 1. 3. & 1. 4. D. de verb. oblig.* † Primum autem distinguendum est inter heredes stipulatoris, & heredes promissoris. Si promissor plures heredes reliquerit, & vnus ex iis fecerit quod non fieri oportuit, indistinctè dici potest ceteros quoque teneri, sed familiæ eriscundæ iudicio repetere posse quod præstiterunt, ab eo, cuius facti stipulatio in solidum commissa est. Si verò stipulator pluribus heredibus relictis deceßerit, & queratur an vno ex iis prohibito, cum fortè promissum esset. Per promissorem non fieri quominus stipulatore ire agere liceat, ceteri qui prohibiti non sunt ex stipulatu experiri possint, Paulus distinguit an stipulationi pœna aliqua adiecta sit, necne. Pœna enim non adiecta stipulationem non committi, nisi pro parte eius, qui prohibitus est, quia ceterorum non interest. Pœna adiecta in solidum committi stipulationem, hoc est, ita vt quisq. pro parte hereditaria ex stipulatu agere possit, quia pœna adiectio efficit vt querendum non

non sit an singulorum interest, sed illud duntaxat inspiciendum quæ sit quantitas, & conditio stipulationis, vt licet nihil agentium interest, stipulationis conditionem extitisse sufficiat. Sed tamen qui prohibiti non sunt si ex stipulatu agant doli exceptione submoueri poterunt, vt Paulus monet in *§. vlt. d. l. 2.* quoniam ipsorum nihil interest, satisque promissor in eo punitur, quod ei, qui prohibitus est, præstat quanti ipsius interest. † Huius porro dissimilitudinis, quam inter stipulatoris & promissoris heredes constituimus, rationem Vlpianus reddit in *l. 3. eod.* quod interest prohibiti à nemine prohiberi: coheredum verò illius qui prohibitus est, nihil interest coheredem prohibitum fuisse. Sed hinc quoque subdistingendum arbitror, an sic concepta stipulatio sit, *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi, heredique meo agere liceat*, an ita vt heredis mentio non fiat, hoc modo, *Per te non fieri quominus mihi agere liceat*. † Ac priore duntaxat casu verum esse arbitror quod in *d. l. 2. §. vlt. & l. 3.* dicitur promissoris heredes omnes vnus facti teneri, & vno ex stipulatore heredibus prohibito, in ceterorum quoque persona stipulationem committi. Nam si heredis mentio in stipulatione facta non sit, magis esse puto vt neque alius promissoris heres teneatur quàm is per quem factum est quominus stipulatore ire agere liceat, neque ex stipulatore heredibus, quisquam ex stipulatu agere possit præter eum qui prohibitus est. Idque meo iudicio faciunt verba stipulationis, ex quibus actiones omnes, quæ de stipulationibus incurrunt decidi & terminari debent. Si enim cum ab vno ex promissoris heredibus prohibitus esses, aduersus alium à quo prohibitus non es experiaris ex ea stipulatione in qua heredis mentio facta non sit, obici tibi poterit ex iis verbis stipulationis, *Per te non fieri*, alium conueniri non posse, quàm per quem factum est: per eum verò nihil factum esse contra quem experiaris. Aut si cum coheres tuus prohibitus esset, non tu, stipulationem in tua quoque persona commissam esse intendas, æquè tibi obici poterit ex iis stipulationis verbis, *quominus mihi ire agere liceat*, nullam tibi actionem acquisitam esse, cui, si velis, ire agere liceat. Quod si heredis mentio in stipulatione adiecta sit, prohibentis coheres reculare non potest quominus pro sua parte actionem excipiat: cum ad hoc sufficiat *Per heredem factum esse ex iis stipulationis verbis, neque per heredem*. Quemadmodum & coheres illius, qui prohibitus est, ex iis verbis, *heredique meo*, rectè ex stipulatu agere potest, licet prohibitus nõ sit, quia ad hoc vt stipulatio committatur, sufficiat heredem stipulatore prohibitum esse. † Quod si neque promissoris neque stipulatore persona demonstrata sit, sed ita fortè concepta stipulatio sit, *iter fieri, habere licere*, idem dicendum est vt omnes promissoris heredes teneantur, licet per eos factum nihil sit, itémque omnes stipulatore heredes agere possint, etiã qui prohibiti non sunt, quia stipulationis verba aliud non requirant quàm vt iter factum non sit, non inspecto eo an per te, an per alium, me petente an coherede meo factum non sit. His verò cognitis explicandus nobis est *§. Cato*. † In eo primum Catonis distinctionem Paulus refert, vt pœna certæ pecuniæ præmissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus vnus contra quàm cautum est fecerit, ab omnibus pœna committatur pro portione hereditaria, si id factum, de quo cautum est, indiuiduum sit, veluti *iter fieri*.

Ab vno verò pro portione sua si diuisionem recipiat, veluti, *amplius non agi*. Cuius differentia rationem illam Cato reddebat, quod in priore casu omnes commississe videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*. † Hæc enim §. verba sunt, in quorum tamen constructione magnus interpretum labor est, neque sanè videntur commodè construi posse, nec si Priscianum, ceterosque nobiliores Grammaticos consulamus. Primum enim peccari illam stipulationem Latine dici non potest pro committi stipulationem, vt parum acutè quidam scripserunt, existimantes dici solere committi stipulationem, pro committi in stipulationem, quod falsum est. † Nam committi stipulationem aliud non est, quàm diem aut conditionem stipulationis cedere: quomodo dicimus committitur stipulatio. At peccatur stipulatio quis dixerit? Sed neque ita Paulus scribere potuit quod nisi in solidum committi non poterit illam stipulationem. Palam enim scribendum esse committi non poterit illa stipulatio. Deinde stipulatio Iter fieri longè differt ab illa *Per te non fieri*, &c. vt supra diximus. Quod cum ita sit, inepta erit Pauli ratio, si sic intelligatur, vt in stipulatione iter fieri ided omnes coheredes stipulationem commississe videantur, quod nisi in solidum peccari non poterit aduersus illam stipulationem *Per te non fieri*, &c. † Ineptior verò si ex Duareni sententia (qui Taurellum secutus omnium pessimè locum hunc interpretatus est) verba illa, quod nisi in solidum peccari non poterit, parenthesi circumscribamus, & sequentia illam stipulationem ad præcedentia illa referamus, omnes commississe videntur. Idque clarum & apertum est. † Proinde iam dubitari non oportet quin Florentina & communis, qua nunc vtmur, lectio emendanda sit, ac potius ita legendum, quod in priore casu omnes commississe videntur quod (sine accentu pro id quod, non pro quia) nisi in solidum peccari non poterit, vt in illa stipulatione *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*. Quod à me superioribus annis obseruatum, & nobilissimo mihi quæ charissimo adolescenti Alexandro Guerino communicatum, cum singulas tituli de verb. obligat. leges communi studio & diligentia percurreremus, postea in vetere libro sic scriptum comperi, cuius autoritas me in priore sententia magis ac magis confirmauit. † Habet verò hæc lectio sententiam perelegantem, ex qua rationem differentia à Catone redditam eam esse intelligimus, vt in priore casu, hoc est in stipulatione iter fieri, vno non faciente stipulatio in solidum committatur, quia videantur omnes coheredes commississe, id quod nisi in solidum committi & peccari nõ potuit. Posteriore autem casu, hoc est in stipulatione amplius non agi, nõ videntur omnes commississe quod in partem committi potuit, quod tamen à Catone prætermisum est, quasi id ex præcedentibus & comparatione stipulationis iter fieri satis intelligeretur. † Hæc porro stipulationem iter fieri Cato illi similem esse dicebat *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, vt hæc quoque in solidum committatur aduersus omnes promissoris heredes, si per aliquẽ ex iis facti sit quominus mihi ire agere liceat: quia quod per vnũ fiat, per omnes factum esse videatur. Sed hanc Catonis similitudinem Paulus reprobat iis verbis, *sed videamus ne non idem hoc sit*, id est ne nõ satis rectè stipulatio hæc, de qua proxime dictum est, *Per te non fieri*, &c. similis esse dicatur illi iter fieri: At potius similis sit illi Titium heredemque eius ratum habiturum, vt quemadmodum ex

hac solus ille heres tenetur qui ratum non habet, & solus is agit à quo petitur: ita ex illa, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, solus ille tenetur stipulatori per quem factum est quominus ei ire agere liceret, & ex pluribus stipulatoris heredibus alius experiri non possit, quam cui ire agere non permittitur. Atqui, iniquis, manifesta est inter huiusmodi stipulationes differentia, cum stipulatio De rato factum diuiduum contineat, illa verò, *Per te non fieri*, &c. factum indiuiduum. † Et hoc nimirum est in quo Cato fallitur, nihil interesse existimans an heredis mentio in stipulatione facta sit, an non: sed illud tantum distinguens an diuiduum, an indiuiduum factum stipulatione contineatur, cum tamen prior quoque distinctio necessaria sit, & manifestam rationem habeat, quam nos supra explicauimus. † Quòd si obicias in stipulationibus indiuiduis per omnes factum videri, quod per vnum ex omnibus factum est. Respondebo id eò pertinere, vt si heredis mentio facta sit, sufficiat aliquem ex heredibus id fecisse quod nisi in solidum facere non potuit. Sed stipulatione sic concepta, vt illius tantum persona demonstrata sit, per quem fiat id, de quo non faciendo stipulatio interponitur, hac ratione abuti non debemus, vt quod ab vno ex heredibus factum est, à cæteris omnibus factum esse interpretemur. Verum enim est per eos nihil factum fuisse. Idque eo magis probandum est, quòd Paulus de ea stipulatione loquitur, cui pœna subiecta est: quo casu absurdum non est pœnam exigi ab eo per quod factum est pro ipsius portione hereditaria, tum ex stipulatione aduersus alios agi, vt per eos non fiat quominus stipulatori ire agere liceat. Cum pœna præmissa non est, nõ ita explicari res potest. Is enim per quem factum est, in id quod stipulatoris interest conuenitur, nec nisi pro portione sua hereditaria. Vnde fit vt aduersus cæteros quoque ex stipulatione agi necesse sit ad id quod interest cum stipulatoris in solidum inter sit à nemine prohiberi, quia huiusmodi factum indiuiduum est. Idque licet in stipulatione heredis mentio facta non sit. † At pœna præmissa, quæ commodè diuidi potest, nec impedit quominus in solidum ex stipulatione agi possit aduersus cæteros per quos nihil adhuc factum est, vt stipulatorem ire agere patiantur, commodè hæc interpretatio admitti potest, vt pœna exacta ab eo qui prohibuit pro ipsius portione hereditaria, cæteri nullo modo teneantur, si modò per eos nõ fiat quominus stipulatori ire agere liceat. Obseruandum verò est, quòd mirificè distinctionem nostram confirmat, omnibus iuris locis quibus dicitur stipulationem hanc *per te non fieri*, &c. vno prohibente in solidum committi, ita stipulationem concipi vt heredis mentio fiat, veluti in *l. heredes. 25. §. in illa. ff. famul. er. c. l. 2. §. item si in factu. l. 3. l. in executione. 35. §. quòd si stipulatus. ff. de verb. oblig.* † *Accursius*, cuius temporibus nondum corrupta erat vera lectio quam veterem fuisse dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo Catonem in eo, quòd stipulationem *Iter fieri* illi similem esse dicebat *Per te non fieri*: sed quid sibi Paulus velit non intellexit, vt ex ipsius glossis perspicere quibus potest, maximè verò ex glossula in illis verbis *non fieri*, in qua notat eandem esse illam stipulationem de qua prius idem Paulus dixerat in *l. 2. §. item si in factu*. Quod si admittas, planè non video quænam eius loci sententia aut interpretatio excogitari possit. Cæteræ, quæ in hunc vsque diem ab aliis excogitæ sunt, tam improbabilis & à Pauli

verbis alienæ sunt vt vix dignè videantur, quæ vel referantur, vel ratione potius quàm silentio resolantur.

CAPVT VIII.

Emendatio. §. vlt. l. 4. de verb. obligat. & l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum. de oper. noui nunciat.

SVM MARIA.

- 1 *Corruptam esse d. §. vlt. lectionem.*
- 2 *Vtilitas quid significet?*
- 3 *Accursij interpretatio ad §. incertam l. 2. ff. de Prætor. stipulat.*
- 4 *Ex stipulatione damni infecti & alijs que incertam quantitatem continent, obligationem defuncti promissoris inter heredes pro hereditaria portione utilitatis causa scindi.*
- 5 *Reijciitur quorundam interpretatio ad d. §. vlt. l. 4. de verb. oblig.*
- 6 *Emendatio d. §. vlt.*
- 7 *Differentia inter opus publicum & priuatum, ad damni infecti stipulationem pertinens.*
- 8 *In quo differat damni infecti stipulatio, à noni operis nuntiatione.*
- 9 *Emendatur & explicatur §. hoc interdictum. l. 29. de noui oper. nuntiat.*

Quoniam superiore capite de indiuiduis stipulationibus diximus, & §. Cato. l. 4. de verbor. obligat. explicauimus, placet hoc etiam capite aliquid addere de sententia & emendatione §. vlt. d. l. 4. † cuius lectio mihi corruptissima esse videtur. Neque enim verum est, quod Paulus in eo scribit, ex parte stipulatum utilitatis causa receptum esse, vt si is qui duplam stipulatus est decesserit pluribus heredibus relictis, vnusquisque ob euidictionem suæ partis pro portione sua actionem habeat, idemque esse in stipulatione fructuaria, damni infecti, & ex operis noui nuntiatione. Nam & idem Paulus in *l. 2. §. incertam. de Prætor. stipulat.* scribit in huiusmodi stipulationibus, & similibus, quæ incertam quantitatem, hoc est, eius quod interest præstationem continent, summa ratione fieri, vt vno ex stipulatoris heredibus vincete in partem eius stipulatio committatur, hoc enim facere verba illa stipulationis, *quanti res est*. At quod summa ratione sit, utilitatis causa receptum esse dici non potest, nec summam rationem interpretari possumus æquitatem à stricta ratione differentem, si verum est quod in *d. §. incertam*. Paulus ait, id fieri ex ipsis verbis stipulationis. Quod enim tale est, videri non potest fieri ex æquitate rationi strictæ contraria. † Nec rursus dici potest, quod quidam tentauerunt, utilitatem eo loco pro eo quod interest vsurpari. Et si enim quibusdã iuris locis eo sensu utilitatis appellatio sumitur, tamè vix est vt in proposita questione sic accipiatur, cum ea demum utilitatis causa recepta esse dici soleant, quæ contra summam strictamque iuris rationem ex æquitate recepta sunt. † *Accursij* quoque interpretatio displicet ad *d. §. incertam*. vbi notat summam rationem fieri vt inter promissoris heredes obligatio diuidatur, cum tamen aperte lex dicat summam rationem fieri, vt vno ex heredibus stipulatore vincete in partem eius stipulatio committatur. idque fieri ex illis verbis stipulationis, *quanti res est*, quæ nihil aliud significant quàm id quod interest. *l. vlt. D. cod. Heredum verò stipulatore amplius*

plius non interest quàm pro hereditaria cuiusque portione. Summa igitur ratione, sit non utilitatis causa, vt pro sua quisque parte ex stipulatu actione habeat. † Neque tamen id ita accipi velim, quasi existimem in personis heredum promissoris, defuncti obligationem non scindi. Quod enim scriptum est in *d. §. incertam. quamuis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendente à defuncto stipulationem diuersam conditionem cuiusque facere*, non eò pertinet vt corrigatur quod prius dictum erat, scindi obligationem in personis heredum: sed vt intelligamus eam inter promissoris, & stipulatore heredes differentiam esse, quòd quamuis in omnibus idem ius sit, tamen in promissoris heredibus utilitatis causa receptum est, quod in persona heredum stipulatore summa & stricta iuris ratione obtinet. Iuris enim ratio facere videtur, vt ex persona heredum obligationis conditio non immutetur. *l. 2. §. ex his de verbor. oblig.* Ipsi autem promissori pro parte nec restitutio nec defensio contingere potest, quia si in solidum stipulationi non satisfecerit, in solidum condemnatur, *d. l. 4. in fin.* At quoniam id quod stipulatore præstandum est commodè diuisionem recipit, & iniquum videtur eum qui hereditatis partem tantum habeat integrum onus sentire, utilitatis causa receptum est vt obligationis conditio in promissoris heredum persona immutetur. † Quod si ita est, eorum interpretatio probabilis non videtur qui in *d. l. 4. §. vlt.* verba illa, *ipsa autem promissori*, sic explicant, ex parte promissoris, vt quod de iplo promissore Paulus ait, de promissoris heredibus intelligatur. Hoc enim nec Pauli verbis, nec iuris rationi conuenit, ex qua verum est promissoris heredes partis præstatione liberari. *l. in executione. 35. §. in solidum. l. cum ex causa. 139. de verb. oblig. l. ex damni. 40. §. pen. de damni. infecti. l. supra 11. §. officium. D. aque pluuiar. ar. cend.* Denique nulla hac parte inter promissoris & stipulatore heredes differentia est, nisi quòd in his summa & stricta iuris ratione, in illis verò ex æquitate, & utilitatis causa defuncti obligatio scinditur. *d. l. 2. §. incertam. de Prætor. stipulat.* † Vnde conicio in *d. l. 4. §. vlt. de verb. oblig.* malè scriptum esse, *Hæc utilitatis causa ex parte stipulatore recepta sunt*, idque potius ex imperiti interpretis glossa in textum irrepsisse. Sequitur vt videamus de emendatione *l. Prætor. 20. §. hoc autem interdictum*. (ex illis namque verbis initium §. sumendum est, non ex illis, *adiicitur & illud*) *D. de operis noui nunciat.* Illud enim mirè atque adeò falsum est quòd Vlpianus ait, si is qui in publico ædificat non satisfecerit, sed tantum repromiserit, posse eum prohiberi quominus ædificet, nec permittendum esse in publico ædificare, prius quàm appareat quo iure quis ædificet. † Etenim certi iuris est, in noui operis nuntiatione cum de repromissione aut satisfadatione quaeritur, ita obseruari vt de eo opere quod in priuato sit, satisfadari: de eo verò quod in publico, duntaxat repromitti oporteat. *l. 1. §. stipulatore itaque. de Prætor. stipul.* † In quo differt noui operis nuntiatio à damni infecti stipulatione, in qua ex contrario sic distinguitur vt ratione eius quod sit in flumine publico satisfadationem exigat: pro re verò propria, nuda repromissione contenta sit. *d. l. 1. §. item ex causa. l. Prætor. 7. §. 1. l. qui bona. 13. §. 1. D. de damni. infecti.* Cuius dissimilitudinis illa fortasse ratio est, quod publicè inter sit rei publicæ damnum non fieri, eaque res magni momenti sit. At nouum opus fieri in flumine publico non ita magni esse momenti, & is qui in publico ædificanti nouum opus nunciat, & de alieno

iure contendit non de suo, & tanquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debet, vt Paulus ait in *l. non solum. 8. §. si cum possem. de oper. noui nunciat.* Vt cumque verò sit, illud apertissimum est, ei qui nouum opus nunciat ædificanti in publico repromittendum duntaxat non etiam satisfadandum esse: neque defendi posse sententiam *d. §. hoc autem interdictum*. quia cum nihil inter sit an qui in publico ædificat, repromittat: an qui in priuato, satisfadet. *l. de pupillo. 5. §. si is cui. D. eo. apparet Prætoris interdictum*, quo vim fieri vetat ei qui pro opere facto in loco priuato satisfadedit, ad eum quoque protrahi debere qui ratione operis in publico facti repromisit, vt non magis huic quàm illi vim facere liceat quo minus cœptum opus perficiat. Sed me illud etiam mouet, quòd cum interdicti verbis nihil de loco publico dicatur, incongrua & parum accommodata videtur ratio illa, *neque permittendum fuit in publico ædificare*, &c. † Quorum enim in publico? An quòd in priuato ædificans repromissione liberetur? Id verò dici non potest, nec vlla alia probabilis eorum verborum sententia excogitari: nullam certè hactenus excogitatam esse intelliges, si *Accursij* glossas, aliorumque omnium interpretum Commentarios inspicias, & perlegas. Igitur probabile est ea verba, in publico, sic emendanda esse vt legamus *in eo loco*, quæ interdicti verba sunt *d. l. Prætor. 20. in princ. §. deinde*. Est enim conueniens in interdicti interpretatione, ipsius interdicti verbis Vlpianum vsu esse. Significant autem in eo loco in quem nuntiatum est ne quid noui operis fieret, vt ex toto interdicti contextu intelligi potest. Illa verò sequentia, *prius quàm appareat quo iure quis ædificet*, quæ etiam *Accursius* malè explicat, sic accipienda sunt, prius quàm satisfadatum sit: nam vt in §. præcedente Vlpianus ait, interposita satisfadatione, nihil interest an iure, an iniuria quis ædificet, cum securus sit is qui opus nouum nuntiauit posteaquam ei cautum est.

CAPVT IX.

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

SVM MARIA.

- 1 *Distinctio & subdistinctio Iuliani in questione illa, an pupillaris substitutio lege Cornelia confirmetur.*
- 2 *An pupillares tabule lege Cornelia confirmantur si patre iam mortuo filius in hostium potestatem incidit, & apud eos decesserit.*
- 3 *Ex lege Cornelia directas, non viles actiones dari.*
- 4 *Interpretatio §. 1. d. l. pater.*
- 5 *Ratio cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Cornelianam deferatur.*
- 6 *Legis Cornelia fictionem ad eum quoque casum extendi quo filius mortuo patre ab hostibus captus est, & apud eos decessit.*
- 7 *Cur legis Falcidia potestas per Prætoris edictum in eis induita sit qui omnia causa testamenti hereditatem possident.*
- 8 *An si filius in ciuitate viuo patre rapto decesserit, ex lege Cornelia pupillares tabule confirmantur, si pater deinde apud hostes decesserit.*
- 9 *Interpretatio Accursij ad l. quod si. 11. ff. de capt. & postlimin. reuer.*
- 10 *Contra eam obiectio, & responsio.*
- 11 *De quo herede accipienda sit l. pen. de suis & legit. hered.*
- 12 *An, quum filius pubes viuo patre captus, apud*

hostes decedit patre iam mortuo in ciuitate, an, inquam illa filij hereditas ad proximum agnatum pertineat, & an patris hereditas dici possit?

In questione illa, an pupillaris substitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in *l. lex Cornelia. 28. D. de vulg. & pupill. substit.* monet distinguendum esse, an pater, an filius apud hostes decessisse proponatur. Etenim patre apud hostes mortuo, si post ipsius captiuitatem filius in ciuitate decesserit, siue viuo adhuc, siue mortuo parte pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cetera omnia quae testamento ante captiuitatem facta continentur. Ratione illa, quod licet filius viuo patre sui iuris effectus esse videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non rediit ab hostibus iam ex eo tempore quo captus est decessisse intelligatur, vt aduersus quorundam sententiam Papinianus disputat in *l. pater 10. in princip. D. de capt. & postlimin.* Sed si pater in ciuitate mortuo filius apud hostes decesserit, idem Iulianus in *d. l. lex Cornelia*, subdistingendum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in hostium potestate peruenerit. Priore casu legi Corneliae locum non esse, quia per eam non efficiatur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit. Idque nullam recipit dubitationem. At posteriore casu non incommode dici hereditatem pupilli ex ea lege ad ipsius substitutos pertinere. Hic verò casus est de quo probabilius dubitari potest. Nam Papinianus in *d. l. pater. §. ult. disertè* scribit legem Corneliae de tabulis secundis nihil locutam, eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset. Quod si ita est, pupillares tabulas in proposito casu ex lege Cornelia confirmatas esse dici non potest; licet ibidem Papin. subiiciat Praetorem non minus patris, quam legis voluntatem subsequi debere, & substituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius ostendit ex lege Cornelia substitutionem pupillarem non confirmari, quae si confirmaretur directae non vtiles actiones substituto darentur, cum lex Cornelia & hereditatem, & heredem faciat. *l. filiusfamilias. 18. D. ad legem Falcid. l. captum. 9. l. ius postliminij. 14. Cod. de postlim. reuers.* Ex quo refellitur eorum adnotatio, qui ex lege Cornelia vtiles tantum actiones dari existimant, idque probari putant ex *d. l. pater. 10. §. ult.* vbi tamen non à lege, sed à Praetore vtiles actiones substituto dandas esse dicitur. Ideo autem directas Praetor non dat, quia heredem facere non potest. *§. quos autem. Institut. de bonor. possess.* Nec rursus dici potest, quod iidem volunt, Praetorem ex mente legis Corneliae vtiles actiones substituto dare, cum aperte Papin. dicat legem Corneliae de secundis tabulis nihil locutam esse, quin eius personam tantum demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Et quemadmodum inepte quis diceret Praetorem ex mente legis 12. tab. vocare emancipatos ad successionem intestatorum parentum, licet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & suorum agnatorumque duntaxat personam demonstrauerit, ita rectè meo iudicio dici non potest ex mente legis Corneliae pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta est, nec intelligi potest, cum ex contrario eius personam demonstrauerit qui testamenti factionem habuisset. Et quod Papinianus ait non esse alienum Praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem, non sic accipi debet vt non minus ex legis, quam ex patris voluntate substituto vtiles actiones à Praetore dentur, sed sic potius, vt quemadmodum ei cui legitima impuberis captiui he-

reditatem lex Cornelia defert, Praetor bonorum possessionem dat ad tuendam legis Corneliae voluntatem, (nam legum quoque tuendarum causa plerumque bonorum possessionem dat. *l. sed cum patrono. 6. §. p. mult. D. de bonor. poss.*) ita ei quem pater filio impuberi substituit vtiles ex testamento actiones decernat, vt rectam & sanam patris voluntatem conferuet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Suficit enim, nihil Praetorem contra legem facere, licet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis faciat. *l. nec non. 28. §. quod eius. D. ex quib. caus. maior.* Atque ita Papinianus intelligendus est in *dict. l. pater. §. ultim.* non quomodo eum ratiocinari comminiscuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse*, pro quoniam, malunt legere *quoniam*. Cum tamen si quaeratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliae deferatur, accommodatior ratio reddi non possit, quàm quoniam verum est ne impuberem quidem testamenti factionem habuisse. Id enim consequens est ei quod prius Papinianus dixerat, legem Corneliae de secundis tabulis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Quod de successione testati intelligendum esse apertissimum est: nam successionem intestati illud impedire non potest quod testamenti factionem non habuerit is de cuius successione agitur: alioqui nec pupilli, nec furiosi, similitumque personarum hereditas ab intestato vlla esset, quod falsum est. *l. 1. de suis. & legit. l. bona. 22. D. de capt. & postlim.* quae cum ita sint, illa adhuc dubitatio superest, Cur Iulianus in *dict. l. lex Cornelia*, pupilli hereditatem in proposito casu ex lege Cornelia ad ipsius substitutos pertinere responderit. In Florentinis quidem legitur, *non commode dicitur*, quae lectio omnem hanc dubitationem tollit. Sed cum in sequenti casu, si viuo patre filius in hostium potestate peruenerit, in quo diuersum ius constituitur Iulianus videtur, legi Corneliae locum non esse existimet, Florentina lectio probabilis non est: ac longè probabilius dici potest verba illa, *ex ea lege*, sic accipienda esse vt legis Corneliae fictio ad eum quoque casum protrahatur. Si mortuo patre filius ab hostibus captus sit, non quod ex eiusdem legis potestate substitutus pupillo heres esse possit, sed quia ei Praetor vtiles actiones det, quas vtique non daret si non ad hunc quoque casum legis Corneliae fictionem accommodaret. Dico fictionem, non potestatem quoniam verum est legis Corneliae potestatem quae illa est vt hereditatem, & heredem faciat hoc casu inductam non esse, vt ex superioribus apparet. Planè fictionem inductam esse, hoc est vt filius impubes apud hostes mortuus in ciuitate decessisse videatur. Atque hoc Accursus non intellexit, qui simile esse putat quod de lege Falcidia scriptum est in *l. 1. §. ad eos. D. ad l. Falcid.* legis Falcidiae potestatem per Praetoris edictum in iis quoque inductam fuisse qui omiſsa causa testamenti hereditatem possident. Hoc verò Praetor facere potuit, cum legis Falcidiae potestas alia non sit quam vt heres totius hereditatis quadrantem habeat, eò magis quod ex eiusdem Praetoris iurisdictione sit vt aduersus heredem, qui omiſsa causa testamenti ab intestato hereditatem possidet, legataris actio detur, quibus nulla iure ciuili cōpetebat. *l. 1. D. si quis omiſ. caus. test.* Illud autè, vt legis Corneliae potestas in pupillaribus tabulis de quibus locuta non est inductur, facere Praetor non potuit, quoniam nec heredem facere potuit. Alter casus

aeque dubitabilis est, si filius in ciuitate viuo patre captiuo decesserit. An ex lege Cornelia pupillares tabulae confirmentur si pater apud hostes decesserit. Et ad hanc quaestionem respondens Papinianus in *l. quod si filius. 11. de capt. & postlim.* ait nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, siue quoniam non reuerso eo, exinde filius sui iuris fuisse videatur ex quo pater hostium potitus est. Quod rectè Accursus sic interpretatur, vt siue reuerso, siue non reuerso patre pupillares tabulae irritae fiat, quas corrumpere certum est; siue viuo patre filiusfamilias decesserit, siue de patris potestate exeat, *l. coheredi. 41. §. cum filio. D. de vulg. & postlim.* Nec obstat quod quidam obiciunt patrem qui ab hostibus reuersus non est ipso captiuitatis momento decessisse retro fingi, proinde pupillum in ciuitate mortuum post patrem decessisse videri. Recta enim collectio non est, cum ad filij personam legis Corneliae fictio non pertineat. verum autem sit filium, qui patre viuo decessit, eodem viuo de ipsius potestate exiuisse. Neque similis ratio est filij post patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur in *d. l. pater. in prim.* Hunc enim quia patri superfuit, verum non est de patris viui potestate exiuisse qui ab hostibus quandocumque rediis filium in potestate habere potuit ex postliminij fictione. At cum filius patre apud hostes viuo moritur, postliminij spes extinguitur, & quo temporis instanti filius moritur certum esse incipit patrem quandocumque redeuntem numquam filium in potestate habiturum. Vnde fit quod Papinianus ait, vt filius exinde sui iuris fuisse videatur, ex quo pater ab hostibus captus est. Et hoc quoque Accursus non intelligens, malè Bulgari sententiam sequitur qui in illis verbis, *videtur fuisse*, negationem addendam esse existimabat. Cui sententiae aduersatur *l. pen. D. de suis & legit.* in qua idem Papinianus respondet, si pater apud hostes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium videri patremfamilias decessisse, ideòque heredem habere posse. Quod tamen de legitimo heredem accipiendum esse titulus ipse demonstrat, neque ad pupillariter substitutum protrahi potest, quoniam quae ratio facit, vt filius legitimum heredem habeat, scilicet quia paterfamilias decessisse creditur, eadem pupillarem substitutionem impedit & extinguit, quae aliter valere non potest quam si filius in patris viui potestate retineatur, tum patre mortuo, impubes moriatur. Quod si pater captus sit ab hostibus, mox filius, & ibi ambo decedat, Papinianus in *d. l. 11. de capt. & postlim.* ait sufficere substituto leg. Corneliae, id est, vt ego interpretor, necessarium non esse Praetoris auxilium, quod in posteriore legis praecedetis specie necessarium esse dixerat. Sed hoc ita demum, si filius reuersus in ciuitate impubes decedat. Ita enim Papinianum intelligendum esse rectè omnes conueniunt, & constat ex *l. si pater. 29. de vulg.* vbi ex Sczuola eadem sententia proponitur. Ex his verò intelligimus etiam si pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditatem ex lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum pertinere; *d. l. lex Cornelia. 28. §. ult. eod.* vbi sine ratione quidam legere malunt *impubes*, quam *pubes*. Cum tamen de illo casu, quo filius viuo patre captus decessit apud hostes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus dixerit, & verba illa, *quare etiam si*, de nouo casu eum tractare manifestè ostendant. Nouus autem casus

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

CAPVT X.

Iuliani, & Papiniani ab Africano dissensio.

SUMMARI A.

- 1 *Filius in stipulatione solutionis causa adiecto etiam post capitis deminutione rectè solui, ex Iuliani & Papiniani sententia.*
- 2 *Contraria Africani sententia.*
- 3 *Seruo solutionis causa adiecto ne quidem post manumissionem ex Africani sententia solui posse.*
- 4 *In legibus Papiniani & Iuliani filium solutionis causa adiectum stipulationis tempore emancipatum non fuisse.*
- 5 *Papiniani ratiocinatio in l. Stichum. 95. §. vsum fructum. 6. de solut. quomodo intelligenda.*
- 6 *Improbatur sententia Africani, & Papiniani retinetur.*
- 7 *Ratio cur vsum fructus per capitis deminutionem amittatur.*
- 8 *Cur adiecto solutionis causa superueniens capitis deminutio solui non impediat.*

Iulianus in *l. eum qui. 56. §. qui sibi. ff. de verborum obligat.* scribit, Patre sibi aut filio suo dari stipulante, filij personam solutionis tantum gratia in stipulatione adiectam intelligi, & ideò siue manenti in potestate, siue emancipato filio rectè solui posse. Cui Papinianus consentit in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quaesitum. & §. vsum fructum. D. de solu.* quibus locis ait filium solutionis gratia adiectum videri, & ei qui solutionis gratia adiectus est capitis deminutionem non nocere quominus ei rectè solui possit, quia & sic stipulari possum, Mihi aut Titio cum capite minutus erit, dari? Sed huic Iuliani, & Papiniani sententiae Africano ex diametro repugnat in *l. cum quis. 38. in princip. D. eodem.* vbi adiecto solutionis causa non aliàs rectè solui posse ait, quam in eodem statu maneat quo fuit cum stipulatio interponeretur. Proinde siue in adoptionem, siue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictionem, vel seruus factus sit, non rectè ei solui, quia stipulationi conuentio haec tacite ineffe videatur, si in eadem causa maneat. Siue igitur maxima, siue media, siue minima capitis deminutio interuenierit, (singularem enim exempla Africano ponit) Africani sententia est adiecto capite

hereditatis partem abstulit, redimere partem debet, ut Papinianus ait in *l. qui graui. n. cum l. seq. D. de iur. eod.* Nam ut libertas non intercidat, cogitur is à quo relicta non est partem quam in seruo habet, ei à quo libertas relicta est vendere. In quo damnum patitur is, qui cum pro parte duntaxat hæres sit, libertatis tamen integrum onus sentit. Sed huius damni causa libertatem intercidere nimis durum Papiniano videtur ac longè durius, quàm hæredem, qui hereditatis partem lucratur, supra partem ex qua hæres est in aliquo grauari. Hæc cum ita sint, fatendum est, Marcellum in *d. l. pen. de iure codic.* à Papiniano dissentire, cum quod ait, nihil omnino præstandum esse eorum omnium quæ pro parte præstari non possunt, de libertatibus duntaxat intelligi possit, non etiam de seruitutibus, quæ saltem in æstimatione partis restitutionem recipiunt. Marcelli ratio elegans est, quia verisimile sit non fuisse patrem filio ablatum ea, quæ pro parte præstari non possunt, nisi eum sibi solum successorem futurum existimasset. Sed Papinianus benignior videtur, quippe durum esse propter damnum hæredis, eam testatoris voluntatem interpretari, quæ libertatem auferat. Porro ex ea Marcelli ratione intelligimus integra legata omnia præstari ab eo qui pro parte tantum hæres est, si testator cogitauit alium sibi pro parte successorem futurum, ut in specie *l. post emancipationem. 40. de leg. 3.* in qua Scæuola respondit, patrum à quo ut legitimo hærede testatrix petierat ut hereditatis partem auunculo suo daret, integra legata à se relicta præstare compellendum, licet ad utrumque ut proximum cognatum ab intestato successio deuoluta sit. Nimirum, quoniam, ut recte Accursius animaduertit, non contra testatrix spem uterque succedit, sed ex ipsius voluntate, licet alio tramite, ut Accursius loquitur, quam testatrix sperauerat.

CAPVT XII.

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

SUMMARI A.

- 1 Retinetur Florentina lectio in d. §. donationis.
- 2 Matrem in specie d. §. donationis. intestatam decessisse.
- 3 Et quidem pluribus heredibus relictis.
- 4 Ex quibus verbis matris fideicommissum in d. §. induci possit?
- 5 Cur in specie d. §. non ex donatione sed ex fideicommissum petatur quod per epistolam donatum est?
- 6 Dubitandi ratio, propter quam fideicommissum in d. §. filio relictum non videtur.
- 7 Explicatur Papiniani ratio in l. miles. 75. de leg. 2.

Sunt qui in §. donationis. 26. l. cum pater. 77. de leg. 2. malint legere *instituitis* quam *intestato*, & ita in veteribus libris scriptum esse affirmant. Quibus ego adfentiri non possum: & Florentinam receptamque lectionem longè rectiorem esse arbitror, secundum quam mater quæ filium habebat, pluribus heredibus ab intestato decessisse proponitur, cum plures filias haberet. Ita enim ponendum est, licet filiarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantum cui donatio prædiorum facta est, apud Papinianum quaeritur. Et matrem testamentum non fecisse apertius intelligitur ex illis literis ad ædituum missis. *Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo*

tradi volo, ex quibus apparet, nullum voluntatis matris instrumentum fuisse præter donationis prædiorum epistolam, quam in æde sacra apud ædituum deposuerat. Porro per epistolam hæredis institutio fieri non potest, sed legatum duntaxat aut fideicommissum relinqui. *l. c. in epistola. 22. C. de fideic.* Matre igitur ab intestato diem suum obiisse ponendum est, adeoque pluribus heredibus relictis: alioqui filio à semetipso fideicommissum relinqui non posset, & cum is solus hæres esset, frustra de fideicommissum quaeretur. Quemadmodum & pluribus heredibus relictis fideicommissum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte hæres est, sed pro cohæredum portionibus duntaxat, de quibus Papiniani responsum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommissum filio debeatur, Accursius, cæterique interpretes vulgò ignorasse videntur, qui ex iis literarum verbis, *post mortem meam*, fideicommissum induci existimant, & in proposito casu dubitandi rationem illam adferunt, quòd ad ædituum, non ad filium literas mater miserat, quasi si ad filium misisset, dubitari minus posset an ei fideicommissum deberetur. Vnde Papiniani rationem sic interpretantur, ut quæri non oporteat cum ædituo, an cum filio mater locuta sit, sed illud duntaxat, in quæ voluntatis suæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani sententiam longè diuersam & elegantiore esse arbitror: & ex donationis prædiorum epistola, non ex literis ad ædituum missis fideicommissum induci existimo. Nam & in *l. miles ad sororem. 75. in prim. eod. tit.* idem Papinianus in eadem fere specie, ex sola donationis epistola ad sororem scripta fideicommissum deberi respondit, licet nullas ad alium literas scripsisse testator proponeretur. Sed in vtraque specie illud maiorem dubitationem habere videtur, Cur non ex donatione petatur, id quod per epistolam donatum est, cum certi iuris sit, in absentem per epistolam donationem conferri posse: & eo demum tempore vires sumere, cum rem donatam accipit is cui donata est, *l. absentis. 10. D. de donat.* Ac sanè ita est, si eo tempore in rerum natura sit is qui donauit: nã cum donatio mutuum donantis, & donatarij consensus requirat, fieri non potest ut vtiliter donatarius consentiat eo tempore, quo donator consentire amplius non potest. Ob eamque causam in *d. l. miles.* adiicitur, testatorem eam donationis epistolam post mortem suam aperiri mandauisse, quoniam si eo viu aperta fuisset, soror ex donatione non ex fideicommissum octingentos aureos petiisset. Eadem ratione in *d. §. donationis.* literarum ad ædituum missarum mentio fit ut intelligamus viua matrem filium donationem prædiorum agnoscere non potuisse. Qui etiam sensus est eorum verborum, *ignorante filio*, quia sciente eo frustra de fideicommissum quaeretur, cum donatio sufficeret. Dubitandi autem ratio, propter quæ fideicommissum in proposito casu filio relictum non videbatur, illa erat, quòd in donationis epistola mater cum filio, non cum cæteris heredibus ab intestato successuris locuta fuerat: cum tamen absurdum videatur fideicommissum obstringi eum, cuius fidei nihil commissum est, nec quicquam possis committere fidei eius cum quo non loquaris: idque significant verba illa Papiniani, *verbis fideicommissi non subnixam*: Sed respondet, fideicommissum quocumque voluntatis indicio induci, neque tam de illo quaeri oportere cum quo de supremis locutus sit is, qui fideicommissum relinquit: quàm de illo, in quem voluntatis suæ intentionem direxerit. In *d. l. miles.* quemad-

quemadmodum eadem quaestio proponitur, ita eadem ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur, iis verbis, *Placet enim consistere fideicommissum, et si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur. Accursius* verò, & cæteri, quemadmodum Papiniani rationem in *d. §. donationis.* non intellexerunt, ita eam quæ in *d. l. miles.* posita est, malè, & miserè sunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio fellit: neque enim legèdum est *ac si, sed et si*, ut à clarissimis, & subtilissimis Iureconsultis *Petro Fabro, & Iacobo Cuiacio* iam pridem obseruatum, multique apertissimis comprobatum est. Quo posito, facile est intelligere Papiniani rationem in *d. §. donationis.* sic interpretandum esse, ut cum in proposita specie ex donationis prædiorum epistola appareat eam fuisse matris voluntatem ut donata prædia filius haberet, non idè minus fideicommissum ei relictum intelligatur, quia cum eo non cum cæteris heredibus mater locuta sit. Aliud enim inspiciendum non esse, quàm in quem voluntatis suæ intentionem direxerit.

CAPVT XIII.

Ad l. si heres. 110. D. de legat. 1.

SUMMARI A.

- 1 Vulgata dicta legis interpretatio reijcitur.
- 2 Duplex Accursij ad eandem legem interpretatio improbat.
- 3 In d. l. si heres actionem de dolo in heredem ad hoc dari ut legatario actio ex testamento restituatur.
- 4 Cur heres qui seruo generaliter legato seruum furem legatario sciens dedit, ex eius damno in solidum non teneatur?
- 5 Distinctio Accursij, Bartoli & aliorum inter actionem ex testamento, & actionem ex contractu.
- 6 An heres qui ignorans seruum furem legatario dedit, ex eius facto teneatur?

Male à ab omnibus interpretibus acceptam puto *l. si heres. 110. D. de leg. 1.* quam vulgo sic intelligunt, ut heres generaliter seruum dare iustus quem ipse voluerit, si sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, duplici actione legatario teneatur, De dolo, & Ex testamento. De dolo ratione eius quod interest ut legatarium indemnem præstet. Ex testamento in id ut alium hominem præstet, quoniam pessimi præstatione liberatus non sit, quoniam ex testamento conueniri possit. Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, & hunc pro noxa dedito relinquat. Etenim absurdissimum fuerit existimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtum legatarij interest, præterea actione ex testamento seruum pro noxa dedito relinquere compelli: cum noxalis actio eam semper conditionem habeat, si damnum nõ præstetur, & ut Vlpianus loquitur in *l. 6. §. 1. de re iudic.* iudicium solius noxæ deditiois nullum sit, sed pecuniariam condemnationem sequatur. Eamque ob causam Accursius ea verba sic interpretatur, ut electionem legatario tribuat, an de dolo in id quod interest agere velit, an ex testamento in id ut sibi alius homo præstetur, & is qui iam præstitus fuerat, pro noxa dedito relinquatur. Quod etiam Africanus verbis conuenire non videtur, quæ ostendunt heredem ad id præcisè teneri, ut alium hominem præstet, & prius præstitum pro noxa dedito relinquat. Debuerat enim scribere, *ad hoc etiam teneatur*, aut quid aliud si-

mile, si heredi duplicem actionem competere posse existimasset. Alia quoque Accursij interpretatio placere non potest, licet plerisque probabilior videatur ut iis verbis, *sed quoniam verum est*, à priore sententia Africanus recedat. & heredem non de dolo in solidum teneri existimet, sed ex testamento duntaxat in id, ut alium hominem præstet, & furem noxæ dedit. Nam præter id, quòd tam facile sententiam mutasse Africanum verisimile non est, illud etiam defendi vix potest, heredem, qui seruum furem legatario dedit, licet sciens dederit, actione ex testamento liberatum non esse: Fateor legatarium, si ex testamento agat non cogi eum seruum accipere, qui sit omnium pessimus: & ea actione consequi posse ut sibi alius detur: sed si acceperit, licet ignorans, heredem actione ex testamento liberatum, ob idque de dolo conueniendum esse omnino contendo. Et illud est quod Africanus ait, de dolo malo agi posse, quod vtrique falsum esset si ex testamento actio superesset. Nec sequètia repugnant, quæ ideo duntaxat adiecta sunt, ut intelligamus in proposita specie legatario actionem de dolo dari, nõ in id omne quod sua interest, sed in id tantum ut ei arbitrio iudicis actio ex testamento restituatur, qua heres compellat alium hominem non pessimum præstare, & eum qui futura fecit pro noxa relinquere. Et hoc adici necesse fuit, quoniam regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis interest. *l. arbitrio. 18. D. de dolo.* sed tamen datur etiam aliquando in id ut prius actio restituatur. *d. l. arbitrio. §. penult.* præsertim cum restituta actione res ad eum statum reducitur, in quo erat priusquam dolus committeretur, ut in proposito casu contingit. Verum hic illa iniquitas occurrere videtur, quòd si damnum à seruo datum serui æstimationem superet, iniquum fuerit heredem cuius dolo id contingit in solidum non teneri, neque hoc casu dici possit restituta actione ex testamento arbitrio iudicis dari De dolo, omnia in præstitum statum restitui, nisi quidquid legatarij interest, ei ab herede eadem actione sarcindum admittamus. Exemplo eius quod in *l. si seruus. 31. D. de pignor. action.* idem Africanus scribit, debitorem qui sciens furem seruum pignori dedit creditori, non liberari si eum apud creditorem pro noxa dedito relinquere paratus sit, sed præterea actione pignoratitia creditorem consecuturum ut indemnem præstetur, & damnum omnimodo decidatur. Scio Accursium, Bartolum, & cæteros, qui toti Accursij, & Bartoli vestigiis insistent, actionem ex testamento ab actione ex contractu distinguere. Sed cum dissimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici potest, heredem idcirco legati serui nomine in solidum non teneri, quòd is legatarij factus sit, ut quamuis eum dolo heres soluerit, alieni tamen serui factum minus quàm sui præstare debeat. Satisque dolus ipsius in eo coercetur, quòd, & alium seruum dare, & eum quem prius dederat legatario relinquere compellitur, pro noxa dedito, ut Africanus ait. Ex quo intelligi potest, si serui pretium litis æstimationem superet, in heredem potestate esse si velit damni præstatione seruum recuperare. Ea enim est noxæ deditiois natura, quemadmodum initio capitis diximus, ut pecuniariam condemnationem sequatur. Sed & si damnum à seruo datum ipsius æstimationem superet, poterit quidem heres etiam ab initio legatario seruum extorquere: at prudèntius faciet, si cum legatario relinquat pro noxa dedito, ne si eum legatario abstulerit, postea ex ipsius furto in solidum conueniri possit.

fit, quamquam & legatarius si volet iuste serui restitutionem recusabit priusquam ei litis aestimatio sufferatur, arg. *l. si seruus 70. de leg. 1.* In pignore, locatione, commodato, & ceteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius est eum qui furem seruum dolose tradidit, serui sui factum præstare, hoc est damnum ab eo datum in solidum refarcire, vt supra *cap. 5.* probauimus.

¶ At verò hic illa quoque dubitatio incurrit, si ignoras heres seruum furem legatario dederit, an eque teneatur. nam hoc casu de dolo malo agi non posse certum est. Sed tamen quoniam illud semper verum est, heredem in hoc teneri, vt non pessimum det, rectissime dicitur, hoc quoque casu heredem ad hoc teneri, vt alium hominem præstet, & hunc quem iam dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquires, an non deterioris conditionis esse debet, qui sciens, quam qui ignorans seruum furem legatario soluit? Ita sanè, in eo scilicet vt aduersus scientem actio ex testamento restituatur iudicio. De dolo, aduersus ignorantem verò in factum verbis temperanda actio danda sit, vt Vlpianus loquitur *in l. non debet 11. §. ult. de dolo.* Nam ex quibus causis dolo intercedente de dolo agitur, ex iisdem si dolo agi non possit, actioni in factum subsidiaria locusest.

CAPVT XIII.

Emendatio noua §. quoniam. 1. cum tabulas. D. de his quæ vt indignis.

SVMMARIVM.

- 1 Legatum relictum concubina cum qua stuprum contractum non est, auferri non posse.
- 2 Nec libertam in specie d. §. quoniam plurimum concubinam fuisse, nec patronum plures concubinas habere voluisse contra Accursium ostenditur.
- 3 Vera Papiniani sententia in d. §. quoniam.
- 4 Quo pertineat illud quod Papinianus dicit, in ea stuprum non contrahi quæ se non patroni concubinam esse patitur?
- 5 Cocceij Cassiani exemplum à Papiniano allatum quò pertineat.
- 6 Reijcitur dicti §. constructio & interpretatio ab Accursio & Bartolo allata.
- 7 Verba illa d. §. quoniam, pleno honore dilexerat, non de maritali honore sed de concubinarum esse accipienda.
- 8 Concubinam pleno, uxorem pleniori honore diligi.
- 9 An in d. §. quoniam Ruffina Cassiani concubina fuerit?
- 10 Emendatur d. §. quoniam, & emendati sensus proponitur.
- 11 Ut ingenua concubina sit, quid requiratur?
- 12 Cur in d. §. quoniam Cassianus Ruffinam alumnam appellauerit.

¶ Ici si solet nec stuprum nec probum in ea contrahi, quæ se patroni concubinam esse patitur, *l. probum 41. de rit. nupt.* Quòd eò pertinet, vt si qua mulier ingenua se alicui in concubinam tradiderit, matrisfamilias honestatem habuisse dici non possit, vt eodem loco Marcellus ait, licet non idèò stuprum in ea contractum fuisse intelligatur, vt Papin. scribit *in §. quoniam. l. cum tabulis. D. de his quæ vt indignis.* Nepe si in concubinatum assumpta sit cum testatione aut

sine testatione, cum obscuro loco nata esset, vel vulgò quæstum fecisset, *l. 3. D. de concubin.* Cuius rei effectus ille est, vt quòd ei relictum est cum qua stuprum contractum non est, tanquam indignè auferri non possit. *d. §. cum tabulis.* De cuius sententia alioqui obscurissima, & à nemine hætenus rectè explicata, dicendum nobis est aduersus veterum, & recentiorum omnium interpretationes. Primum enim aperte labitur & cæcutit Accursius qui Papin. sententiam illam esse putat, vt excusetur liberta, si patrono suo petenti eam in concubinam non consentiat, cum is aliam haberet, quia nemini iure duas concubinas habere liceat. Nam quòd Papinianus ait eius qui concubinam habuit, quòd testamento relictum est actionem non denegari, non eam rationem habet, quòd plures concubinas habere nõ possit patronus, qui libertam concubinam habere vult, cum iam aliam haberet, sed quoniam, vt ipse Papinianus ait, in ea stuprum contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur. At secundum Accursij interpretationem debuerat Papinianus scribere stuprum in ea non contrahi quæ se patroni concubinam esse patitur. Ac fortasse ita Accursius legit sublata negatione, quæ tamen in Florentinis ceterisque omnibus quibus nunc vtimur libris nõ deest. Argumentum coniecturæ præbet, quòd in illis verbis, non placuit, sic notat, licet alij sit concubina, ac si sensus esset, in eo differentem esse conditionem libertæ & patroni, quòd cum illa pluribus concubina esse possit citra stuprum, hic tamen plures concubinas habere non possit. Ego verò quemadmodum Florentinam receptaque lectionem elegantiorè, & rectiorè esse arbitror, ita Accursij interpretationem prorsus ineptam & ridiculam esse contendo. Cum in tota Papiniani responso nihil sit ex quo colligi possit libertam pluribus concubinas fuisse, vel patronum plures concubinas habere voluisse. Quòd vtrumque tamen ex Accursij interpretatione comminiscendum est. Minus tamen mirandum sit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio vllò quòd sciam rectè explicata sunt. Mihi videtur Papiniani sententiam eam esse, vt recta consecutio non sit si quis inferat stuprum commisisse mulierem, ex eo quòd se alterius quàm patroni concubinam esse passa est. Fieri namque posse, vt siue liberta, siue ingenua sit ea de qua quæritur, concubina esse possit eius qui patronus non sit, neque tamen stuprum in ea contrahatur. Quid enim si aut obscuro loco nata sit, aut vulgò quæstum fecerit, aut testatio præcesserit? His casibus probum fortasse in ea muliere esse intelligitur: ceriè matrisfamilias honestatem nõ habet *d. l. probum.* at de stupro argui non potest: ideoque quòd ei testamento relinquatur, tanquam indignè non auferetur, quòd vtrique auferretur, si stuprum in ea contractum esse diceretur. Ergo quòd Papinianus ait stuprum in ea non contrahi quæ se non patroni concubinam esse patitur, non eò pertinet, vt in ea stuprum contrahatur quæ patroni concubina (hoc enim multo minus dici potest) sed vt in ea quoque non contrahatur quæ se non patroni concubinam esse patitur: vt quoties & stupro quæritur, distinguendū non sit, an patronus, an non patronus sit is qui concubinam habuit, sed tantum an liberta sit, an ingenua, & si ingenua, an obscuro loco nata sit, aut vulgò quæstum fecerit, aut testatio præcesserit, necne. Cæterum illud perpetuò obseruabitur, vt si stuprum contractum sit, quòd testamento concubinæ datum est, tanquam indignè auferatur, si contractum

- 5 Etum non sit, non auferatur. ¶ Quæ cum ita sint, consequens est exemplum quòd Papinianus de Cocceio Cassiano subiicit eò pertinere, vt quòd Cassiani testamento ipsius concubina datum est, tanquam indignè non auferatur, licet ea se non patroni concubinam esse passa esset. Ita enim esse ex eo apparet, quòd Ruffinam ingenuam fuisse Papinianus ait: quòd si ita est, nec ea, nec ipsius filia patronum habere potuit. Hunc igitur Cassianum Papinianus refert Ruffinam ingenuam honore pleno dilexisse, Ruffinæ verò filiam, quam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellauerat, vulgò quæstum apparuisse.
- 6 Sic enim scriptum est & construendum, non quomodo Accursius, qui dum in verborum constructione subtilem & peritum Grammaticum agit, prorsus indignam iureconsulto, & fatuam interpretationem comminiscitur. Ait verò Cassianum qui Ruffinam ingenuam concubinam habuerat, eiusdem filiam vulgò quæstum appellasse vt sibi concubina esset, quam testamento coheredem nepti dederat, quamque ipsius alumnam esse apparuit. Sicque omnia Papiniani verba contorquet, & perelegantem eius loci sententiam manifestè destruit. In quo confirmando, quòd per se apertissimum est, diutius non immorabor. Neque tamen permittere possum, licet addere penè pudeat, Accursij interpretatione deceptum Bartolum, cum meliorem excogitare non posset, æquè malè ad eum locum notasse, Papiniani sententiam illam esse, vt iniunctæ inter legatarium, & testatorem prouenientes absque legatarij culpa ipsum legato non priuent: quo nihil, vt ita dicam, in commodatius, & à Papiniani mente alienius excogitari potest. Alij, quibus quoque tam obscuri loci interpretatio difficilis est, licet elegantius quid afferant, non tamen omnia rectè explicant. ¶ Ac in ipso interpretationis limine offendunt, dum verba illa, pleno honore dilexerat: de maritali honore intelligunt, ac Ruffinam Cassiani uxorem fuisse ponunt. Quòd si verè diceretur, parum accommodatè Papinianus eo exemplo probaret non auferri tanquam indignè quòd non concubinæ relictum est cum qua stuprum contractum non est. Cur enim Cassianum pleno honore Ruffinam dilexisse diceret, si non ea, sed ipsius filia Cassiani concubina fuisset, ab eoque nepti coheres data? Rursus si Cassiani vxor Ruffina fuit, eiusdem filia Cassiani citra stuprum concubina esse non potuit, quemadmodum nec iustas nuptias cum ea contrahere potuisset, *§. adfinitatis. iuncto §. ergo. Inst. de nupt.* Rectius igitur Accurs. (& hoc duntaxat rectè) verba illa, pleno honore dilexerat, non de maritali honore interpretatur, sed cum eo temperamento, vt concubinam tamen.
- 8 ¶ Quòd si diutius repugnes, & contendas concubinam pleno honore diligi non posse, dicam cum Accursio, imò posse concubinam pleno honore diligi, sed uxorem pleniori. Et si adhuc vrgebis, sequar eam lectionem quam in plerisque libris extare plerique notant, & legam, pleno amore, non honore, quòd de concubina non minus quàm de vxore dici potest, cum inter vxorem & concubinam dignitate duntaxat, non etià adfectione intersit, *l. item legato. 49. §. penult. de legat. 3.* Ergo Ruffinam Cassiani concubinam fuisse necessariò ponendum est. Atqui, inquires, nihil ei testamento Cassianum reliquisse Papinianus ait, sed ipsius filia: quem tamen diximus hoc exemplo nihil aliud agere, quam vt ostendat nõ auferri quòd relictum est concubina. Igitur vel Ruffinæ filiam Cassiani concubinam fuisse, vel si Ruffina concubina fuit, ipsam non eius filiam testamento Cassiani ne-

pti coheredem datam esse dicendū est. ¶ Et hoc nimium est quòd me mouet, vt locum hunc corruptum esse mihi omnino persuadeam. Facile autem restituatur, si nullo addito aut sublato, illa duntaxat verba, cuius filiam, alieno loco posita, in suum referantur, id est post illa nepti coheredem datam appellauerat, sic legamus, cuius filiam vulgò quæstum apparuit. Quæ lectione admittenda sensus erit elegans, & apertus, Ruffinam Cassiani concubinam fuisse, & à Cassiano in ipsius testamento sub alumna appellatione nepti coheredem datam esse: ac cum ab ea tanquam indignè hereditatis partem fisco vindicaret, iudicasse optimos, maximosque Principes nihil ei auferendum, quòd cum ea stuprum contractum non esset. Ita enim Papiniani exemplum ad §. sententiam accommodandum est. ¶ At quoniam Ruffinam Cassiani concubinam ingenuam fuisse dixerat, ingenua autem concubina esse non potest nisi aut obscuro loco nata sit aut vulgò quæstum fecerit, aut testatio præcesserit. *d. l. 3. de concubin.* necesse fuit Papinianum verba illa addere, cuius filiam vulgò quæstum esse apparuit, vt intelligeremus Ruffinam, cuius filiam vulgò quæstum fuisse apparuisset, vulgò quæstum fecisse (hoc enim ex illo necessariò sequitur) proinde talem fuisse quæ licet ingenua, concubina tamen esse potuerit. Eamque ob causam hereditatis controuersia à fisco Ruffina patiebatur, quòd cum ingenua esset, Cassiani concubina citra stuprum esse non potuisset. ¶ Quæ etiam ratio fuit propter quam Cassianus, cum eam heredem ex parte scriberet, ac vereretur ne ab ea tanquam indigna testamenti commodum auferretur, quam scilicet ingenuam esse sciebat, (neque enim vulgò eam quæstum fecisse putabat, vt ex eo colligi verisimiliter potest, quòd illam pleno amore diligebat) alumnam testamento Ruffinam appellauerat, vt alumna potius quàm concubina iure apud se vixisse crederetur. Sed nihil alumna appellatio proficere potuisset, cum fisco ei stuprum obiceret, quòd ingenua & concubina fuisset, nisi ipsius filiam post Cassiani mortem vulgò quæstum esse apparuisset. Propter quòd iudicatum est nihil ei auferendum esse, quia stuprum non commisisset, licet se non patroni concubinam esse passa fuisset. Miror verò quòd vir doctissimus scripsit legendum esse quæstum fecisse, pro quæstum. Nam si aliter locus hic non emendaretur, nihil ni eo esset quòd emendatione exigeret, cum ingenua non minus concubina esse possit, si vulgò quæstum sit, quàm si vulgò quæstum fecerit. Etenim vulgò quæstum obscuro loco nata est, quæ parentem nullum demonstrare potest, ideoque citra testationem concubina esse potest, *d. l. 3. de concub.*

CAPVT XV.

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

SVMMARIA.

- 1 Prior dictæ legis species.
- 2 Posterior species, & in ea quæstio, an herede scripto ex parte filio coheres post ipsius mortem institui possit?
- 3 Verborum Tryphonini in posteriore specie interpretatio à quibusdam allata reijcitur.
- 4 Emendantur verba Tryphonini, & pro institui legitur substitui.
- 5 Quando filio ex asse instituto substitui possit, vt eo excluso substitutus admittatur?

¶ In priorè huius legis specie Tryphoninus ponit filium à patre in cuius potestate erat, sub conditione

institutum, quæ non erat in ipsius potestate, & in defectum conditionis exheredatum. Ego sic intelligo ut in casum exheredationis datus ei fuerit substitutus. Nam cum ex asse institutus esset, ut ex eo colligi potest quod de filio ex parte scripto postea loquitur, necesse fuit in casum exheredationis substitutum dari: alioqui exheredatio non valeret, si nemo ex testamento hæres esset. *l. filium. 20. §. sed cum exheredatio. D. de bonorum possess. contra tabul. si patronus. 12. §. ex testamento. D. de bon. libert.* At Tryphonini verba ostendunt in ea specie, quam tractat, valituras fuisse exheredationem, si viuo filio institutionis conditio defecisset, & exheredationis extitisset. Substitutus igitur filio ex asse instituto datus erat, & postea defuncto filio pendente conditione tam institutionis quam exheredationis, dubitabatur an si exheredationis conditio existeret substitutus admitteretur. Finge filium ex asse scriptum, si naus ex Asia intra annum veniret, si non veniret, exheredatum, eique in hunc casum substitutum datum, Tum priusquam naus ex Asia veniret, intra annum filium decessisse. Si naus post annum non venerit, Tryphoninus negat substitutum admitti, licet substitutionis conditio euenerit: quoniam testamentum ipso iure nullum sit, in quo filius præteritus fuit, qui quamdiu vixit neque institutus fuisse dici potest, neque exheredatus. Eo autem moriente conditionis euentus expectari non potest, cum absurdum sit, testamentum sustineri à substituto, qui non nisi in exheredationis casum substitutus est, ac de quo testator non cogitavit, nisi in id tempus quo exheredationis conditio existeret. † Et hæc prior huius legis species est. De posteriore verò, quæ longè maiorem habet dubitationē, sic Tryphoninus scribit, *hæredem autem scripto ex parte filio, cohæres post mortem filij institui potest.* Quorum verborum sensus idè difficilis est, quod vix casus reperiri posse videtur, quo post filij mortem cohæres institui possit. Siue namque verus filius cohæredem habuit, siue nō habuit, & siue institutionis conditio extiterit, siue defecerit, nec esse est frustra à cohæredem dari filio qui iam inde ab initio aut institutus, si conditio institutionis extiterit, aut si defecerit exheredatus fuisse intelligatur. Non enim quemadmodum conditio, ita dies retro trahi potest, vnde fit ut hæreditas quæ sub conditione dari potest, ex die tamen dari non possit, sed vitio temporis sublato institutio maneat. *l. hæreditas. 34. D. de hæred. inst.* Ergo post filij mortem cohæres institui non potest, quin purè institutus intelligatur: (quod si ita est, frustra à Iureconsulto scribitur post mortem filij institui cohæredem posse, cum & multò magis ante mortem institui possit, & post mortem institutus ante mortem scriptus esse censetur) vel si cohæres post mortem filij scriptus, nō purè scriptus esse intelligitur, testator toto eo tempore quo filius vixit intestatus decessisse intelligitur, filius autem post mortem suam exheredatus, *l. si ita scriptum. 13. §. vlt. D. de liber. & posthum.* Ac præterea si post filij ex parte scripti mortem, cohæres ex alia parte institui potest, ut quamuis filius pendente conditione decesserit, testamentum nihilominus sustineatur, fiet ut existente conditione filius dum vixit hæres fuisse retrofingatur, nec pro sua parte duntaxat, sed etiam pro parte cohæredis, ne pro parte testatum pro parte intestatum patrem decessisse dicamus. Atque ita nihil cohæredi institutio proderit. Deficiente verò conditione, ne filius quamdiu vixit præteritus videatur, dicendū est iam

inde ab initio exheredatum eum intelligi. Atqui nullus eo tempore hæres fuit, neque fuisse fingitur: cohæres enim datus post mortem filij non potest retrofingi hæres fuisse, proinde nec filij portionem accrescendi iure acquisuisse. Igitur exheredatio nō valuit: & necessariò concludendum est nullo casu fieri posse, ut hæredem scripto ex parte filio, cohæres post ipsius mortem instituat. † Scio quibusdam placere sic Tryphoninum intelligi ut filio ex parte scripto sub conditione casuali adiectus sit cohæres sub eadem conditione, qui testamentum sic sustineat, ut post mortem filij existente conditione institutionis vterque pro sua parte ab initio hæres fuisse videatur. Sed interpretatio hæc à Iureconsulti verbis nimis aliena est, non solum quoniam nihil de conditione cohæredi adiecta exprimitur, sed etiam quia sub eadem conditione institui cohæres non potest, quin filio substitutus detur. Alioqui fieret ut licet viuo filio institutionis conditio deficeret, exheredatio tamen filij non valeret, quippe qui à nemine exheredatus inueniretur. At manifestum est, ut initio capitis diximus, eam Tryphonini sententiã esse, ut in proposita specie filius ritè exheredatus sit, si eo viuo institutionis conditio deficiat. Tum verò, aliud est cohæredē institui posse post mortē filij, ut Tryphoninus loquitur, aliud verò posse hæredē esse post mortē filij, ut illi interpretatur. Hoc fieri faciliè potest: illud nullo modo, nulloque casu. † Tentandum igitur est, quod inscriptio capitis pollicetur, an pro *institui*, rectius legi possit *substitui*. In quod sanè procliuor sum. Verba enim manifestè ostendunt id omnino Tryphoninū agere, ut doceat multū interesse an filius ex asse, an pro parte duntaxat hæres scriptus sit sub conditione casuali si ea pendente decesserit. Priore casu, substitutum nō admitti post filij mortē, licet institutionis conditio defecerit, quia cū testamentū sustinere nō possit propter eam rationē, quam supra attulimus, fiat necessariò ut filius quamdiu vixit, præteritus fuerit, ob idque testamentū nullū fecerit. Posteriore verò substitutum admitti, quia nihil impedit quominus testamentū sustinere, conditionisque euentū expectare possit. Vnde fit, ut si post filij mortē exheredationis conditio euenerit, cohæres idēque substitutus filij portionē ex substitutione consequatur. Idēque est, etsi alius quā cohæres substitutus esse proponatur: sed de cohærede lex loquitur ut filio ex parte scripto cohæredem ex alia parte datum esse intelligamus, quoniam ex parte scriptū heredem si cohæres nullus datus sit, ex asse scriptum interpretamur. † Quid? An nō filio instituto ex asse substitui potest, ut eo excluso substitutus admittatur? Ita sanè, si viuo filio institutionis conditionē defecisse proponas. Sed in specie *l. filius. h. e.* filio ante conditionis euentum, aut defectum mortuo, dico substitutum ex asse post ipsius mortem admitti non posse, licet institutionis conditio defecerit. Ergo verba illa, *hæredem scripto ex parte filio cohæres post mortem filij substitui potest*, hūc sensum habent, fieri non posse ut post mortem filij admittatur substitutus, qui viuo eo admitti non potuit: nisi eo casu quo filius ex parte tantum scriptus esset, ei cohæredē dato. Hoc igitur casu securè testatur pater, qui sic testatur ut intestatus fieri nullo casu possit. At cum ex asse filium hæredem scribit, substitutum ei dare non potest, hoc est sic testatur, ut si ei substitutum sine cohærede dederit, testamentum ad causam intestati recidere faciliè possit.

Ad l. item veniunt. 20. §. ait Senatus.
D. de pet. hered.

SVM MARIA.

- 1 Legem Papiam ad heredes ex asse scriptos nō pertinuisse.
- 2 Quomodo accipiendus sit d. §. ait Senatus.
- 3 Revertur triplex Accursij ad d. §. interpretatio.
- 4 Differentia inter caduca & vacantia bona.

Quod † Vlpianus in Titulis scribit, *titul. de caducis*, legem Papiam, quæ partes heredum ante apertas tabulas defunctorum caducas faciebat, & fisco defererebat, ad heredes ex asse scriptos non pertinuisse, verissimum sanè est, & plerisque iuris civilis locis comprobatur. *l. 1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* Neque tamen eam ob causam Senatusconsulti, quod de petitione hereditatis factum est, verba sic concepta sunt, *cum antequam partes caduca fisco peterentur, l. item veniunt. 20. §. prædie Idus. D. de pet. hered.* † Sed quod (ut idem Vlpianus, Senatusconsulti interpretationem faciens, in §. ait Senatus, subiicit) sic euenerat ut partes caducæ fisco peterentur: Senatusconsulto enim locus est & si hereditas ex asse caduca fiat. Quod ipsum tamen non sic accipiendū est, ut nihil hac parte intersit, an ex parte an ex asse scriptus heredes ante apertas tabulas decesserit, sed ut nihil referat an pars vna pluresve, an tota hereditas caduca facta sit. Faciliè autem fieri potest ut hereditas ex asse caduca fiat, si fortè plures heredes ex partibus scripti omnes ante apertas tabulas decesserint proponantur. Nec facilius, aut accommodatior, aut verior horum verborū interpretatio querenda est. † Accursius iuris veteris ignorance in eo aperte labitur, quod Vlpianum de herede ex asse scripto intelligit, quem ante aditam hereditatem decessisse fingit. Atqui siue ante aditam hereditatem post apertas tabulas, siue ante apertas tabulas ex asse scriptus heres decesserit, certum est caducam fieri hereditatem non posse, ut fisco deferatur. Secunda quoque Accursij interpretatio non placet, ut Vlpianus de ea hereditate loquatur, quæ propter delictum heredis caduca facta est: nam propter delictum heredis, hereditas non fit caduca, sed publicatur: quæ longè differentia sunt. Quemadmodum & si propter heredis fidem illicitè datam (quæ tertia Accursij interpretatio est) hereditas ab eo auferatur, ut in specie *l. ex facto. 44. §. Iulius. D. de vulg. & pupill. substit.* non idè hereditas caduca fit, sed heredi tanquam indigno auferitur. † Atqui Vlpianus supradicto loco de caduca hereditate loquitur, & cum mox separet vacantia à caducis, ostendit manifestè caduca se intelligere ea quæ ab aliquo ceciderunt, proinde quæ ei acquisita non sunt, non autem generaliter ea omnia quæ fisco ex legibus, & constitutionibus acquiruntur. Nam & vacantia omnia fisco acquiruntur, adeoque ipso iure, non quemadmodum caduca quæ ex lege Iulia, ut Vlp. *d. tit. de caduc.* scribit, vnde etiam fit, ut vacantia, illa scilicet, quæ nunquam alterius esse potuerunt quàm fisci, *l. 1. dimus. D. de iur. fise.* ad fiscum sine onere pertineant. *l. quod Diuo. 50. D. de manumiss. testam.* Caduca verò cum oneribus suis quibus obstringi potuit is à quo ceciderunt. *l. cum fisco. 9. D. de S. C. Syllan. l. 2. §. vlt. D. si quis ali. testat. prohib. l. 38. §. 1. l. 61. de rit. nupt. l. in facto. 60. §. vlt. D. de cond. & demonstr.* Quanquam autem aliquando bona vacantia pro caducis accipi videntur, ut in *l. quidam. 96. §. quoties. de legat. 1. l. recusare. 6. §. 2. ad S. C. Treb.* tamen apud Vlpian. in *d. §. ait Sena-*

tus, dubitatio esse non potest quin caduca à vacantibus distinxerit, quemadmodum & tam vacantia, quàm caduca, ab aliis quæ ex alia quacunque causa ad fiscum pertinerunt.

CAPVT XVII.

Explicantur omnes leges tituli C. de inoffic. donat. & Nouell. 92.

SVM MARIA.

- 1 An donatio inofficiosa pro debita dumtaxat portione reuocetur?
- 2 Effectus querelæ inofficiosi testamenti.
- 3 Querelam inofficiose donationis, inofficiosi querelæ similem esse.
- 4 Sensus l. 1. C. de inoffic. donat.
- 5 Distinguedum esse in specie l. 2. d. tit. inter donationem inofficiosam filio emancipato factam, & eam qua in filium sub patris potestate constitutum collata est.
- 6 Cur in d. l. 2. donatio in filium in sacris patris constitutum facta per arbitrium familiae rescindatur & reuocetur?
- 7 Inofficiose donationis querelam locum habere, siue testator siue intestatus donator decesserit.
- 8 Dicta querela locum non esse ubi alio remedio minus odisso auctori consultum esse potest.
- 9 Species & sententia l. 5. C. di. tit.
- 10 Ad quam usque quantitatem inofficiosa donatio in liberorum fraudem facta per liberos reuocetur.
- 11 Probat per l. 6. d. tit. per inofficiose donationis querelam res ad intestati causam reuocari.
- 12 Explicatur l. 4. C. de cont. empt.
- 13 Differentia proposita ad intellectum l. 7. C. de inoff. don. inter hæc verba, Reuocari id quod immoderate gestum est, & Reuocari quatenus immoderate gestum est.
- 14 Error interpretum in d. l. 7.
- 15 De qua quarta intelligenda sit l. si liqueat. 8. & l. si mater 7. d. t.
- 17 Multa sepe in legibus Codicis supplenda esse, quæ ex rescripti verbis colligi non possunt.
- 17 Alia coniectura ad d. l. si liqueat.
- 18 Sententia l. Titia 87. §. Imperator. ff. de leg. 2.
- 19 Ius nouum circa inofficiosas donationes, eiusque ratio.

Nunquam † mihi persuadere potui, quod sibi interpretes fere omnes persuadent, inofficiosam donationem interuertendæ inofficiosi querelæ gratia factam pro debita duntaxat portione reuocari, Nam quemadmodum in fraudem querelæ inofficiosi testamenti, donationes huiusmodi inofficiose excogitatae sunt, ut frustra de inofficioso testamento quereretur is, qui etiam eo rupto legitimam portionem non haberet, licet vniuersa, quæ defunctus in bonis habuisset mortis tempore, bona consequeretur, ita remediū quod in fraudis huius fraudē excogitatum est, eiusmodi esse necesse est, ut qui de inofficiosa donatione agit, tantundem consequatur, quantum si inofficioso testamento experiretur. † Atqui ius querelæ inofficiosi testamenti sic comparatum, est ut qui egit, & obtinuit rescisso testamento, non falcidiam duntaxat, quam vulgo legitimam vocant, sed & vniuersam hereditatem consequatur, si fortè solus sit, aut si alius æquè proximus ad sit, eam saltè portionem quæ ab intestato eum contingit. *l. mater. 19. & pass. D. de inoff. test.* Idem ergo in querela inofficiose donationis obtinere dicendum est, ut pro ea parte rescindatur, quam ab intestato haberet is cuius in fraudem facta est, si donatio facta non esset. Alioqui

eueniret, vt fraudis suæ fructum impius pater sentiret, si filius qui per querelam inofficiosi testamenti aut vniuersam, aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficiosa donationis agens, non nisi debitam portionem obtinere posset. † Hinc est quod in *l. ult. C. de inoff. donat.* Imp. Constantius rescribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus (sic enim legendum est, non *omnibus* aut *omnis*) ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta sit, vt actionis vtriusque vel vna causa, vel similis existimanda sit. Quod cum generale sit, *Accursij* interpretatio recipienda non est, qui regulariter quidem verum id esse admittit, sed tamen aliud probandum ait, cum queritur in quantum inofficiosa donatio per querelam reuocetur. Etenim vix vlla est lex sub eo tit. *De inoffic. donat.* quæ hanc inofficiosa donationis querelam, inofficiosi testamenti querelæ non comparet, licet in omnibus de illo potissimum queratur. Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio reuocetur. *l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. & 9. eod.* † Nam quod in fine *l. 1.* dicitur, *non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutam subueniri vobis, vtpote quartam partem non habentibus, desideratis.* non eo pertinet vt per querelam inofficiosa donationis ad quartam duntaxat partem agatur, sed vt de inofficiosa donatione agere non possit is, qui quartam habet, quemadmodum nec de inofficioso testamento agere posset. At ex contrario, quemadmodum is cui minus quarta relicta est de inofficioso queri potest, si res in ea causa sit vt rupto testamento legitimam portionem habere possit, ita si inofficiosa donatio facta sit in legitime, & querelæ inofficiosi fraudem, donationis inofficiosa remedio locus erit: Vtraque porro actione, si actor obtineat, tantundem obtinebit, quantum si nulla donatio, nullumve testamentum factum esset. † Idque apertius ostendit *l. 2. eod. tit.* in cuius specie, cum proponeretur pater omne patrimonium suum impetu quodam immensa liberalitatis in filium effudisse, distinguitur an is in patris potestate permanerit, an emancipatus fuerit, vt priore casu is cui nihil donatum est quartam duntaxat partem debite ab intestato portionis incolumen habeat. Posteriore verò, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ de inofficiosa donatione queratur: hoc est non quartam duntaxat debite ab intestato portionis partem, sed dimidiam hereditatis consequatur. Ita enim necessariò is locus intelligi debet, non solum quòd in querela inofficiosi testamenti sic eueniret, sed etiam vt effectus aliquis sit illius distinctionis, an suo an emancipato filio donatio facta sit. Huius porro distinctionis ratio illa est, quòd cum emancipatus is fuit, in quem collata donatio est, alieno adminiculo non indiget donatio, sed suis ipsa viribus nititur, & subsistit, vt *d. l. 2. ait.* Proinde per querelam inofficiosa donationis rescindi eam necesse est: quod cum sit, ad causam non factæ donationis res redit. At cum filius, cui donatio facta est, in patris potestate permanerit, donatio non valet propter vinculum patriæ potestatis. *l. siue emancipatus. 17. C. de donat. nec patriæ silentio & morte confirmatur. l. si donatione. 13. C. de collat.* (quod tamen hodie secus est post Iustiniani Constitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.*) Ergo nec per querelam inofficiosa donationis rescindi potest. † Sed quoniam vniuersi patrimonij donatio, non tam simplex donatio, quam supremi iudicij ordinatio esse videtur, arg. *l. si filia. 20. §. si pater. D. famil. ercisc.*

officio arbitri familiæ erciscundæ congruit, sic ad iudicationes facere & bona inter fratres ex assè lectos diuidere, vt à testatoris voluntate quam minime fieri poterit recedat. *l. filij. 16. C. eod.* Id verò commodius facere non potest, quam si ei cui nihil donatum est, quartam portionis ab intestato debite partem præstet: ei verò in quem inofficiosa donatio collata est, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur casu inofficiosa donationis quærelæ locus non est, quoniam donatio per se non valet, sed alieno adminiculo indiget, non quidem Iustiniani constitutione in *d. l. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt ridiculè *Accursius* interpretatur, sed officio arbitri familiæ erciscundæ: quod tale esse debet, quemadmodum diximus, vt vniuersi patrimonij donationem iure supremæ voluntatis eatenus tueatur, quatenus equitas, iusque valitur. Hactenus autem patitur, quatenus nullum fratri in legitima præiudicium fiat. † Et hæc omnia vera sunt, siue post exinanitum immensis donationibus in vnum filium collatis patrimonium ambos filios pater ex assè heredes scripserit, siue ab intestato defunctus sit. Vtroque enim casu, siue ex testamento, siue ab intestato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquatur, atque ideo eadem æquitatis ratione inofficiosa donatio ab eo cui nihil relicta est, aut minus quam oporteret, reuocari potest, *l. 3. C. de inoff. donat.* † in *l. 4. eod.* illud etiam notatu dignum est, quod querela inofficiosa donationis in eo comparatur querelæ inofficiosi testamenti, vt quemadmodum hæc, sic illa ei non competat cui alio minus odioso remedio consultum esse potest quamuis extraordinario: ex quo magis confirmatur quod volumus, eandem in omnibus querelæ vtriusque rationem, causam, & finem esse. † Sequitur in *cod. tit. l. si totas. 5.* de cuius sententia dicendum nobis aliquid est, aduersus eorum interpretationem qui ex eo potissimum loco probari putant inofficiosa donationem non nisi ad debitum vsque bonorum subsidium reuocari. At primum obseruandum est, proponi eo loco factam donationem omnium bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quam in quos donationem contulerat, quo casu vix est vt initio inspecto inofficiosa donatio dici possit, quæ in liberorum, aut querelæ inofficiosi testamenti fraudem excogitata non est. At si postea ex eodem aut alio matrimonio liberi nati sint, inofficiosa sit, quæ prius inofficiosa non fuit, cum in eo res sit, vt liberi ex secundo matrimonio suscepti contra paternæ pietatis officium, debita sibi successione fraudentur. Quod cum nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, merito ab Imp. rescriptum est, id quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratum liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, vt filij, vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patris patrimonium reuerti. Sed hoc ad questionem nostram non pertinet. † De illo enim duntaxat quaerimus, Ad quam vsque quantitatem inofficiosa donatio in liberorum fraudem facta, siue re & consilio, siue re tantum fraus interuenierit, per liberos reuocetur. Finge in specie *d. l. si totas.* patrem post susceptos ex secundo matrimonio liberos nolle reuerti ad se eam bonorum donatorum partem, quam ad eum reuerti lex ait, hoc est quæ ad liberorum ex secundis nuptiis legitimam satis sit: quaerimus, an & quatenus inofficiosa donationes reuocari possint. Hæc enim euenit vt donationes huiusmodi, quæ primum sine fraude

fraude factæ sunt, ex post facto inofficiosa & fraudulentæ inueniantur: adeoque interuertendæ inofficiosi testamenti querelæ animum habere pater intelligitur, qui iuris beneficium recusat, hoc est rerum donatarum partem ad se reuerti non vult, vt liberis suis post donationes susceptis non tantum successione suæ emolumentum, sed & evertendi inofficiosi testamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò casum non pertinet *d. l. si totas.* in cuius specie de illo tantum pater quærebatur, qua potissimum ratione facere posset vt liberis ex eodem aut secundo fortè matrimonio natis debitam iis legibus portionem relinqueret. Videbat enim prudentissimus pater, vel se inuito relinquendam esse, iis quos ingratitude causam aliquam commisisse dicere non poterat. Cogitabat, si nihil iis relinqueret, aut minus quam iure oporteret, futurum vt donationes in fratres factas reuocarent, iisque paternæ liberalitatis fructum eriperent. Frustrà verò hæc omnia, si pro legitima duntaxat portione inofficiosa donationes reuocarentur. Quid enim interesset, an ea à liberis quibus nihil donatum erat, post patris mortem reuocarentur, an viuo patre, si vtroque casu ad eundem modum reuocarentur? Ergo vel ex eo maxime loco, si subtilius intueare, rectissime colligas quod volo, liberos post donationes susceptos, si iis debitum bonorum subsidium non relinqueretur, post mortem patris inofficiosa donationes reuocatos esse pro iis portionibus quæ ab intestato ad eos pertinerent. † Idem confirmat quod in *l. cum donationibus. 6. C. eodem.* dicitur, de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Præsidem prouincie iurisdictionis suæ partes exhibere debere: quod iam supra sic explicauimus, vt per vtramque querelam res ad intestati causam reuocetur. † Quam interpretationem præter ea quæ iam diximus, mirifice confirmat. *l. cum res. 4. C. de contr. empr.* cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit hæc auocare,* ostendunt manifestè inofficiosa donationem à filio in solidum reuocari aduersus extraneum cui omnia bona à matre filij donata & tradita esse proponebantur. Nam quod ait, *hæc,* necessariò referendum est ad præcedentia illa, *omnia bona tibi ab ea donata, & tradita,* quicquid *Accursius* causetur, qui perpetui sui, communisque erroris memor, notat reuocari à filio quæ mater extraneo donauerat quatenus immoderate donauerat. Quod si verè diceretur, vtique falsum esset quod lex ait *hæc,* de quibus paulò ante dixerat, hoc est omnia donata & tradita per inofficiosa donationis querelam auocari. † Nec obstat quod in *l. si mater. 7. C. de inoff. donat.* rescribitur, immodicis donationibus à matre in vnum ex liberis collatis, eum cui minus legitima relicta est, posse agere vt quod immoderate gestum est reuocetur. Longè enim differentia hæc sunt, Reuocari id quod immoderate gestum est, & Reuocari quatenus immoderate gestum est. Prius verum, posterius falsum est. Quemadmodum rectè quis dixerit, testamentum in quo mater extraneo tantum reliquit, vt filio minus legitima portione reliquerit, per inofficiosi querelam rescindi posse: neque tamen verè dixerit rescindi hoc casu testamentum, quatenus extraneo plus quàm filio relicta est. In totum enim rescinditur. Sic rectè dici possit, si quis rem cæcum aureis dignam, ducentis & decem emerit, rescindendam esse emptionem propter immodicam læsionem, neque tamen eodem modo dici possit, rescindendam esse

duntaxat quatenus læsio immodica est, hoc est vltra dimidiam iusti pretij, vt in proposito casu venditor liberetur si decem restituat: alioqui frustra ei electio daretur, *l. 2. C. de rescind. vend.* qui hoc semper mallet, quam restituito integro pretio rem suam recipere. Sic denique in specie *l. liberto. 26. D. de bon. libert. & l. si libertus. 16. de iur. patro.* in bonis liberti minoris centenari patronus nullum ius, nullamque partem habet, quam haberet si libertus mortis tempore centenari maior esset. Nec ea quantitate quæ supra centum excurreret, contentus esse cogetur, eo prætextu quòd sublata ea, in cæteris bonis, quæ essent intra ætimationem centum, nullum ius haberet. Captiosa igitur argumentatio est, si quis dicat, Inofficiosa donationes, & immodicas reuocari, quoniam inofficiosa, & immodica sunt. Reuocari igitur eatenus duntaxat, quatenus inofficiosa, & immodica sunt. † Similis quoque eorum error est, qui ex eo quod *dicit. l. 7.* ait filium qui quartæ partis dimidium non habet de inofficiosa donatione agere posse, inferunt, non igitur posse agere, nisi quartæ partis dimidium consequatur. Aliud enim est eum qui legitimam portionem non habet, queri posse: Aliud non posse queri, nisi vt legitimam portionem habeat, vt supra diximus in interpretatione *l. 1. C. eod.* Nulla igitur in toto eo titulo, aut alibi lex est, quæ inofficiosa donationem hæc parte ab inofficioso testamento separet. Et miri sunt qui scribunt admodum multas in eo titulo Constitutiones esse quibus ostenditur inofficiosa donationem pro debita duntaxat portione reuocari. † Sed eos præcipites egit vn. *l. si liqueat. 8. C. eodem.* in qua id ipsum aperte exprimi videtur iis verbis, *quod donatum est, pro ratione quartæ diminuetur.* At quartæ appellatio ambigua est, duplicemque sensum commode admittit. Potest enim de quartæ portionis ab intestato contingentis intelligi: potest etiam de ipsa portione ab intestato contingente, quæ quarta est, si fortè quatuor vnus patris, aut matris liberi esse proponantur. Atque hoc posteriori sensu in *d. l. si liqueat.* intelligi quartam probabilis est, non solum quia priorem interpretationem iuris ratio non admittit totque leges de quibus supra diximus, sed etiam quoniam in eadem lege additur, *ad instar inofficiosi testamenti comitti.* Aperte autem falsum est, id quod extraneo fortè relicta est testamento, quod inofficiosum conuictum est, diminui pro ratione duntaxat quartæ portionis ab intestato contingentis. Nec sanè memini vllò iuris loco quartam dici simpliciter eam quæ est quarta debite portionis, sed vel cum adiectione illa *debitæ portionis,* vel paulò post additam eiusmodi adiectionem, vt in *l. Papinianus. 8. §. si quis mortis. §. quantam. & §. quarta. & pass. D. de inoffic.* Legitima portio, vel Debite portio sanè dicitur, præsertim in Codice. Sed & in *l. si mater. 7. C. de inoffic. donat.* verba illa, *quarta partis dimidii,* de dimidio quartæ partis, quartæ, inquam, eius portionis, quæ ab intestato contingeret, intelligi non postulant: sed de dimidio quartæ totius hereditatis. Quod dimidium quartæ, quarta ipsa est, si quartæ intelligas legitimam portionem quæ querelam excludit, id est quartam debite portionis. Quis ergo miretur in *l. si liqueat.* verba illa, *pro ratione quartæ,* de quarta totius hereditatis intelligi? Mirarer potius eam quartam intelligi, quam liberis ad excludendam inofficiosi querelam relinqui necesse est, idque prorsus nouum existimarem. Coniecturam quoque iuuant verba illa *l. si liqueat. at. in vnum fil.*

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

SVM MARIA.

- 1 An fideicommissum à legatario relictum, deinde fideicommissario ademptum, ad legatarium, an verò ad heredem reuertatur?
- 2 Quis sit animus testatoris aliquid legatarij fidei committentis?
- 3 Differentia inter heredem cui pecunie pars aliqua alimentis libertorum destinata prælegata est, & eum cui testator legatorum diuisionem mandauit.
- 4 Potiorem esse in specie d. l. pen. §. i. legatarij quam heredis causam.
- 5 Ratio responsi Scauola in l. Lucius. 38. §. Scauola. 13. de leg. 2.
- 6 Additur negatio in d. l. pen. §. i.
- 7 Ratio dubitandi in d. §. i.

sum, quæ innuere videntur tres ad minus in ea specie liberos matri superstitibus fuisse: alioqui melius dixissent Imp. in fratrem tuum. vt in l. præce. Quod si iam ex ipsius verbis legis tres liberos fuisse intelligimus, non valde incommoda, aut commentitia interpretatio erit, si quatuor fuisse ponamus. Sæpius enim in legibus Codicis id euenit, vt multa supplenda sint, quæ ex rescripti verbis colligi non possunt, quod ad casus propósitos ea rescripta accommodabantur, & superfluum videretur in ipso rescripto id addere, quod ex facto proponebatur. Quod à plerisque non obseruatum, fecit, & etiamnum facit, vt infinite Codicis leges, alioquin faciles si ad accommodatam facti speciem applicentur, difficiles, ac propemodum inexplicabiles existimentur. Si hæc ad l. si liqueat. rescriptio non placeret (placet autem maxime) ea verba, *provisione quarta*, potius tollerem, quàm mihi persuaderem inofficiosa donationem non nisi pro debita portione reuocari. Me namque præter manifestam iuris rationem plurimum legum autoritas magis moueret, quàm vnus solius. Sed ex omnibus quæ multa sunt, & sententiam nostram apertissime comprobant, apertissima vna est l. Titia. 87. §. Imperator. de legat. 2. ad quam fatentur omnes planè nescire se quid commodè responderi possit. Ita enim de tot, tantisque interpretationibus benignè existimandum est potius, quàm sibi eos satisfecisse in iis interpretationibus, quæ vix rudi, & imperito tyroni satisfacere possint. In quibus singulis refellendis idè diutius non insistemus. Hoc tantum addemus, si qua lex est quæ ei Alexandri rescripto minus conuenire videatur, ad eam potius quæti responsionem oportere, quàm ex ea, de sententia §. Imperator. dubitare. Primus enim Imp. Alexander fuit qui eo rescripto querelam inofficiosa donationis, ad exemplum querelæ inofficiosa testamenti introduxit. Et rescripti verba sic aperta sunt, vt nec dubitationi, nec responsioni locum relinquant. Sanè post Iustiniani Constitutionem 92. de immens. donat. iuri veteri hæcenus derogatum est, vt si vni ex liberis minus legitima relictum sit, neque is ex bonis quæ supersunt legitimam integram consequi possit, actione de inofficiosa donatione experiri nequeat, sed ad supplementum agere compellatur, vt quod ex immensis donationibus excurrit, cum fratribus sic exequatur, ne per donationum immensitatem minus habeant quàm iis legibus debeatur. Nempe quemadmodum iure vetere par & eadem in omnibus vtriusque querelæ inofficiosa testamenti, & inofficiosa donationis causa, & finis fuit: ita nouissimo iure postquam constituta fuit vt filius, cui institutionis titulo aliquid relictum est, licet minus legitima, de inofficiosa testamento agere non possit, sed ad supplementum duntaxat: illud quoque constitui rationis fuit, vt de inofficiosa donatione actio nulla sit vbi aliquo relicto ad supplementum agi potest. Ergo si nihil vni ex filiis relictum sit, quemadmodum hodie inofficiosa testamenti querelæ locus adhuc est, ita de inofficiosa donatione agi poterit: vtroque autem casu iure veteri vtetur, vt ad eam vsque portionem testamentum, vel donatio reuocetur, quæ ad actorem ab intestato pertineret. Neque enim ad hunc casum Iustiniani Constitutiones pertinent, quæ in iis casibus in quibus iuri veteri expressè non derogant secundum id rectamque iuris rationem interpretandæ sunt.

Filius t matri suæ heredi ex parte instituta quatuor prædia legauit, cuiusque fidei commissit, vt ex his duo focero restitueret: deinde codicillis focero fideicommissum ademit. Cùm quæreretur an nihilominus ea prædia ad matrem ex prælegatione pertinerent, consultus Scauola respondit, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent in l. filio. penult. §. i. D. de adim. leg. At potius videbatur nihil proponi cur ad matrem non pertinerent. Nam quod proponebatur ademptum esse focero fideicommissum, potius suadere videbatur vt pertinerent, cùm in fideicommissis regulare sit vt potiorem causam habeat is cuius fides electa est, hoc est legatarius, cuius fidei testator commissit, quàm heres à quo legatum reliquit. l. Iulianus. 60. de legat. 2. Qua ex ratione intelligimus ius hoc ex voluntate testatoris descendere, quem verisimile est id cogitasse vt is cuius fidem elegit, si contingeret fideicommissum deficere, potior esset herede quem eò minus dilexisse intelligitur, quod nihil ei committendum putauit, magisque legatarium fideicommissario, quàm heredem coniungit. Hoc verò si ita est, parum interest an fideicommissarij morte, an ademptione fideicommissum deficiat. Vtroque enim casu testatoris voluntas est, vt quandoquidem aut quomodo-cunque fideicommissum deficiat, legatarius heredi præferatur. Eoque apertior hæc testatoris voluntas est, cùm ademptione fideicommissum extinguitur, quod legatum ademptum non est: Nec nisi iniqua & improbabilis interpretatione fieri potest, vt ademptum videatur, quod fideicommissi onere solutum est. Quamquam enim testantis ab initio legatarij fideicommittentis animus ille esse videtur, vt non legaturus fuisset, nisi de fideicommissario cogitasset, tamen illud quoque animo agitalle eum apparet, vt quemadmodum fideicommissarij potiorè quàm legatarij causam esse voluit, ita si fideicommissarius nullus sit, ac inter legatarium & heredes res agatur, huic ille præferatur. Etenim dici non potest legatarium, cuius fides in fideicommissio electa est, tanquam nudum ministrum à testatore electum esse: quod si verè diceretur, vtrique heredi non noceret, quominus fideicommissum deficiens apud ipsum remaneret. l. si quis Titia. 10. 17. de leg. 2. quæ omnium apertissime probat, in dubio non videri testatorem, qui à legatario fideicommissum relinquit, legatarij tanquam ministri personam elegisse. Quod & Papinianus

Papinianus monet in l. pecunia. 8. D. de alim. leg. vbi diuersam constituit rationem heredis cui pecuniæ fors aliqua alimentis libertorum destinata prælegata est, & eius cui legatorum diuisionem testator mandauit. Hanc enim rem ait præsentem ac momentaneam curam, hoc est, nudum ministerium iniungere. Alimentorum verò præbendorum necessitatem oneribus mensuris atque annuis, verecundiam quoque pulsantibus adstringi. Ex quo inferit, libertis quibus alimenta præstabantur defunctis nullam propterea ceteris coheredibus aut indebiti conditionem, aut vtilem actionem, aduersus eum cui pecunia in eam rem prælegata erat, dari: Aduersus eum autem cui legatorum diuisionem mandata est dari: ne contra testatoris voluntatem lucrum ex testamento sentiat is cui cura potius iniuncta quàm aliquid relictum est. l. Lucius. 78. §. i. D. ad S. C. T. rebell. Sic Paulus in l. si quis eum. 37. D. de cond. & demonstr. respondit eum cui seruus legatus est, sub eo modo, vt manumitteret, quem ipse testator manumittere non poterat, non esse quidem cogendum id facere, quod contra legem facere iussus est, sed tamen neque à legato esse eum repellendum, quoniam inquit, magis legatarium aliquod commodum in hoc seruo, quàm heredem habere testator voluisset. Hoc verò magis mirum est, quàm quod volumus ea prædia, quæ mater heres ex parte scripta focero restituere rogata erat, si postea fideicommissum focero ademptum sit, matri nihilominus deberi. Nam hoc casu nihil in legis fraudem sit, & si quis heredis fauor esse debet, matris heredis ex parte instituta, eiusdemque legatarij maiorem quàm solius heredis fauorem esse fatendum est. Vnde & in illo Pauli casu apertè contra Modestinum respondit in l. si quis duos. 31. de legat. 2. nec legatum libertatè deberi, nempe propter fraudem legi factam, non quod perpetuè vera non sit Pauli ratio in d. l. si quis eum. quod legatarium magis quàm heredem dilexisse testator videatur: sed quia indignus sit cuius voluntas seruetur is, qui legi maxime fraudem facere voluit. Sic denique Scauola, cuius illud quoque responsum est de quo disputamus, in l. pater filium. 38. §. fideicommissum de legat. 3. consultus an fideicommissum ab eo cui duo millia legata erant relictum his verbis, à te Præroni peto vti ea duo millia solidorum reddas collegio cuiusdam templi, si postea collegium dissolutum sit, ad legatarium pertineat, an verò apud heredem remanere debeat, respondit, Petronium iure petere si modò per eum non stetit parere defuncti voluntati. Et, vt breuiter dicam, non est, quod sciam, vnus in vniuerso iure locus qui in simili specie potiorem heredis quàm legatarij causam faciat. Sanè in specie l. Lucius. 88. §. Scauola de leg. 2. eidem Scauolæ placet legatarium, qui legatum restituere ancillæ testatoris rogatus est, si legatum non habeat, petere id non posse. An quod ex testatoris voluntate melior heredis conditio sit, quàm legatarij? Minimè verò. Et eam ob causam si legatum legatarius habeat, restituere id non compellitur, nec ancillæ heredis cui fideicommissum relinqui non potuit, nec ipsi heredi cuius ancilla est, quia quod ex testatoris hereditate profectum est, eiusdem heredi nec legati nec fideicommissi potest. At quoniam illud quoque verum est: quod initio capitis diximus, magis à testatore dilectum videri fideicommissarium quàm legatarium, & in proposito casu testatoris voluntas illa fuit, vt centum legata, per fideicommissum ad heredem peruenirent, sit ex eiusdem voluntate, vt

heres qui sibi per actionem consulere non posset, per retentionem consulat, & doli exceptione legatarium repellat, qui id petat, quod statim ex testatoris voluntate eidem restitutus esset si ius pareret. Alioqui non ex solo quod fideicommissum ab initio inutile est, legatarius à legati, quod vtiliter relictum est, petitione repelleretur, d. l. si quis eum. 37. de cond. & demonstr. Idem igitur multo magis improbandum est si fideicommissum ab initio fuit, sed postea ademptum, aut fideicommissarij morte extinctum, vt his casibus legatario nihilominus debeatur id, quod alteri restituere rogatus erat. Sublata namque fideicommissio, illud ex testatoris voluntate manet, vt heredi legatarius præferatur. Quod cū ita sit manifestum, falsum & iniquum est quod Scauola respondit in d. l. penult. §. i. de adim. legat. si matri heredi ex parte scriptæ quatuor prædia filius prælegauerat, & ex iis duo per fideicommissum focero restitui iusserat, adempto codicillis fideicommissio nihil proponi cur ea duo prædia ad matrem pertinerent. Nec excusari Scauola potest, quin librarij accusentur, quos verisimilius est quàm Scauolam negationem omisisse: quæ si addatur, hoc modo, nihil proponi cur ad matrem non pertinerent, elegans, & verum Scauolæ responsum esse omnes procudubio fatebuntur. Ita verò legendum esse præter manifestam iuris rationem, ipsa quoque responsi verba ostendere videntur. Illa enim, nihil proponi, eò pertinent vt intelligamus dubitandi rationem, eò loco propositam, sufficientem non fuisse, vt in tot. l. Titia. 19. D. de ann. legat. & alibi passim. Dubitandi autem ratio illa erat, quod codicillis fideicommissum focero datum ademptum fuerat, vt apparet ex iis verbis, an nihilominus, quæ alium sensum habere non possunt, quàm huic, An quamuis ea prædia focero adempta sint, nihilominus ex prælegatione ad matrem pertinerent. Ea namque dubitandi ratio facere videbatur, vt non pertinerent, non autem vt pertinerent. Consequens igitur est Scauolam, qui dubitationem hanc minus sufficientem esse satis innuit, respondisse nihil proponi, id est fideicommissi ademptionem propositam non facere, cur ea prædia ad matrem non pertinerent. Quis enim existimasset, facere vt pertinerent? Ego sanè addendam esse negationem nisi dubito, nec à me his libris verius quicquam obseruatum esse planè mihi persuadeo.

Emendatur l. cum quis. 38. §. i. D. de solut.

- 1 Dissensio Vlpiani & Africani in questione illa, an debitor qui iussu mariti donare volentis vxori soluit, liberetur, & an mariti nummi fiant?
- 2 Ratio Africani in d. l. 38. §. i. quomodo accipienda?
- 3 Pugna l. qui negotia. mand. cum l. singularia. 15. & l. rogasti. 11. ff. si cert. pet.
- 4 Vlpiani & Africani actiones in dictarum legum questione.
- 5 Reijciuntur conciliationes d. l. 38. §. i. cum l. 3. §. vlt. ff. de donat. int. vir. & vxor. ab Accursio & Odofredo allata.
- 6 Delentur verba post diuortium e d. §. 1. l. 38.

PVgnat t ex diametro l. cum quis. 38. §. i. de solu. cum l. 3. §. vlt. de donat. inter vir. & vxor. Ibi Africanus scribit, si maritus vxori donaturus debitorem suum iusserit ei soluere, neque debitorem liberari, neque mariti nummos fieri: nam si fierent, & vtrique debi-

tor liberaretur. Hic verò Vlpianus ex Celsi sententia magis probat ut mariti fiant nummi, ac per consequentias debitor liberetur. Cuius sententia rationem illam reddit, quod si donatio iure civili non impediretur, is rei gestæ ordo futurus esset, ut pecunia à debitore ad maritum, deinde à marito ad uxorem perueniret. Porro celeritate coniungendarum actionum inter se, vnam occultari: neque nouum esse aut mirum quod per alium accipias, te accipere. Idem enim contingere si is qui se creditoris tui procuratorem esse simulauerit, à debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, ut pecuniam tuam factam, tibi que non debitori tuo furti actionem competere dicamus. Africanus suæ sententiæ rationem aliam non reddit, quam quod nummi mulieris non fiant. Quod etsi verum est, nihil tamen ex eo rectè inferri posse videtur. Nam ex Celsi sententia Vlpianus responderet, vxoris quidem factos non esse, at mariti factos esse, hocque vnum præcipuè inspicere debere. Alioqui dicendum fore, si eam pecuniam debitor marito soluisset, tum vxori maritus donasset, quia vxoris facta non esset, liberatum debitorem non esse. † Quare Africani ratio sic accipienda est, ut in ea subintelligamus, nummos qui mulieris non sunt, mariti quoque fieri non posse. Nam quod Celsus dicebat celeritate coniungendarum inter se actionem vnam occultari, quæ tota eius sententiæ ratio est, Africanus non admittet, qui neque fictionem breuis manus (sic enim idem Vlpianus appellat in *l. licet. 43. §. quoties. de iur. dot.*) vlllo alio casu admittendam putauit, nisi in eo, ut si tibi debitorem meum iussit dare pecuniam obligeris mihi quamuis nummos meos non acceperis. *l. qui negotia. 34. mand. vbi quod Africanus ait hoc benignè receptum esse, indicat id ipsum admittere, non quia admittendum, sed quia admissum sit, ut si iam benignè receptum non esset, nec is recipiendum putaret. † Hinc etiam nata est celebris illa & iam ferè ab omnibus admissa inexplicabilis *artimonia. d. l. qui negotia. cum l. singularia. 15. §. l. rogasti. n. si certum petat.* in quibus ob eandem rationem Vlpianus & Africanus inter se manifestissimè dissentiunt. Nam si me pecuniam mutuam rogaueris, & ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri ut eam vèderes, pecuniaque vteris, aut si cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, conuenierit ut crediti nomine eam habeas, Vlpiano placet creditum fieri pecuniam, tæque mihi ex mutuo obligari. Africano contra neutro casu posse nuda conuentione fieri creditos nummos, qui mei non fuerunt. † Vlpiani ratio est, quod si tibi debitorem meum iussit dare pecuniam, obligaris mihi, quasi breui manu pecunia à debitore ad me, tum à me ad te perueniret. Cur non igitur quod in duabus personis recipitur, multò magis in vna persona recipitur? Ac sanè si vlllo alio casu breuis manus fictio admittenda est, vix reddi ratio potest, cur non in hoc admitti debeat. Sed Africanus respondet, ex eo, quod benignè receptum est, non debere argumentum sumi: denique iuris rationem non pati ut quicquam meum fiat, quod mihi traditum non sit, sed ab alio suo nomine acceptum. Ergo quemadmodum in iis speciebus manifesta est Africani ab Vlpiano dissensio, ita & in ea de qua quærimus fatendum necessariò est conciliationis rationem afferri nullam posse. † Nam quod *Accursius* dixit, in Africani specie mulierem sciuisse donationem non va-*

lere, at apud Vlpianum ignorauisse, tam ineptum est quam commentitium, cum neutra lex distinctionis huius argumentum aliquod præbeat, & Africanus alià suæ sententiæ rationem non afferat, quæ quod nummi mulieris non fiant. Quis verò dixerit, idèò magis valere donationem, quod donationem valere mulier putauerit? quod si hoc etià casu donatio non valet, ex consequenti nummos mulieris non fieri necesse est. Equè inepta est *Odosredi* sententia, distinguentis an constante matrimonio an post diuortium debitor mulieri soluerit: Nam post diuortium factam solutionem Africanus utique dixisset, si ea præcipuè ratione motus fuisset. Verùm huic distinctioni causam proculdubio dederunt verba illa quæ apud Africanum sequuntur, *furti tamen actionem in proposito mihi post diuortium competuram, quando mea interest interceptos nummos non esse.* Sic enim ab *Odosredo* accepta sunt ut post diuortium pecuniam acceperit mulier, sciens mutata mariti voluntatem. Quod si ita esset, frustra Africanus scripsisset marito post diuortium competituram furti actionem: factò enim post diuortium furto, certum erat non nisi post diuortium furti actionem competere posse. Rursus ut marito aduersus eam quæ vxor fuit actio furti competat, non sufficit factam esse post diuortium solutionem, nisi & illud comminiscare, diuortio reuocatum fuisse donationem, quod plerumque non fit. *l. cum hic status. 32. §. si diuortium, de donat. int. vir. & vxor. l. 3. de aur. & argent. legat. At ne hoc quidem satis erit, nisi addas mulierem animum furandi habuisse, cum sine affectu furandi furtum non fiat: quorum tamen omnium Africanus nil meminit, licet in priore specie cum de eo loquitur qui reuocato mandato solutionem acceperat, idèò eum accepisse dicat, ut nummos lucraretur, seu furaretur. † Quare dubitandum mihi non videtur, quin verba illa post diuortium, delenda sint, ineptoque interpreti potius quam Africano tribuenda, cum Africanus dicat furti actionem competituram mihi non marito, de quo prius in tertia persona locutus fuerat. Ad hæc competituram in proposito, hoc est in specie proposita de qua consultus eo loco respondit: erat autem species proposita de Titio, qui post reuocatum mandatum ab ignorante debitore solutionem acceperat, non de muliere cui debitor constante matrimonio soluere iussus post diuortium soluerat. Ita verò Africanus facere solet, ut cum post aliquot argumentationes ad propositam questionem reddit, verbis illis vtatur, *in proposito, vel in proposita specie, vt in l. Stichus. 16. de pecul. legat. l. ex esse. 23. ad S. C. Treb. l. tutor. 19. §. fin. ad Vel. d. l. qui negotia. 34. mandat. l. seruus. 30. de action. empt.* Quod cum ineptus ille interpretis non intelligeret, & ad proximam speciem verba illa referri crederet, marito autem aduersus uxorem non nisi post diuortium furti actionem dari intelligeret, Africanus sic interpretatus est, ut marito furti actio post diuortium competitura sit, quam certum est, constante matrimonio, competere non posse. *l. 2. C. rer. amot.* Sed animaduertere debebat, nec ratione furti quod constante matrimonio factum est maritum furti agere posse post diuortium. *l. 2. D. eodem. in qua Iureconsultus rationem inquirens cur aduersus mulierem quæ mariti res amouit, rerum amotarum, non furti actio post diuortium detur, rationem illam adfert quod in honorem matrimonij turpis actio aduersus uxorem denegetur: quæ etiam ratio est. l. si quis vxori. 52. in princip. de furt.**

CAPVT XX.

Emendatur *l. vlt. D. de pact. dot. & l. inter-est. 6. C. de usufruct.*

SVMARIA.

1. *Questio. l. vltim. de pact. dotal.*
2. *Primus error in ea lege commissus.*
3. *Maritum in d. l. fundi æstimati non fundi venditi pretium restituere, nisi fundum ipsum malit restituere.*
4. *Tollitur vox ducenta & substituitur, centum.*
5. *Alter huius legis error in verbis, neque ei pactum conuentum remitti oportere.*
6. *Accursus de his verbis sententia.*
7. *Pugnantia & contrarietas in l. 1. C. de usufr.*
8. *Emendatur finis d. l. 8.*
9. *Quænam fuerit dubitandi ratio in d. l. 6.*
10. *Cur in d. l. res in dote data & æstimata oppignorari possit, alienari vero nisi volente muliere non possit.*

A PUD *Iauolenum* in *l. vlt. D. de pact. dot.* questio talis proponitur. Fundus æstimatus centum in dotem datus fuerat: tum vxor cum viro pactum conuentum fecerat, ut diuortio factò idem fundus eodem pretio vxori restitueretur: Postea volente muliere is fundus ducentis venditus est, & subsecutum diuortium. Quæsitum est, quid vxori restituendum esset. *Iauolenus* refert *Labeonem* putasse, viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta, vel fundum reddere, neque ei pactum conuentum remitti oportere. Ego duobus huius responsi locis erratum esse arbitror. † Primum quod *Labeo* dicebat, & *Iauolenus* probat in viri arbitrio esse utrum velit fundum an ducenta reddere, vix intelligere possum: cum pacto conuento id actum sit ut eodem pretio fundus restitueretur: eodem, inquam, pretio, id est habitatione augmenti, & diminutionis, ut loquitur *L. æstimatio. 50. D. sol. mar.* quod si ita est, sequitur ut si fundus restitutionis tempore ducentorum aureorum sit, non aliter à muliere repeti possit, quam si centum marito præstet: quemadmodum si imminuta æstimatio quinquaginta duntaxat aureorum esset, mulier præter fundum, quinquaginta petere iure conuentionis possit. *l. si inter. 21. C. de iur. dot.* † Cum igitur alienatò mulieris voluntate fundo factum sit, ut ad ipsius fundi præstationem maritus omnimodo non compellatur, danda ei electio est, an fundum ipsum, an verò centum velit reddere. Ducenta enim eum dare, si fundum non reddat, nulla ratio est: qui si fundum redderet centum à muliere consequeretur, nec nisi centum mulieri reddidisse videretur. Alioqui dicendum erit, parùm cautè Iureconsultum marito electionem dare, an fundum an ducenta velit reddere: nisi fortè ineptior sit maritus, qui malit ducenta mulieri dare, quam fundum ipsum: dignum quidem ducentis, sed tamen cuius restitutione, centum ipse lucraretur. Nec est, quod quis dicat, mulierem cum de alienando fundo consensit, in eo etiam videri à priore pacto recessisse, ne eodem pretio fundus restitueretur, sed illa ipsa ducenta quæ ex fundi venditione confecta sunt præstarentur. Neque enim hoc, quod omnium maximi momenti est, *Iauolenus* prætermisisset, si verè dici posset: qui & curiosus fuit rationem reddere, cur non præcisè fundum maritus dare compellatur: quod tamen non ita erat in obscuro cum voluntate mulieris facta alienatio proponeretur. Neque rursus permittendum esset marito fundum

ipsum eodem quo æstimatus est pretio restituere, si ius illud mulieri ex venditione acquisitum est, ut integra ducenta in dote sint, cum absurdum sit existimare, in arbitrio mariti esse dotem in dimidia parte minorem facere. † Dicendum igitur est, mariti electio esse an fundum an centum velit reddere, ut pro ducunt a legamus centum. (facilis enim error est, *l. 9. §. 2. sed & si quis de hered. instit.*) quomodo in veteri meo libro, post obseruatum receptæ lectionis mendum hac nota C. scriptum vidi. † Alter huius legis error mihi videtur subesse in iis verbis, *neque ei pactum conuentum remitti oportere.* Cum enim pacto id conuenisse proponatur, ut idem fundus diuortio factò mulieri restitueretur, & hoc ipsum marito remittatur idèò quod ex voluntate mulieris fundus venditus sit, planè non intelligo quid illud sit, quod hic dicitur marito pactum conuentum remitti non oportere. † Falsum enim est, quod *Accursius* sentat remitti quidem in quibusdam; at non in omnibus. Quid enim aliud conuenerat quam ut fundus ipse restitueretur? Hoc verò propter factam mulieris voluntate alienationem marito remittitur. Ergo totum pactum ei remittitur. Quare pro neque puto legendum *namque*: cui similem errorem nonnulli obseruarunt in *l. Manius. 66. §. duorum. de legat. 2.* † sicque dissimilis species proponitur in *l. inter est. 6. C. de usufruct.* de illius etiam loci emendatione & sententia considerandum nobis est. Distinguendum lex ait, an usufructum solum maritus in dote acceperit, an proprietatem ipsam, adiecto tamen pacto ut eo mortuo, eadem possessio mulieri redderetur. Nam si usufructus tantum in dotem datus sit, proprietatem à marito pignorari non potuisse. Data verò proprietate æstimata, non idèò minus obligari eam potuisse quod soluto matrimonio restituenda mulieri æstimatio fuerit. Quæ postrema verba cum legis principio profus pugnant. Pactum enim adiectum proponitur ut mortuo marito eadem possessio quæ data fuerat mulieri redderetur. At in fine legis, datæ proprietatis æstimationem ex pacto restituendam fuisse verba sonant. Ut dubitandum non sit quin vel principium ex fine, vel finis ex principio emendandus sit: quod & à viro doctissimo iam pridem animaduersum est: sed tamen quomodo locus hic emendandus sit, non satis rectè meo iudicio obseruatum. † Putat enim principium ex fine legis sic emendandum, ut non *eadem possessio* sed *æstimatio* legamus: quod ego probabile non puto. Quis enim admittat tam magno errore fieri potuisse, ut pro *æstimatio* legeretur *eadem possessio*, præsertim cum ita omnes libri scriptum habeant? Rursus proprietatem in dotem sic data, ut eius æstimatio restitueretur, quæ dubitandi ratio esse potest, cur non à marito & obligari & pignorari potuerit? Probabilius igitur dici potest emendandum finem ex principio, ut pro *æstimatio*, legamus *possessio*, quando & in plerisque libris non *æstimatio* legitur, sed *obligatio*, quæ nullius sensus lectio est. Iuuant coniecturam verba illa, *non idèò minus*, quibus dubitandi rationem contineri aperteissimum est. † Illud verò dubitationem faciebat, quod conuenerat ut soluto matrimonio æstimata proprietatis possessio redderetur, ut in *l. vltim. de pact. dot.* Quod si conuenisset ut datæ in dotem proprietatis æstimatio restitueretur, inepta sane ac parum accommodata hæc dubitandi ratio esset, quæ quo magis non quo minus valeret oppignatio efficere. Respondit tamen est non idèò minus obligari proprietatem potuisse, ratione illa, ut opinor,

quod aestimata sit, ac proinde in mariti dominium translata. *l.quoties.5.C.de iur.dor.* Nec obstare conventionem illam ut eadem possessio restitueretur, quia oppignatio non faciat quominus satisfieri conventioni possit, scilicet si creditori debitum solvatur. (Ergo aduersus heredes mariti agere mulier debet, ut eandem sibi possessionem restituant, atque ita tam creditori, quam mulieri consulere. Planè si heredes mariti soluendo non sint, puto mulieri competituram conditionem, cui scilicet æquius est propter conventionem succurri, quam creditori, qui ex persona mariti debitoris, rei illius dominium, aut dominij causam aliquam nan-

cisci non potuit.) † Ceteram quamvis in hac specie res in dotem data, & aestimata oppignerari possit, alienari tamen nisi volente muliere non poterit, *dict. l. vltim. de pat. dor.* credo quia fieri id non possit salua pactione, quia actum est ut eadem ipsa possessio restitueretur. Et hæc mihi videtur verissima illius loci sententia, & lectio. Errori verò causam illud fortasse dedit, quod imperitus interpret existimabat in illis verbis, *quoniam soluto matrimonio, &c.* rationem decisionis contineri, cum tamen dubitatio potius exprimat, ac si scriptum esset *non ideo minus quoniam*, idque etiam ipsa interpunctio demonstrat.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER IV.

CAPVT I.

Conditionem furtiuam & rerum amotarum dari in solidum contra heredem.

SVM MARIA.

- 1 An conditio furtiua aduersus heredem competat, quum res furtiua viuo fure perijt?
- 2 Probatur conditio ex causa furtiua heredem qui solus est in solidum teneri.
- 3 Sententia *l.2. §. fin. ff. vi bonor. rapt.*
- 4 An is cui bona vi rapta sunt si non sit dominus, aduersus raptoris heredes conditio furtiua in solidum experiri possit?
- 5 Differentia inter actiones que rei persecutionem continent, & ceteras.
- 6 Conditionem furtiuam etiam re perempta & amissa aduersus heredes in solidum dari.
- 7 Contraria Cuiacij sententia.
- 8 Responso ad primam Cuiacij rationem.
- 9 Explicatur *l.10. de tutel. & rat. distrah.*
- 10 Reuocatur eiusdem Cuiacij coniectura ad *l.9. ff. de condict. furt.*
- 11 Improbatur etiam coniectura & adnotatio ad *§. vlt. l. si pro fure. d. t.*
- 12 Secundum Cuiacij argumentum refellitur.
- 13 Cur pater ex furio filij conditio furtiua non teneatur?
- 14 Tertia Cuiacij ratio refutatur.
- 15 An actio rerum amotarum contra heredem in solidum detur?
- 16 Responso ad *l. vltim. C. rerum amot. & eius explicatio.*
- 17 Contraria non esse hac, teneri unumquemque ex heredibus in id quod ad eum peruenit, & teneri unum ex ijs aut omnes simul in solidum.
- 18 Quanam fuerit dubitatio in *d. l. vlt. C. rer. amot.*
- 19 Ratio dissimilitudinis inter conditionem furtiuam & actionem rerum amotarum.
- 20 Actiones rei persecutorias ex delicto proficiscentes, si pœnales non sint, contra heredem in solidum competere.
- 21 Postrema Cuiacij obiectio refutatur.



ONDITIONEM † ex causa furtiua morte furis nõ interire scribit aperte Iustinianus in *§. vlt. Instit. de oblig. que ex delict. nasc.* vbi ait ea conditio teneri furis heredem quamuis rem furtiuam non possideat. Et Vlpianus in *l. si pro fure. 7. §. vlt. D. de cond. furt.* docet ita iure civili constitutum esse ut conditio furtiua heres quoque furis obligetur, quod ea actio rei habeat perfectionem. *Nec tantum, inquit, si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Quod ego cum *Accursio* & ceteris sic interpretor, etiam si viuo fure decesserit. Ne alioqui frustra additum sit, quod sequitur, etsi apud furis heredem seruus furtiuus decesserit, vel non apud ipsum post mortem tamen furis, dicendum esse aduersus heredem conditionem durare. Nam seruus furtiuus defuncto iam fure mortuus necesse est ut vel apud heredem, vel non apud ipsum decesserit, cum inter hæc duo, quæ contradictoria sunt, medium nihil constitui possit. Ex quo illud etiam apparet ea verba, *post mortem tamen furis, quæ Azonem & Accursum* tamè malè habuerunt, non ita esse accipienda ut si viuo fure seruus furtiuus decesserit, aduersus heredem conditio furtiua denegetur: sed eam potius ob causam adiecta, ne quod prius dictum iam fuerat, non ideo minus teneri heredem furis quod viuo fure seruus furtiuus decesserit, aliis verbis inconcinne, & frustra repetitum videretur. † Ac sanè si quod eo loco Vlpianus scribit conditio furtiua heredem quoque furis obligari, sic intelligeres ut eatenus duntaxat obligetur, quatenus ad eum peruenit, inepta esset illa ratio, quia rei habet persecutionem. Cum & ex actiones, quæ rei persecutionem non habent aduersus heredes dentur, in quantum ad eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem naturalem alieno scelere ditantur. *l. si plures. 17. §. vltim. l. in heredem. 26. D. de dolo. l. si hominem. 7. §. 1. D. de pos. l. 1. §. vlt.*

D. de

D. de eo per quem fact. erit. l. sicuti. 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct. Atque ita idem Vlpianus aperte diffinit in *l. in condicione. 9. D. de condict. furt.* in condicione ex causa furtiua non pro eo duntaxat quod peruenit sed in solidum teneri heredem qui solus heres est. † Quod etiam licet minus aperte, eleganter tamen conici posse videtur ex *l. 2. §. vlt. D. vi bonorum rapt.* vbi ad quæstionem illam, An aduersus raptoris heredes detur actio in id saltè quod locupletiores facti sunt, Respondetur, nihil de hoc pollicitum esse Prætorem, quoniam putauit sufficere conditionem. Nempe quia cum aduersus eum qui vi bona rapuit, furtiua quoque conditio detur, ut ibidem lex ait, eaque actione solidum consequi actor possit non solum à raptore, sed etiam ab heredibus eius, frustra Prætor in eam rem actionem proposuisset, quæ minus commodi & utilitatis habuisset. At si furtiua conditio in solidum non daretur, sed in id duntaxat quod ad raptoris heredes peruenit, debuerat sanè Prætor actionem contra heredes polliceri, nec erat quod putaret sufficere conditionem, quoniam ceteris paribus longè commodius est ex Edicto vi bonorum raptorum, quam furtiua condicione experiri, vel eo maxime nomine quod vi bonorum raptorum agere possunt omnes, quorum ex quacunque causa interest, *d. l. 2. §. si in re. D. vi bonor. raptor.* Condicere autem nemo potest nisi qui rei dominium ad se pertinere probauerit. *l. 1. D. de condict. furt. l. 1. C. rer. amot.* quæ dominij probatio plarumq. difficillima esse solet. *§. commodum. Instit. de interd.* Ut verisimile non sit eum, qui vi bonorum raptorum agere possit conditionem electurum, nisi spe aliqua plenioris condemnationis inuitetur: quod tamen aliter fieri non potest quam si furis heredem ea condicione in solidum teneri admittamus. † Ceterum, ut hoc quoque obiter obseruemus, si is cui bona vi rapta sunt, non sit dominus, ac proinde condicere non possit, sed tantum vi bonorum raptorum agere, quod fortè ex alia causa eius interfit, non puto dubitandum quin aduersus raptoris heredes in id quod locupletiores facti sunt actionem habeat vi bonorum raptorum. Neque enim illa Vlpiani ratio, quia putauit sufficere conditionem, ita accipi debet ut vi bonorum raptorum agere non possit qui condicere non potest: nam præcedentia repugnant. Quemadmodum nec illa quia pœnalis actio in heredes non datur, sic intelligenda est, ut vi bonorum raptorum contra raptoris heredes agi non possit in id quod ad eos peruenit. Sed ea Iurisconsulti sententia est non dari in heredes eam actionem quatenus pœnalis est, id est in triplum, quoniam ex delicto defuncti heredes pœnam pati non debent. Dabitur tamen si quid & in quantum ad eos peruenerit, ne ex defuncti delicto lucrum faciant, & quia ea actio mixta est, nec pœnam duntaxat, sed etiam rei persecutionem continet. *§. ex maleficiis. 17. Instit. de action.* Denique perpetuum illud est ut heredi lucrum extorqueatur quod ad eum ex defuncti delicto peruenit *d. l. vnic. C. ex delict. defunct.* siue actio rei persecutionem contineat siue non, *l. in honorarijs. 35. D. de obligation. & actionib.* † Planè cum quæritur, An aduersus heredem in solidum actio detur, Paulus in *dict. l. honorarijs*, ex Cassij sententia eleganter, & ad propositam quæstionem valde accommodatam differentiam constituit inter eas actiones honorarias quæ rei persecutionem continent, & ceteras: quod quæ rei persecutionem habent, & post annum dantur, & ad-

uersus heredes in solidum: Ceteræ verò neque post annum, neque in heredes nisi ut iis lucrum extorqueatur. Etsi enim conditio furtiua civilis non honoraria actio est, cum tamen rei perfectionem contineat, nec sit pœnalis, *dict. l. si pro fure. §. 1.* dici non potest cur non aduersus heredem in solidum dari debeat, quemadmodum & honorariæ actiones quæ rem persequuntur, quibus & in eo similis est quod anno finitur, at perpetua est sicut ceteræ omnes civiles actiones, *l. si mulier. 21. §. hæc actio. D. rerum amotarum.* † Postremò cum fur perpetuo in re furtiua moram facere intelligatur, *l. in re furtiua, in princip. & §. 1. D. de condition. furt.* isque moræ effectus sit ut obligationem perpetuet non tantum debitoris, sed etiam heredum, & successorum; licet res amissa & perempta sit. *l. si ex legati. 23. l. si seruum. 91. §. sequitur. D. de verborum obligation.* consequens est ut furis heres licet nihil ad eum peruenerit, nihilominus furtiua condicione in solidum teneatur. † Quod quamquam certissimum est, & apertius quam ut pluribus rationibus & legibus confirmari necesse sit, aliter tamen visum est doctissimo viro *Iacobo Cuiacio*, qui rationibus aliquot adductus, furtiuam conditionem non nisi quatenus ad heredem peruenit dari, tentauit primum, deinde constantè affirmavit. † Mouetur autem ex eo quod scriptum esse ait in *l. si tutor. 9. §. vltim. iuncta l. sequentib. D. de tutel. & rat. distrahend.* eam conditionem morte furis interire. Quod tamen, salua tanti viri autoritate dixerim, scriptum eo loco non reperitur. Nam in *dict. §. vltim.* illud tantum & Vlpiano proponitur, ceteras actiones præter tutelæ aduersus tutores competere, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni, iniuriæ, condicione: Tum in *l. sequent.* ex Paulo subiicitur, non dari has actiones pupillo dum tutor tutelam gerit: quamuis enim morte tutoris intereat, pupillum tamen cum herede eius actionem habiturum, quia sibi soluere debuit. † Cum igitur non de condicione duntaxat, sed etiam de furti & damni iniuriæ actione Vlpianus loquatur, dubitandum non est quin verba illa Pauli, quamuis morte tutoris intereat, ad furti & damni iniuriæ actiones quæ morte intereunt referenda sint, non ad conditionem, quæ contra furis heredem non minus quam contra furem ipsum competit, quomodo rectissime *Accursio* interpretatur ex *d. §. vltim. l. si pro fure. & ex dict. l. in condicione. 9. de condict. furt.* ut mirum sit virum doctissimum in re tam aperta cæcutisse. † Quis etiam prober, quod ille comminiscitur intelligendum esse id quod Vlpianus ait in *dict. l. 9.* si cum fure lis contestata fuerit? Cum neque litis contestatæ mentio vlla fiat, neque secunda hanc diuinationem aliud iuris constituendum sit in actione furti, quæ quamuis sit pœnalis, si tamen cum fure lis contestata sit, contra heredem in solidum competit: *dict. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. sciendum. 58. D. de obligation. & action. l. nemo enim. 87. D. de regulis iuris.* † Quis etiam illud admittat quod idem vir doctissimus scripsit in *d. §. vlt. l. si pro fure*, obligari heredem furis condicione furtiua, quod rem ipsam furtiuam contrectauerit? Imò verò, quoniam, ut inquit Vlpianus, ea conditio rei habet persecutionem. Alioqui si ponas heredem contrectasse rem furtiuam animo furandi, dicam eum non tanquam furis heredem sed tanquam furem, & ex propria etiam contrectatione proprioque furto non solum ex defuncti delicto obligari, ideoque, non

H

tantum conditione, sed etiam furti actione pœnali conueniri posse. Vt taceam, quod iam supra dixi, Vlpiani sententiam illam esse in *d.l.vlt. vt furtiua conditione teneatur furis heres, licet seruus furtiuus viuo fure decesserit, quo tamen casu contrationem ab herede factam esse comminisci non possumus.* † Secunda obiectio est *ex l.3. §. penultim. D. de pecul. vbi scriptum videtur, conditionem furtiuam non dari in solidum contra patrem, sed quatenus duntaxat ex filij furto locupletius peculium factum est.* Ex quo infert vir doctissimus, neque aduersus heredem in solidum eam dari, quia in cæteris eadem heredis quæ patris causa & conditio esse solet, in eo præsertim, quod quemadmodum heres ita pater ex delicto filij pœnali actione non teneatur. Et sicut heres post condemnationem aut litis contestationem defuncto testatore conuenitur ex omnibus causis, ita pater post condemnationem aut litis contestationem mortuo, aut viuo filio, *l. et si condemnatus. 35. D. de nox. al. action. l. 3. §. idem scribitur. D. de pecul.* Verum facilis responsio est, longè diuersam esse hac parte heredis, & patris rationem. Heres enim furtiua conditione tenetur, pater non tenetur. † Idque est, quod Paulus ait in *l. ex furtiua. 5. D. de cond. furt.* ex furtiua causa filiofamilias cōdici posse, vt intelligamus non quemadmodum cum seruus furtum fecit ipsi domino condicitur non seruo, vt in præcedenti lege Vlpianus dixerat, scilicet quia cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo. 107. de regul. iur.* Ita cum filiusfamilias furtum fecit, patri condici. Ipsi enim filiofamilias condicendum est non patri, quia inquit Paulus, Ea conditione nunquam alius tenetur, quam qui fecit aut heres eius. Neque verò Vlpianus in *d. §. penult. l. 3. de pecul.* scribit patrem furtiua conditione teneri, sed filiumfamilias: in patrem verò dandam actionem de peculio quatenus peculium locupletius factum est. Eodemque modo interpretor quod in *l. 3. §. vltim. D. rerum amotar.* Paulus ex Proculo scribit, mortua filia quæ mariti res amouit non dari in patrem iudicium rerum amotarum nisi quatenus ex ea re locupletior factus sit, nempe vt id quod locupletior factus est ei auferatur non actione rerum amotarum, sed actione de peculio, vt scriptum est in *d. l. 3. §. penult. de pecul.* Quanquam & illud dici potest ex furto filiafamilias posse patrem conueniri vtili actione rerum amotarum, itémque vtili conditione. Quia deficiente directa propter rationem *d. l. ex furtiua*, æquum nihilominus sit patrem teneri non tanquam furem aut furis heredem, sed quia lucrum ex filia furto senserit. Eamque ob causam, & eadem æquitatis ratione fit vt non nisi in quantum locupletior factus est teneatur. *l. vna. 5. D. rer. amotar. l. penult. D. de condit. furt.* Iure enim introductæ sunt viles actiones ex æquitate, deficientibus directis, neque nouum videri debet: si quando minoris sunt effectus & potestatis, cum earum vis non ex directarum natura estimari debeat, sed eius ipsius æquitatis quæ eas introduxit finibus, & ratione concludatur. Sic euenit vt si peculium locupletius factum non sit, nulla in patrem actio detur, quia cum ex contractu actio non venit, pater de peculio conueniri non potest. *l. 1. §. si filiusfamilias. D. de his qui effund. vel deico. l. ex pœnalibus. 58. D. de reg. iur.* Recta igitur patris, & heredis comparatio non est. Pater furtiua conditione saltem directa non tenetur, heres tenetur. Hic vitiorum defuncti successor est. *l. cum heres. 11. D. de diuers. tempor. prescript.* Ille vitio-

rum filij neque successor neque particeps dici potest, sed tantum lucri, quod ex filij furto ad eum peruenit. † Obicit tertio idem vir doctissimus, conditionem furtiuam similem esse in omnibus actioni rerum amotarum. Vtramque enim conditionem esse *l. rerum amotarum. 26. D. de rer. amotar.* vtramque perpetuam, *l. si mulier. 21. §. hæc actio. D. eo. vtramque rei persecutionem continere, vtramque in heredem dari, l. contra. 6. §. si post. D. eod.* Neque tamen actionem rerum amotarum dari in solidum contra heredes, sed in quantum duntaxat ad eos peruenit. *l. vltim. Cod. de rer. amot.* Verum neque obiectio hæc facere potest vt conditionem furtiuam contra heredes in solidum dari non debere existimemus. Iuris enim ratio repugnat & leges quas supra explicauimus. † At potius de illo querendum est, Cur in actione rerum amotarum diuersum ius constituendum putemus, quod longè difficiliorem habet dubitationem. Dubitanda autem causa illa est, quod rerum amotarum actio rei persecutionem continet, *d. l. si mulier. §. hæc actio.* Quæ autem sunt eiusmodi contra heredes in solidum dentur *d. l. in honorarijs. 35. D. de oblig. & action.* Auget etiam dubitationem, quod in *d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* Paulus scribit mortua filiafamilias, quæ mariti res amouit, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, nisi quatenus ex ea re locupletior factus sit. Ita innuens extraneos heredes quorum causa minus fauorabilis esse solet, in solidum condemnari debere. Denique me illud valde mouet quod in *dict. l. contra. §. si post.* scriptum est, heredem mulieris ex causa rerum amotarum teneri, sicut conditionis nomine ex causa furtiua. Quid enim hoc aliud est, quam mulieris heredem actione rerum amotarum in solidum teneri? Alioqui vix dici potest cur eam actionem furtiua conditioni Paulus comparet, cum & ex actiones quæ rei persecutionem non habent, & quæ anno finiuntur, in heredes tamen dentur hætenus vt iis lucrum extorqueatur, hoc est quatenus ad eos peruenit. *d. l. in honorarijs.* Quib. rationibus dico posse defendi contra omnes omnium interpretum sententias, actionem rerum amotarum cōtra heredem in solidum dari. † Neque in contrariam vllam iuris rationem aut legem adduci posse præter *d. l. vlt. C. rer. amot.* Ad quæ si respondero, nihil supererit quod aduersus nouam hanc nostram opinionem obiici posse videatur. Puto autem posse dici nõ improbabiler, aliud esse si quis dicat, heredem nõ teneri rerum amotarum actione in solidum quod falsum est. Aliud verò, heredes non teneri in solidum, sed in quantum ad eos peruenit vt scriptum est in *d. l. vlt.* Hac enim posteriori locutione illud significamus, cum plures sunt heredes eius qui res amouit, singulos in solidum non teneri, sed vnumquemq. pro ea duntaxat parte quæ ad eum peruenit, cum tamen omnes simul in solidum teneantur, quamuis nihil ad eos peruenisse proponas. Atque ita Vlpianus ipse loquitur in *d. l. in conditione. illis verbis, in solidum tenemur dum soli heredes sumus, vt ostendat cum plures sunt heredes eos in solidum non teneri.* An quod ab omnibus simul solidum id quod subtractum est exigi non possit, si ad eos nihil aut minus peruenit? Minime verò. † Neque enim plurium heredum melior quam vnius solius conditio esse debet. Sed quia si omne id quod furto subtractum est ad aliquos ex coheredibus peruenit, solidum ab iis petendum est non ab aliis ad quos nihil peruenit. Aut si plus ad illos quam ad hos peruenit, plus ab illis

illis quam ab his peti debeat. Sicque fit vt verè dici possit quod scriptum est in *d. l. vlt. C. rer. amot. & d. l. in conditione*, plures furis vel eius qui res amouit heredes in solidum non teneri, sed in quantum duntaxat ad eos peruenit. Neque tamen minus verum fit omnes simul teneri in solidum, licet ad eos nihil aut minus peruenit. Sic dicimus ex stipulationibus diuiduis heredes in solidum non teneri: nec ideò tamè omnes simul in solidum teneri negamus. Quid ergo? singulos in solidum non teneri intelligimus. Sic heredè eius qui accepit commodatum, licet pro ea parte duntaxat qua heres est conueniri possit, si tamen ad eum tota res commodata peruenit, vt is solus totius rei restituendæ facultatem habeat, placet Vlpiano condemnandum esse in solidum. *l. 3. §. heres. D. commod.* Sic denique si is qui interdicto, vnde vi, tenebatur, pluribus relictis heredibus decesserit, & ad vnum ex iis tota res vi ablata peruenit, Paulus in *l. si plures. 9. D. vnde vi.* scribit teneri eum in solidum, quamuis Vlpianus in *l. 1. §. vlt. D. eod.* dicat non teneri heredes ex causa illius interdicti nisi in id quod ad eos peruenit. Nimirum contraria hæc non sunt, Teneri vnumquemque ex heredibus in id quod ad eum peruenit, & teneri vnum ex iis aut omnes simul in solidum, scilicet si ad vnum aut ad omnes totum peruenit. Eodem igitur modo dici potest in specie *l. vlt. C. rer. amotar.* res amotas ad heredes mulieris totas peruenisse, neque de illo dubitatum fuisse, An omnes heredes simul in solidum tenerentur, quod certissimum erat propter supradictam iuris regulam. † Sed an aduersus singulos in solidum agi posset, aut si aduersus omnes agendum esset, pro qua parte singuli conueniri deberent. Videbatur enim restituendi obligationem indiuiduam esse, & ideò singulos heredes in solidum teneri, vt Bartolus disputat ad *d. l. in conditione.* Aut saltem vnumquemque ex heredibus pro hereditaria portione conueniri debere cum obligatio ex causa hereditaria proficiscatur *l. 1. C. si cert. pet. at. l. 2. C. de hered. action.* At contra respondetur, neque heredes in solidum teneri, scilicet singulos, neque pro portionibus hereditariis, sed vnumquemq. in quantum ad eum peruenit, vt proinde quod scriptum est in *d. l. in conditione.* eum qui pro parte furis heres est, teneri conditione furtiua pro ea parte pro qua heres est, omnino sic intelligi debeat, si nihil ad heredes, aut si pro æquis partibus res furtiua peruenit, non autem si plus ad vnum quam ad alium peruenit, arg. *d. l. vlt. C. rer. amot. d. l. 3. §. heres. D. commod. l. si plures. 9. D. vnde vi.* Hæc cum ita sint, non est hac parte separanda conditio rerum amotarum à conditione furtiua, & vtramque aduersus heredem in solidum dari dubitandum amplius non videtur. † Quamquam & si quis in actione rerum amotarum cum interpretibus sentire velit, eamque à furtiua conditione distinguere, possit fortassis non malè hanc dissimilitudinis rationem afferre quod imputari quodammodo possit marito, cui res amote sunt, cur aduersus coniugè eo nomine non gerit, cum ab ea res amotas fuisse verisimiliter ignorare non poterit. Res enim diortij causa subtractas à quo repetere potius vir debuisset quam ab vxore, quæ post diortium mariti inimica esse dicitur. *l. cum in fundo. 78. §. sed et si non sit. D. de iur. dotium. l. Cicero. 39. D. de pœn.* At in cæteris furtis non ita facile sciri potest quis furtum fecerit, nec quicquam imputari ei, qui aduersus viuum furem non egit. Sed mihi ratio

hæc non omnino satisfacit, nec possum intelligere cur in actione rerum amotarum recedendum sit à iuris regula, quæ habet, actiones rei persecutorias contra heredem in solidum transire. Et miror Bartolum Castrensem & ceteros melioris notæ interpretes scripsisse, specialiter hoc in conditione furtiua inductum esse vt cum sit ex delicto nihilominus in heredem transeat. Et iuris regulam in contrarium esse, Actiones quæ ex delicto proficiscuntur non dari aduersus heredes in solidum nisi lis sit contestata. † Imò vero iuris regula est, actionibus quæ rem persequuntur heredes in solidum teneri *d. l. in honorarijs*, licet sint ex delicto *d. l. si pro fure. §. vlt.* ad quem locum aliud respondere Castrensis non potest, quam Vlpiani rationem malam esse, & minus sufficientem. Idem etiam apertissime probat quod Iustinianus scribit in *§. his autem verbis. Instit. de leg. Aquil.* legis Aquiliae actionem pœnalem esse, quia plerumque in ea condemnatio fiat pluris quam reuera intersit. Et eam ob causam non dari contra heredem, quæ daretur, inquit, si nunquam lis supra damnum æstimaretur. Daretur, inquam, in solidum. Quamuis enim sit pœnalis, datur tamen in id quod ad heredem peruenit, *l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. ff. ad leg. Aquil.* Atqui licet pœnalis non esset, non ideò tamen minus daretur ex delicto. Ergo actiones quæ ex delicto proficiscuntur si pœnales non sint, & rei persecutionem contineant, contra heredem in solidum competunt. Planè quoniam regulare illud est vt actiones ex delicto sint pœnales vel mixtæ, vel mixtæ, vt Iustinianus ait in *§. ex maleficijs. 17. Instit. de actionibus.* Illud etiam regulariter proditum est, in heredem eas non transire nisi post litis contestationem, *dict. l. vna. C. ex delict. defuncti.* Sed regulæ subiicienda exceptio est ex locis supradictis. Nisi rei duntaxat persecutionem contineant. Quam ob causam Iustinianus in *§. non autem omnes. de perpet. & tempor. action.* regulam concepit non de actionibus ex delicto simpliciter, sed de actionibus ex delicto pœnalibus, de quibus etiam loquitur *l. 1. D. de priuar. delict.* † Obicitur postremò iis quæ diximus actionibus in factum ex causa doli, quæ datur ex Edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta, similem esse conditioni furtiuae in eo quod persecutionem rei habet, pœnalis non est & ex delicto datur, neque tamen post annum dari eam neque in heredem *l. 4. §. vltim. cum trib. seq. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Verum responderi potest, diffimilem esse conditionis furtiuae & illius in factum actionis rationem, quod quamquam vtrinque rei persecutionem continet, non tamen vtraque eodem modo. Etenim furtiua conditio, ex se & sui natura rei persecutionem continet, adeoque nihil aliud est quam ipsius rei furtiuae persecutio. Quæ autem ex illo Edicto datur in factum actio tota est in personam, non ad rem certam, nec rei persecutionem continet nisi officio & arbitrio iudicis, vt scriptum est in *l. 3. §. vltim. & l. 4. §. vltim. D. eod.* Ac quoniam officio iudicis ante impetratam actionem locus esse non potest, cum non nisi post litem contestatam iudices dari solerent, fit vt priusquam ea actio impetrata sit, & officio iudicis locus esse possit, rei persecutoria dici nequeat, & ideò neq. post annu detur, neq. in heredè ex reg. *d. l. in honorarijs.* Si quid tamè ad heredè ex defuncti dolo & fraude peruenit, dabitur etià post annum vt lucrum ei auferatur *d. l. in honorarijs. l. in heredem. 5. D. de calumniat. l. quod*

duximus. 16. §. ult. D. quod met. caus. l. itaque. 28. D. dolo. l. ait. Prator. 10. §. pen. D. que in frau. credit. l. 1. §. ultim. l. 2. D. de vi & vi armat.

CAPVT II.

Abundare negationem in l. 2. D. de crim. stellion.

SVM MARIA.

- 1 *Stellionatus generale nomen coangustatum fuisse.*
- 2 *Contrarium sibi fuisse Vlpianum in illa questione, an stellionatus crimen infamiam irroget.*
- 3 *Bulgari & Martini ad dictam questionem distinctio.*
- 4 *Reyitur distinctio inter stellionatum ex causa famosa, & stellionatum ex causa non famosa descendentem, a Ioanne & Accursio allata.*
- 5 *Stellionatus crimen regulariter famosum esse contra Duarenum ostenditur.*
- 6 *Sepulchri violari actio, & prauaricationis crimen cur infamiam irrogent?*
- 7 *Ratio propter quam stellionatus crimen quamuis publicum non sit infamiam tamen irrogat.*
- 8 *Tollitur negatio ex l. 2. ff. stellion.*
- 9 *Famosa iudicia que dicantur?*

Quamquam stellionatus appellatio generalis est ad omnia crimina quæ proprium titulum & nomen non habent, magis tamen proprie ac specialiter coangustata est ad eum casum, si quis fortè rem alij obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxerit, vel permutauerit, vel in solutum dederit, aut etiam obligauerit, l. 3. D. de crim. stell. l. tutor. 16. §. contrarium. l. si quis in pignore. 36. §. sed et si quis. D. de pign. act. Et hoc sensu loquuntur omnes leges Codicis, quæ sunt sub titulo De crim. stellion. † Elegans autem questio est, necdum satis rectè meo iudicio explicata, An stellionatus crimen infamiam irroget, de qua disceptantes non interpretum duntaxat, sed etiam legum sententias legimus. Nam in l. quid ergo. 13. §. ult. D. de his qui notant infam. Vlpianus disertè scribit infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non sit iudicium. At in l. 2. D. de crim. stellion. idem Vlpianus ait famosum non esse, sed extraordinariam coercionem habere. Ex quo factum est vt interpretes cum veteres, tum recentiores dum conciliationis rationem aliquam querunt, in diuersas distracti sint sententias. † Bulgari & Martino placuit stellionatus crimen infamiam non irrogare, sed sententiam latam de crimine. Quod etsi verissimum est, ad rem tamen non pertinet. Cum enim de infamia queritur, condemnationem secutam esse ponendum est, cum ex nullo crimine licet publici iudicij causam habuerit, infamia irrogari possit, nisi sententia sequatur, l. infamem. 7. D. de public. iudic. Vnde & in d. §. ult. l. quid ergo, Vlpianus dixit infamiam irrogat damnato. Et in d. l. 2. non de crimine tantum sed de iudicio stellionatus loquitur, ac de coercionem, id est de condemnatione. † At Ioanni, quem Accursius, & recentiores ferè omnes sequuntur, probabilis visum est distinguere an ex famosa causa stellionatus crimen descendat, puta ex dolo, an ex causa non famosa, veluti ex pignore: seu, quod idem est, an concurrat cum ciuili actione famosa, vt De dolo, an cum actione non famosa, qualis est pignoratitia. Priore casu famosum esse, posteriore non item. Sed neque distinctio hæc Vlpiano conuenit, qui vtroque loco generaliter & indistinctè lo-

quitur, & vno, famosum, altero non famosum esse scribit. Deinde ridiculum videtur, in quaestione ista spectare concursum ciuili actionis, non solum quia facili contingere potest vt nulla sit ciuili actio cui qua stellionatus crimen concurrat, puta si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius dicit. l. 3. §. item si quis imposturam. D. de crim. stellion. Sed etiam quia iis quoque casibus quibus concurrat ciuili actio non famosa, non ideo minus famosum crimen ceteri debet, cum semper dolum annexum habeat. Et ideo traditum est quod in priuatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus esse stellionatus persecutionem d. l. 3. Ergo quemadmodum actio de dolo, semper est famosa, ita & stellionatus iudicium omni casu famosum esse fatendum est. Nec Duarenus sententia recipi potest, qui famosum regulariter non esse scripsit, nec nisi paucis casibus esse posse. Apertissime enim repugnat d. l. quid ergo, ad quam nihil respondet quod facere possit satis. Ad rem verò non pertinet quod ille obiicit post ceteros ex d. l. infamem, Infamem non ex omni crimine sententiam facere, sed ex eo duntaxat quod publici iudicij causam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret: Stellionatus autem accusationem neque publicis neque priuatis actionibus contineri. l. 1. D. de crim. stellio. l. 3. C. eo. Malam enim rationem esse & ex ea regula stellionatus crimen excipi debere, Vlpianus docet in d. §. ult. l. quid ergo, cum ait stellionatum infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non sit iudicium. In ceteris verissima est & perpetua regula d. l. infamem. † Quod enim dicitur sepulchri violati actionem infamiam irrogare, l. 1. D. de sepulchr. violat. illam rationem habet, quia sepulchri violati crimen ad legem Iuliam de vi publica pertinet ex illa parte quæ de eo caueatur, qui quid fecerit quominus aliquis funeretur sepeliaturve, quoniam & qui sepulchrum violat facit quominus quis sepultus sit. l. sepulchri. 8. D. eo. Eadem ratione dicimus calumnie & prauaricationis crimen famosum esse, si fortè quis in iudicio publico calumnie & prauaricationis causam quid fecisse iudicatus erit. l. 1. D. de his qui notant infam. l. 4. D. de prauar. quia scilicet prauaricationis huius pronuntiatione publici iudicij esse intelligitur. l. 3. D. eo. At in ceteris causis prauaricatorum infamia non notari certum est, quia prauaricationis iudicium regulariter publicum non est, sed extraordinarium d. l. 3. & 2. D. eo. † Cur verò in crimine stellionatus illud singulari iure receptum sit, vt quamuis non sit publicum, infamiam tamen irroget damnato, eleganter dubitari potest. Ac si de eo duntaxat crimine loqueremur quod sit cum quis re vni obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxit, vel permutauit, vel in solutum dedit: facilis responsio esset his casibus famosum esse crimen, quod qui ita facit non male comparandus videatur ei, qui rem vni venditam, alteri vendit, cum vterque id agat per dolum & calliditatem vt creditor pecunia credita, vel emptor pretio pro re vendita dato fraudetur, quod valde improbum & criminofum esse ait l. 1. C. de crim. stellion. Et quemadmodum aduersus eum, qui rem vni venditam alteri vendit, pœna lege Cornelia de falsis statuta est l. qui duobus. 21. D. ad l. Cornel. de fals. vt proinde ex eo crimine damnatus infamia notetur dicit. l. infamem. sic contra eum qui rem vni pignoratam alteri vendit, vel vni venditam, alteri obligauit, cuius eadem, quæ illius improbitas est, rationis fuit exemplo legis Cornelia

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

CAPVT III.

Dissensio Cassij & Iuoleni in quaestione l. si seruus. 25. D. de stipulat. seruor. & l. 4. D. de diuers. tempor. præscript.

SVM MARIA.

Ex qua die cedat tempus satisfactionis facta seruo hereditario, aut seruo eius qui in hostium potestate est?

2 *Conciliatio Iuoleni & Cassij in dicta questione a Goueano excogitata reprobat.*

3 *Quomodo accipienda sit Cassij sententia in l. si seruus de stipul. seru.*

4 *Reyitur dictarum legum conciliatio a Cuiacio allata.*

5 *Accursij & Bartoli coniectura & commenta ad dictas leges.*

6 *Cassij opinionem minus receptam, inno explosam fuisse.*

7 *Qua ratione defendi possit Cassij sententia.*

SI seruus hereditarius, aut eius qui in hostium potestate est, satis acceperit, dubitatum fuit inter Iureconsultos an ex die interpositæ stipulationis tempus satisfactionis cedat, an ex adita hereditate, aut eo tempore quo dominus postliminio reuertus sit. Cassius enim existimabat ex eo computandum esse tempus, ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, hoc est ex quo hereditas adeatur aut postliminio dominus reuertatur, vt Venuleus refert in l. si seruus. 25. D. de stipulat. seruor. Iuolenus contra magis probabat continuè id est ex die interposita stipulationis tempus cedere, & illud duntaxat inspiciendum esse an experiundi potestas fuerit aduersus eum, qui obligatus est, non etiam an is agere potuerit qui rem in obligationem deduxit. l. 4. D. de diuers. tempor. præscript. Vbi ratio redditur, quod alioquin iniquissimum futurum sit ex conditione actorum extendi obligationes reorum, per quos nihil factum erit, quominus agi cum iis possit. † Dissensit ergo hac in quaestione Iuolenus à Cassio licet vterque eiusdem scholæ fuerit. Neque probare possum quod dissensionis conciliandæ gratia doctissimus Goueanus libris variarum lectionum scripsit interpretis esse non Venuleij verba illa, id est, ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur. Nam præter id, quod probabilis videtur dissensisse Iureconsultos, quam ab imperito interprete sine causa, nulloque colore corruptam esse legis sententiam. Illud etiam animaduertere vit doctissimus debuerat, iis quoque verbis sublatis eandem Cassij opinionem & Arriani superesse, nihilque ad conciliandas leges emendationem hanc prodesse. † Quod enim Cassius existimabat, & Goueanus admittit, tempus ex eo computandum esse ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, aliam interpretationem recipere nõ potest, quam ex quo adeatur hereditas aut postliminio dominus reuertatur. Nimirum quoniam cum seruus hereditarius aut eius qui apud hostes est stipulatur, constat stipulationem sub ea conditione conceptam intelligi, si postea hereditas adeatur, aut si postliminio dominus reuertatur, l. interdum. 73. §. si seruus. D. de verb. oblig. l. species. 11. §. ult. D. de acceptulation. Atqui conditionalium stipulationum natura illa est, vt quamuis ex præsentis tempore vires accipiant, ex iis tamen actio & petitio in euentum vsque conditionis suspendatur. l. cedere diem. 213. D. de verb. signif. l. eum qui Calendis. 41. D. de verb. oblig. l. usufructus. 26. D. de stip. seruor. Ergo si verum est quod Cassius dicebat computandam esse in proposita quaestione satisfactionis tempus ex quo agi cum fideiussoribus potuerit, concludendum est, non prius computandam esse quam ex quo hereditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur. Nisi quis fortè pro Goueano respondeat verba illa, ex quo agi cum eis potuerit, sic esse accipiendam ac si scriptum esset, ex quo fideiussores secum agendi potestatem fecerunt. Sed hoc probabiliter dici nõ potest, tum quia verba repugnant, tum etiam quod si ita Cassius intellexisset, utique continuè id est statim stipulationis

tempus cedere dixisset. Quid enim aliud est quæ-
re an ex die interpositæ stipulationis tempus cedat,
an ex quo agi cum fideiussoribus potuerit? Ac ne
quid dubitationis superesset, adici oportuit inter-
pretationem illam, id est, ex quo hereditas adeatur, aut
postliminio dominus reuertatur. quam vel eò magis
delendam non esse intelligimus. † D. splacet etiam
doctissimi Cuiacii sententia, qui vt facilem pugnan-
tium legum conciliationem faciat, Iuolenum de
reis, hoc est de fideiussoribus, Cassium verò de ac-
toribus locutum esse, & hunc de actionis, illum de
satisfactionis tempore respondisse interpretatur.
Quod neque Cassij, & Venuleij verbis conuenit,
neque iuris rationi. Si enim de actionis non satis-
factionis tempore Cassius tenuisset, cur de satisfac-
tione & fideiussoribus locutus esset? An non de prin-
cipali reo eadem quæstio tractari potuisset? Et ta-
men Cassij sententia illa fuit, ex eo computandum
esse tempus ex quo agi cum fideiussoribus potuit,
neque de principali debitor quicquam loquitur,
qui non minus quam fideiussoribus actionis perem-
ptio, & præscriptio prodesset. Deinde ex stipulatu
actio de qua Cassius loquitur, quomodo tempora-
lis esse potest, nisi proponas debitore principalem,
& fideiussores in diem certum promississe? Denique
si verum est quod supra diximus, cum seruus heredi-
tarius, aut eius, qui apud hostes est stipulatur, sub
condicione conceptam videri stipulationem, nec in
prius nasci actionem quam hereditas adita sit, aut
dominus postliminio reuersus. An non absurdum sit
quærare an actionis, quæ nondum nata est tempus
cedat, priusquam nasci possit, & an finiatur actio,
quæ nunquam competit? Neque simile videri po-
test quod in *l. necnon. 28. §. si cum. D. ex quib. caus. ma-
ior.* scriptum est actionis tempus non cedere actori-
bus priusquam agendi facultatem habeant. Id enim
de eadem actione verè dicitur, quæ iam com-
petit, & ex qua si nihil aliud impedimento esset, li-
tem contestari actor posset. At Cassius eam speciem
tractat, in qua nulla est actio quæ competat, & de
qua dubitari possit, an statim dies eius cedat. † Pos-
tremo non placet quod *Accursus* & *Bartolus* com-
miniscuntur, loqui Iuolenum de seruo qui satis
acceperit iudicio fisci ex ea causa quam in iudiciū
deducere possit. Cum enim apud Cassium eadem
quæstio iisdem verbis proponatur, diuersam inter-
pretationem recipere Iuoleni lex non potest, ne-
que ad eum casum coangulari, quandoquidem &
cæteris omnibus casibus illa ratio perpetuò locum
habet vt satisfactionis tempus ex die stipulationis
cedere dicamus, non ex quo hereditas adeatur aut
postliminio dominus reuertatur, quod alioquin ini-
quissimum futurum sit ex condicione actorum ex-
tingui obligationes eorum, per quos nihil factum
erit quominus cum iis agi potuerit. Et ex contrario
in stipulatione iudicio fisci, speciale dici potest, cur
continuo satisfactione tempus cedere debeat, cum
neque ex ea stipulatione prius agi possit, quam he-
reditas adeatur, aut postliminio dominus reuertatur,
vt ex ipsis Iuoleni verbis apparet. Quare cum
nulla conciliationis ratio iniri possit, concedendum
est quod volumus dissensisse Iuolenum à Cassio.
Idque eò libentius, quod quæstionem hanc inter
Iureconsultos controuersam fuisse Venuleius aper-
tè testatur, cum ait de ea dubitari, hoc est, vt inter-
pretor, inter omnes non constare. † Et Cassij opi-
nionem minus receptam fuisse vel eò intelligere li-
cet, quod illam Venuleius refert duntaxat, non

etiam probat. At potius improbat si vulgata le-
ctionem sequamur, quæ habet, & *Cassius existima-
bat*, non autem, vt in Florentinis, existimat. Sic eni-
nim explosas aliorum sententias à Iureconsultis vt
plurimum referri solere animaduerti, vt in *l. Papi-
nianus putabat. 23. D. de donat. inter vir. & uxor.* quam
*lib. 2. cap. 8. explicauimus. l. si venditor. 6. §. 1. D. de seru.
expor.* & aliis innumeris iuris locis. † Possit ta-
men quis Cassij sententiam eo rationis prætextu
defendere, quod si satisfactionis tempus prius cederet,
quàm cum fideiussoribus agi posset, frustra
in proposito casu satisfactio, & stipulatio inter-
posita esse videretur. Sed hoc Iuoleno minus ab-
surdum, faciliusque admittendum videtur, quàm
vt fideiussorum obligatio contra stipulationis ver-
ba, & ultra id quod expressè actum est extendatur.
Ponimus enim fideiussores in diem certum fi-
deiussisse, ac proinde satisfactionis dies continuos
fuisse non viles. Alioqui cum de vtilibus die-
bus agitur, certum est non prius eos cedere quàm
actor experiundi facultatem habeat, neque suf-
ficere, vt per reum non fiat, quominus cum eo a-
gi possit, vt Vlpianus ait in *l. 1. D. de diuers. tempor.
prescript.*

CAPUT IV.

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

SUMMARIUM.

1. Quæstio de imperio & iurisdictione quot capitibus con-
tineatur?
2. Datio bonorum possessionis an mixti sit imperij, an ve-
rò iurisdictionis?
3. Improbatur interpretum distinctio inter imperium
mixtum cui iurisdictione inest, & illud quod iurisdic-
tioni inest sine coheret.
4. Emendatio d. l. 3. à Goueano proposita reuocatur, &
nona afferitur.

Emendandum esse *l. imperium. 3. ff. de iurisdic.* non
puto dubitari amplius posse post editos viri do-
ctissimi *Antony Goueani* aduersus *Eguinarium Baro-
nem* de Imperio & Iurisdictione commentarios, in
quibus omnia quæ ad eum tractatum pertinent à
veteribus interpretibus omnibus ignorata, tam di-
lucide, verè, & eleganter explicantur, vt magnus il-
le vir cum in aliis quidem iuris partibus alios lon-
gè superasse, tum in eo maximè tractatu seipso in-
geniosior fuisse videatur. † Præcipua autem de impe-
rio & iurisdictione quæstio, tribus his ferè capitibus
continetur: Quid imperium merum sit, quid mixtum,
quid iurisdictione. Quæ singula Vlpianus explicat in
d. l. imperium. Et merum imperium esse habere gla-
dij potestatem ad animaduertendum in facinoro-
sos homines. Quod quemadmodum accipiendum
sit, neque magna est inter iuris interpretes conten-
tio, neque hoc loco tractate institui. Mixtum verò
imperium de quo dicendum nobis est, id esse scri-
bit cui iurisdictione inest, quod inquit, in danda bonorum
possessione consistit. † Quibus verbis decepti veteres
omnes, & quod magis mirum videri debeat, re-
centiores plerique iuris magistri, existimarunt Vlpiani
sententiam illam esse, vt dare bonorum pos-
sionem mixti sit imperij non iurisdictionis. Alij
qui id iurisdictionem esse videt, neque negare pos-
sunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti im-
perij seu iurisdictionis esse scripserunt. In quo er-
rant longè grauius, mixtum imperium cum iurisdic-
tione confundentes, neq. fieri potest vt hoc principio
posito

posito quicquam in eo tractatu intelligat. Et si enim
mixtum imperium est cui iurisdictione inest, aliud ta-
men mixtum imperium est, aliud iurisdictione, neque
mixti imperij esse potest quod iurisdictionis est; aut
contrà. Dare igitur bonorum possessionem iurisdic-
tionis tantum est non etiam imperij mixti. Aut, si
datio bonorum possessionis, iurisdictionis non est,
quid, obsecro, iurisdictionis esse potest? Omne liqui-
dem ius, quod in danda bonorum possessione versa-
tur, ex Prætoris edicto est. Et cum dici soleat Præ-
toris iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius
ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet. *l. ius
ciuile. 7. §. 1. ff. de iust. & iur.* certum est introductas
esse à Prætorè bonorum possessiones, iuris veteris
tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemad-
modum in *princ. tit. De bonor. possess.* Iustinianus scribit.
Vt non malè dici possit Prætoris iurisdictionis po-
tissimam ferè partem in danda bonorum possessione
consistere. At mixtum imperium iurisdictione non
est, sed modica duntaxat coercitio, sine qua iurisdic-
tione nulla esse potest. *l. ult. ff. de off. eius cui mandat. est
iurisdic.* Propter quam causam dicitur à Paulo iurisdic-
tioni coherere in *§. ult. l. 1. ff. eod.* Eodem planè
sensu, quò Vlpianus in *d. l. imperium.* scribit iurisdic-
tione mixto imperio inesse. † Nec audiendi sunt,
qui imperium mixtum cui iurisdictione inest separant
ab imperio mixto quod iurisdictioni coheret, seu
quod inest iurisdictioni. Vtrumque enim omnino
idem est, & sicut imperium mixtum nullum est, quod
non iurisdictioni coheret, ob idque mixtum ap-
pellatur, ita imperium mixtum nullum est, cui iurisdic-
tione non inest. Idque apertè Vlpianus docet in *d. l.
imperium.* cum mixti imperij veram, & propriam dif-
finitionem illam tradit, mixtum imperium est cui iurisdic-
tione inest, ad differentiam meri imperij, quod non
tenet iurisdictionis gratia exercetur, ac per se stat,
& in delictis vindicandis totum consistit. Sed istos
idem error duxit, qui cæteros. Cum enim ex *d. l. ul-
tim. de offic. eius, cui mandat.* viderent imperium non
merum seu mixtum aliud non esse quàm modicam
coercitionem sine qua iurisdictione nulla est, nec
coercitionem vllam cernerent in donatione bono-
rum possessionis in qua tamen imperium mixtum
ab Vlpiano constitui putabant, non aliter se ex ea
difficultate euoluere potuerunt, quàm commentiti-
tia illa duplicis imperij mixti distinctione. Neque
sanè vnquam se euoluere possit, qui in recepta le-
ctione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum
imperium in danda bonorum possessione consistere
Vlpianus apertè scribit. Optio nobis relinquatur an
à recepta lectione, an potius à certissimis principiis
iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo.
† Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo,
qui Vlpianum vult sic scripsisse aut scribere debuif-
se. Quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictione
est. Iurisdictione est etiam iudicis dandi licentia. Ferè enim
ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari
potest, vt quod imperium in danda bonorum pos-
sione consistit iurisdictione sit, cum vel fauente illo in
danda bonorum possessione imperium nullum con-
sistat, & si imperium aliquid esset, iam mixtum im-
perium diceretur, non iurisdictione. Probabilis ergo
est in illis verbis, quod in danda bonorum possessione con-
sistit, errarum esse, & legendum que pro quod: nato er-
rore ex vtriusque syllabæ & notæ similitudine, & af-
finitate. Atque ita Vlpiani sententia eadem erit, quæ
secundum *Goueani* emendationem, scilicet, dationem
bonorum possessionis imperij mixti non esse, sed iu-

isdictionis. Necessè autem fuit exemplum ponere
iurisdictionis, vt quid iurisdictione, ac per consequen-
tias quid imperium mixtum esset, intelligeretur. Et
huic interpretationi rectissime conueniant sequen-
tia illa, *Iurisdictione est etiam iudicis dandi licentia.* quæ
ostendunt prius ab Vlpiano datum esse exemplum
iurisdictionis. Aditum verò aliud de iudicis dandi
licentia, ne quis fortè ex eo quod dictum fuerat iurisdic-
tione in danda bonorum possessione consi-
stere colligeret nihil esse iurisdictionis præter dona-
tionem bonorum possessionis. Ita namque fieri solet
vt cum rei alicuius descriptio fit exemplis, vnum
non sufficiat, sed plura adduci necessè sit, quò magis
rei de qua agitur natura appareat.

CAPUT V.

Emendatur §. pen. l. 3. D. de minor.

SUMMARIUM.

1. An pater de peculio filij mortui conuentus filij nomine
restituere non imperare possit.
2. Patrem in castrensi peculio filij intestati heredem dici
non posse.
3. Reuocatur quorundam distinctio, in dicta quæstione, inter
peculium castrense & non castrense.
4. Perperam ab Accursio profectitium & aduentitium
peculium cum castrensi in d. §. pen. esse confusum.
5. Tolluntur verba illa post obitum eius d. §. pen. &
Vlpiani sententia explicatur.
6. Heredis nomine dominum in d. §. pen. significari.
7. Explicantur postrema verba d. §. pen. & Accursij in-
terpretatio reuocatur.

Apertè falsum est quod Vlpianus ex Pomponij
sententia scribit in *l. 3. §. penult. D. de minor.* ex
quibus causis in re peculiari filii familias restituun-
tur, posse & patrem quasi heredem nomine filij post
obitum eius impetrare cognitionem. Nam ex causa
peculij profectitij filius familias si conueniatur res-
titui potest. *d. l. 3. §. sed vtrum.* neque tamen eò
mortuo dici potest restituendum esse patrem quasi
ipsum heredem, cum nec heredem habere potuerit
is qui nulla bona moriens relinquit. *l. lex Cornelia. 28.
D. de vulgarib. & pupill. substit.* nec obligatio aliqua
superfit contra quam restitutio in integrum conce-
di possit. *l. qui contra. 11. D. de fideiussorib.* Fateor eius
actionis ratione quæ contra patrem ipsum de pecu-
lio competit posse eum mortuo quoque filio cog-
nitionem impetrare ex causa. *argu. l. planè. 12. D. eo.*
Sed nomine ipsius filij, vt scriptum est in *d. §. penult.*
id verò nego & pernego. Quin et si filius patrem he-
redem haberet, quem certè non habet, ineptè tamen
diceretur patri concedi restitutionem in integrum
nomine filij, quam ipse iure hereditario impetra-
ret. Non enim defuncti nomine fit quod ab herede
fit iure quidem hereditario, sed nomine proprio. Et
quamuis heres defuncti personam repræsentet, ac
quicquid facit tanquam heres, faciat iure defuncti
non proprio. *l. pater filiam. 14. D. ad legem falcidiam.*
alia tamen est persona defuncti, alia heredis. Et
aliud fieri quod nomine defuncti, aliud fieri nomi-
ne heredis. Vnde illud est quod dicimus, quoties ser-
uus hereditarius stipulatur, ex persona defuncti non
heredis vires assumere stipulationem: & heredita-
tem non heredis, sed defuncti personam sustinere.
*l. in eod. 33. §. ultimo. cum l. sequent. ff. de acquirend. re-
rum domin. l. seruus hereditarius. 16. D. de stipul. ser-
uor.* Sed et si peculium castrense filius familias habue-
rit, eodem modo dici potest mortuo eo intestato,

patrem nec ipsius heredem intelligi, nec eius nomine in integrum restitutionem postulare posse. Quod enim beneficium principalibus constitutionibus filiofamilias indulgetur ut peculij castrensis heredem habere possit, ita demum ei prodest si testamentum fecerit, ex quo postea hereditas adeatur, non si intestatus decesserit. *l. 2. D. de castren. pecul. l. servus. 18. in princ. de stip. seruo.* ubi eleganter Papinianus ait nec si de castrensi peculio testatus sit, vllam tamē ipsius hereditatem intelligi priusquam testamentum aditione confirmatum sit. Quod si dicas patrem in castrensi peculio si non verē, saltem quasi heredē filij esse quia in filij iure, & dominio id peculium fuerit, dicam repugnare Iuriconsultum in *dict. l. 2. de castren. pec.* cum ait intestati filiofamilias bona castrensis non quasi hereditatem, sed quasi peculium patri deferri, nec nisi valdē improprie posse patrem filij quasi heredem appellari. *l. filius. 18. ff. ad leg. falcid. l. item. ff. de S. C. Macedon.* Quod si improprie & abusuē loqui velis, poterit etiam pater dici quasi heres filij, qui profectitium aut aduentitium duntaxat non castrense peculium viuens habuit. *l. statulibera. 9. §. si filiusfamilias. ff. de statulib.* ubi mortuo filio qui hereditatem in qua fuerat institutus agnouerat, pater superstes heredis quasi heres esse dicitur. Verū id eō pertinet vt qui filio heredi dare iussus fuerat, patri post mortem filij dando conditionem impleuisse videatur, non autem vt restitutum in integrum quæ heredi quoque competere solet, in patrem quasi heredem filij post obitum eius transmittatur. Hoc enim idē fieri non potest, quoniam, vt diximus, mortuo filio, qualecumque peculium is habuerit, si modō testatus non sit, nulla hereditas superest, nullaque obligatio, quæ beneficio restitutionis in integrum rescindi possit. Atque ita rectē *Accursius* scripsit, non esse hac parte distinguendas peculiorum qualitates, nec separandum castrense peculium vel quasi, à profectitio, aut aduentitio. Et longē rectius, quàm qui existimant Pomponium inter castrense & profectitium peculium differentiam hanc constituere, vt si ex causa peculij castrensis filiofamilias læsus sit, & restitui possit, pater quoque nomine filij, post obitum eius tanquam heres restituatur. Si verō profectitium duntaxat peculium filius habuerit, pater restitui non possit. Nam ex iis quæ diximus apparet non magis vno casu quàm alio posse patrem quasi heredē nomine filij post obitum eius impetrare cognitionem, neque ex Pomponij verbis distinctio & differentia hæc colligi vilo modo potest nisi multa suppleas quæ ex ingenio suo suppleat huius distinctionis, & differentiaē authores. † Sed pessimē idem *Accursius* Vlpianum & Pomponium sic interpretatur vt in quaestione *d. §. pen.* castrense peculium à profectitio non distinguat. Etenim apertissima sunt Vlpiani verba distinguentis ex sententia Pomponij, an castrense peculium filiofamilias habeat, necne, vt si non habeat castrense, sed profectitium aut aduentitium duntaxat, possit & pater, id est, vt ego interpretor, non tantum filius qui contraxit, sed etiam pater filij nomine in integrum restitui. Si autem castrense peculium habeat, non possit & pater restitui, sed solus filius tanquam in proprio patrimonio captus. Peculium enim castrense velut proprium filij patrimonium est. *l. 2. ff. de S. C. Macedon.* † Cum igitur in ea specie quam Pomponius & Vlpianus tractat, differentia constituenda sit inter profectitium aut aduentitium & castrense peculium, nec tamen dici pos-

sit in quo differant si mortuo filio pater in integrum restitui velit, dubium mihi non videtur quin tollenda & delenda sint verba illa, post obitum eius, quæ ab imperito interprete, vt credibile est, textu addita, vel ex interpretis glossa in textum perducta difficillem & obscuram adeoque falsam elegantis alioquin nec obscuri loci sententiam reddiderunt. Iis verō sublati dico Vlpiani sententiam eam esse, vt ex quibus causis filiofamilias in re peculiari restitui potest, possit etiā pater nomine filij, & eo viuo tanquam peculij dominus impetrare restitutionem. Sed si castrense duntaxat peculium filiofamilias habuerit, non possit pater quasi dominus postulare cognitionem, sed solus filius tanquam in proprio patrimonio deceptus. † Neque huic nostræ interpretationi quicquam obiici potest, præter illa verba, quasi heredes, quæ imperitum interpretem fefellerunt, & impulerunt vt illa quæ tollimus adiecerit, quod non nisi post obitum filij pater ipsius heres dici posse videretur. At iam nemo ignorat heredis appellationē esse ambiguum, eaque significari non illum duntaxat qui in defuncti ius successerit, sed eum etiam qui dominus sit, vt Iustinianus docet in *§. vlt. Inst. de hered. quali. & differ.* Quod & in finitibus veterum latinitatis aut horum locis comprobare facile possumus, si aut animus esset, aut opus. Illud adnotasse sufficiet eodem sensu patrem heredem pro domino dixisse Tryphonium in *l. de hereditate. 19. §. pater.* in illis verbis, non tamen si vt heres viuo filio vinctam seruo imposuit. *ff. de capt. & postl.* vt iam p. idem diligentissimus obseruator *Iacobus Cuiacius* obseruauit, reprehensa etiam Græcorum ad eum locum interpretatione quos dictionis illius heres ambigua significatio deceperat. Sanē in eo Vlpiani & Pomponij responso de quo disputamus, verba illa, quasi heredes, significare, quasi dominum, apparet non solum ex iis quæ iam diximus, † sed etiam ex postremis illis verbis *§. in integrum restituendus erit quasi in proprio patrimonio captus.* quæ licet *Accursius* male ad patrem referat, de filio tamen intelligi debent, & ostendunt ei duntaxat restitutionem dari siue pater sit siue filius, qui in proprio patrimonio deceptus se allegat. Quemadmodum & præcedentia illa, nomine filij, necessariō faciunt, vt viuo filio non post obitum eius impetratam fuisse à patre restitutionem in integrum intelligamus, quoniam vt dictum est, nomine filij non facit pater quod post eius obitum quasi heres facit. Idque est quod ait *l. patri. 27. ff. de minor. patri pro filio omnimodo præstandam restitutionem, licet filius nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur: & peculium profectitium licet videatur esse filij, magis tamen est patris. dict. l. 3. nec eo mouemur. ff. eo.* Cum verō peculium castrense est vel quasi, quia omnino est filij non patris, solus filius in integrum restitui poterit tanquam in proprio patrimonio captus: neque patrem audiet Prætor si quasi dominus nomine filij postulet restitutionem.

CAPVT VI.

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

SYM M A R I A.

- 1 Quibus casibus ad retentionem falcidiam doli exceptio heredi necessaria sit?
- 2 Non semper ad retinendam Falcidiam doli vel in factum exceptionem necessariam esse?
- 3 Respondetur ad l. quod bonis. 15. ff. ad leg. Falcid.
- 4 Species & sententia d. l. si fundus.
- 5 Eiusdem legis emendatio, & emendationis ratio.

- 6 Quomodo in d. l. ponenda sit Falcidia ratio, si minus sit in Falcidia quam in via.
- 7 Explicatur postrema dictæ legis clausula.
- 8 Soluitur obiectio contra explanationem allatam.

EST si legis Falcidiae potestate singula legata ipso iure pro quadrantis rata minuuntur vt Caius scribit in *l. in quantitate. 73. §. vlt. D. ad leg. Falcid.* aliquando tamen contingit vt minui non possint, & ad falcidiam retentionem doli exceptio heredi necessaria sit, forte si ex pluribus rebus legatis heres quædam soluerat sine detractioe falcidiae, neque interposita stipulatione. *Quanto amplius legatorum nomine acceptum sit quam per legem falcidiam capere liceat.* Ex reliquis enim rebus integram falcidiam retinere poterit, id est pro iis etiam legatis quæ soluta sunt, idque per doli exceptionem: quoniam hic legis falcidiae potestas cessat quæ nec corporalia soluta, nec ea quæ soluta non sunt pro solutis minuire potest. *leg. si ex pluribus. 16. D. eod.* Idemque est si res legata sit ex eorum numero, quæ diuisionem non recipiunt, vt via, actus, iter, aut alia seruitus: quo casu per legem falcidiam quadrante minui non possit legatum quod nec diminutionem, nec diuisionem recipit, alio remedio heredi succurri non potest, quàm si legati æstimatione facta denuntiet legatario vt partem æstimationis inferat, & si non inferat vtatur aduersus eum exceptione doli mali. *l. si is qui quadringenta. §. vltim. D. eod.* Aut si præterea, aliquid legatum sit ex quo falcidia commodè retineri possit, ita falcidiae ratio ponetur, vt vtriusque legati falcidia ex altero tantum retineatur. *l. plane. 35. D. eod.* † Cæterum his legibus abutuntur qui existimant falcidiam ad retentionem doli vel in factum exceptionem semper necessariam esse, quæ certè necessaria non est nisi iis casibus quibus singula legata per legem minui non possunt. *d. l. in quantitate. §. vlt.* Quamquam illud quoque verum est, heredem cui totius hereditatis quadrans ipso iure debetur, posse nihilominus si malit & tutius esse existimet doli exceptionem opponere, quoniam iis qui ipso iure tuti sunt multò magis doli exceptionem competere dicendum est. *l. qui seruus. 34. §. si is cui. D. de oblig. & action. l. vbi cumque. 60. D. de fideiuss.* Sanè alia remouendæ falcidiae ratio esse videtur. Doli namque exceptio necessaria est aut eertè apud arbitrium falcidiae defuncti volutās seruari debet ratione doli exceptionis. *l. si creditor. 12. D. ad l. falc.* scilicet quia cum ipso iure falcidiae retentionem heres habeat, vt diximus, legatario aliter consultum esse non potest, quàm per doli exceptionem ex quo manifestius apparet heredi ad falcidiam retinendam exceptionem necessariam non esse, alioqui ad eam remouendam replicatione non exceptione doli utendum esset. † Nec obstat. *l. quod bonis. 15. D. eod.* in cuius specie falcidia per replicationem in factum conceptam idē retinetur, quia non potest ipso iure, & per legem falcidiam retineri ex eare quæ nunquam penes heredem fuit, id est ex debitois obligatione soluta. *l. cum hereditas. 36. D. ad S. C. Trebel.* Denique perpetuum illud est, vt quoties per legem falcidiam legatum minui potest, doli vel in factum exceptio, aut replicatio necessaria non sit. † Hinc intelligimus si fundus mihi legetur, & via, falcidiam ex via legato deduci & retineri non posse: quoniam via indiuidua est, sed si tantum sit in via quantum in falcidia, ita ponendam rationem legis falcidiae vt fundum integrum legatarius consequatur, viam verò heres retineat, Quamuis eniat in hu-

ijsmodi legatis quorum alterum diuiduum, alterū indiuiduum est, aliter obseruari solet, vt falcidia, quæ in indiuiduo retineri non potest, ex diuiduo retineatur. *d. l. plane.* in proposito tamen calu idem dici non potest, licet tantum sit in falcidia fundi & via quantum in fundo, quoniam si integrum fundum aut aliquam fundi partem heres retinet, via legatum intercideret, cum nec sine fundo via esse possit. *l. 1. D. commun. prad. nec pro parte duntaxat acquiri aut retineri. l. pro parte. 11. l. vt pomponius. 8. §. 1. D. de seruit.* Proinde vtriusque legati falcidiam ex sola via retineri necesse est. Quomodo Scæuola respondit in *l. si fundus. 23. D. ad l. falcid.* † in cuius principio manifestum est, quod ante nos *Goueanus* in eruditissimis suis ad eum titulum Commentariis obseruauit, legendū esse, quantum, pro eo quod vulgo legitur *quanto amplius.* Nam & in Florentinis legitur *quantum amplius, non quanto.* Et verum esse non potest quod legitur, integrum fundum capi à legatario, si ponas plus esse in falcidia quàm in via. Neque enim falcidia, propter naturam & conditionem legatorum diminui potest, neque ratio reddi cur integrum fundum legatarius capiat, si ad falcidiam via æstimatio non sufficiat. Præsertim cum in fine legis idem Scæuola moneat, eo casu quo minus est in via quàm in falcidia vnam interciderè. Idque apertius ex eo intelligitur quod in secunda specie quam Scæuola tractat, ponit legato fundo, & via, minus ex vtroque falcidiam desiderare, quàm sit via pretium. Omisso eo casu si tantum sit in via, quantum in falcidia, quem verisimiliter non omisisset, si prioribus legis verbis expressus non fuisset. At non probo quod idem vir doctissimus scripsit legendum nec pro & in illis verbis & via peribit. Cum enim tantum est in falcidia via & fundi, quantum in via, ob idque vtriusque legati falcidia ex via retinetur, necesse est viam perire, non quod inutile sit legatum (inutile enim dici non potest ex quo legatarius commodum illud sentit, vt integrum fundum sine falcidiae diminutione consequatur) sed quod via nullatenus præstetur, imò falcidiae iure tota penes heredē remaneat. Quod si plus falcidia desideret, quàm sit via pretium, lex ait viam interciderè, id est non solum legatario nō præstari, sed etiam ei non prodesse quominus totius fundi falcidia ex ipso fundo deducatur. Nam cum hoc casu aliqua fundi partē penes heredem manere necesse sit, qui ex via saluū vtriusque legati quadrante habere non potest, neque tamen via fundo pro parte acquiri possit, vt diximus, sit necessariō vt perinde falcidia ex fundo deducatur, ac si via legata nō esset, quæ scilicet propter legis falcidiae potestatem inutiliter legata esse intelligitur. Hoc verò tunc tantum rectè dicitur, cum plus est in falcidia fundi, & via, quàm in via æstimatione. † Etenim si ex contrario minus sit in falcidia quàm in via, falcidiae ratio sic poni potest vt viam quidem heres retineat, sed tamen per doli exceptionem tantum legatario faciat quantum ei deest, ne contra testatoris voluntatem plus consequatur heres, quàm lex falcidiam desiderat. *dict. l. si fundus.* In cuius interpretatione manifestus error est *Accursij*, & aliorum qui nihil interesse existimant, an plus sit in falcidia, quàm in via, an tantundem: cum tamen ea lege differentia hæc manifestè constituatur, quod si tantundem sit, fundus integer capitur, nec via legatum inutile est, quod scilicet legatario ad falcidiam proficit, licet via legatario pereat, id est ab heredem non præstetur. Si verò plus falcidia desideret quàm

si via pretium, via legatum intercidit & perinde ac si factum non esset integra falcidia fundi ex fundo ipso retinetur, vt & iuris ratio conuincit. *l. Plautius. 49. §. ult. D. eod. & Scæuolę verba probant. ¶* Quinquā enim postrema illa legis clausula, *vt tunc solum via intercidat, quoties plus falcidia desiderat, quam sit via pretium*, pugnare videtur cum eo quod prius Scæuola dixerat si tantum sit in via quantum in falcidia, viam perire (& hoc est quod *Accursus, Goueanum*, cæterisque omnes fecerunt) proprius tamen intuenti recte omnia inter se conueniunt. Et alio sensu dixit Scæuola in prima legis specie viam perire, id est, legatario non præstari, at penes heredem iure falcidię remanere. Alio verò in fine legis viam intercidere, hoc est inutiliter legatum esse. Propriè enim legatum intercidit quod pro eo habetur ac si factum non esset. *l. intercedit. 59. ff. de cond. & demonstr. seu quod non procedit vt Paulus loquitur in d. §. ult. l. Plautius. Atque ita Scæuolam intellexisse vel ex eo apparet quod posteaquam dixit in prima specie cum tantum est in via quantum in falcidia integrum fundum capi, & viam perire, subiicit quasi diuersum quid, sed si via legata sit, nec soluendo sit hereditas, non debetur. Ita in uis in præcedenti specie, non inutiliter legatum esse viam, eamque in falcidiam imputari, & idè integrum fundum sine diminutione legatario præstari, qui utique integer non præstaretur si via legatum intercidere, & pro non facto haberetur. Rursus in secunda specie cum legato fundo & via minus ex utroque falcidia desiderat quam sit via pretium, lex ait non tantum fundum solidum capi, sed etiam cogi heredem per doli exceptionem sarcire legatario quantum deest, ne plus heres habeat, quam falcidia desideret, vt proinde via quidem ipsa non præstetur, sed tamen vtilis sit legatum, propter quod legatarius & solidum fundum consequitur, & præterea tantum ex via æstimatione quantum deducta utriusque legati falcidia superest. Ita enim Scæuolam contra *Accursij* interpretationem intelligo. Ergo quod sequitur tunc solum viam intercidere cum plus falcidia desiderat quam sit via pretium, non ita accipi debet vt via hoc solo casu non præstetur, quę nec aliis casibus præstatur, sed vt via legatum omnino inutile sit & nullius momenti, adeò vt neque in huius legatarij falcidiam imputetur. ¶ Nec est contrarium quod Marcellus scribit in *l. ex ass. 52. D. eo. quacunque ex causa legata non præstantur, imputari ea heredi in quartam partem, quę per legem falcidiam remanere apud eum debet. Aliud enim est imputari hoc via legatum heredi in falcidiam vt tanto minus ex cæteris legatis deducatur, quod verum est. Aliud vero imputari in falcidiam eius duntaxat legatarij cui via legata est, quod nos negamus, & eam via imputationem non huic tantum, sed cæteris quoque legatariis prodesse contendimus, vt contingeret si via legata non fuisset.**

CAPVT VII.

De ordinariis, & extraordinariis iudiciis, & emendatio l. actio. 47. D. de neg. gest.

SYM M A R I A.

1. *Definiuntur ordinaria & extraordinaria iudicia.*
2. *Quanam inter ea olim differentia esset?*
3. *Mulier olim interfuisse an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet.*

4. *Negotiorum gestorum iudicium ordinariū fuisse.*
5. *Difficultas nata ex d. l. 47. de neg. gest.*
6. *Corruptam fuisse à Triboniano dictam legem.*
7. *Vox planè quam vim habeat in iure?*
8. *Vera lectio d. l. actio 47.*
9. *An iure non si fideiussor debitori heres extiterit, fideiussoria obligatio tollatur?*
10. *In formulis tantum factam esse hodie iudiciorum mutationem.*
11. *Differentia inter expromissionem & fideiussionem.*

¶ **Q**ui de vetere iudiciorum Romanorum more & ritu scripserunt, in eo omnes consentiunt quod exceptis quibusdam causis, veluti status, restitutionis minorum, & aliarum huiusmodi de cæteris, Prætores, Præsides, cæterique magistratus non cognoscebant, sed iudices dabant qui, de facto cognoscerent, & sententiam ferrent. Idque ordinariū fuisse certum est, & plerisque iuris nostri locis comprobatur potest, præsertim *l. cum Prætor. 12. l. iudicium solum. 58. & pass. tot. tit. D. de iud. qui est de iudicibus datis. l. a Diuo Pio. 15. D. de re iud. l. 2. C. de pedan. iudic. quæ primū inductum est abrogato iure vetere vt de causis omnibus magistratus ipsi cognoscant, & notionem suam interponant, neque iudices dare possint. Ex quo intelligimus ordinaria iudicia ea dicta fuisse quæ iuxta ordinariū iudiciorum ritum exercebantur, & apud iudices datos, non apud magistratus, qui propriè non iudicare, sed ius dicere dicebantur. Extraordinaria verò illa, quæ per ipsos magistratus expediebantur, cuiusmodi erant pæpauca, & ea duntaxat quæ maiore priuilegio & fauore digna existimabantur. ¶ In eo autem præcipuè ordinariū ab extraordinariis differebat, quod in ordinariis cum iudices darentur, certas quoque formulas à magistratibus præscribere necesse erat, secundum quas iudices sententiam ferrent, & ab iis ne latum quidem vnguem recederent. In extraordinariis verò nullæ præscribebantur formulæ, nec sibi magistratus legem imponebant, quominus ex arbitrio sub ius dicerent. Hinc illa nata est iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris differentia, quod in bonæ fidei iudiciis plenius, & vt ita dixerim, abundantius iudicis officij esset, quam in strictis. Nempe quoniam diuersa formularum quæ iudicibus præscribebantur conceptio id postulabat. Quamquam si quis pergat quærere, cur aliter in his quam in illis Prætor formulam conciperet, alia ratio quærenda erit, neque mihi hæc satisfaciunt, licet doctissimis plerisque viris satisfecerit. Sed ea disputatio alterius est loci. ¶ Inde etiam colligitur in formularum interpretatione multum interfuisse an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet. Directa enim actione proposita cum fortè vtilis tantum competeret nullæ iudicis dati partes esse poterant nisi ad condemnandum, neque de vtili actione cognoscere poterat, cui Prætor de directa duntaxat iudicandi potestatem fecerat. Verum posterioribus Imperatoribus rectè placuit tollendas esse has scrupulosas formularum conceptiones. *l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. action. sublat. neque permittendum magistratibus iudices dare nisi vel propter causarum multitudinem vel alias occupationes, iustumque impedimentum cognoscere ipsi non possent. d. l. 2. C. de pedan. iudicib. Ac proinde omnia hodie iudicia extraordinaria sunt, §. ult. Insti. de interd. id est eodem prorsus modo tractanda quæ, quæ olim extraordinaria dicebantur. Magis tamen propriè ordinaria dici debent, quod ex Diocletiani, & Maximiani constitutione ordinariū factum sit, quod**

quod prius erat extraordinarium. Sed tamen in Iureconsultorum responsis extant adhuc infinita iuris illius veteris quo utebantur, vestigia, neque aliam ob causam tot locis disputantur directane an vtilis actio competat, quam quod id scire multū referret propter subtilem illam, & scrupulosam formularum conceptionem, licet vtraque vt plurimum eiusdem soleat esse effectus & potestatis. ¶ Cum igitur ex superioribus, maxime verò ex *d. l. 2. C. de pedan. iudic. apparet ita comparatum fuisse ius vetus, vt iudicia fortè omnia essent ordinaria, paucissima autem extraordinaria, facile est intelligere negotiorum gestorum iudicium ordinariū fuisse non extraordinarium, siquidem de actione negotiorum gestorum Prætor ipse non cognoscebat, sed iudicium & iudicem dabat, vt ex edicti verbis intelligitur quę sic concepta sunt, *iudicium eo nomine dabo. l. 3. in princip. D. de negot. gest. non quomodo verba edicti De minoribus, vt quoque res erit animaduertam. l. 1. D. de minor. Scilicet quia de integrum restitutione minorum solus Prætor cognoscere poterat, neque iudicium dabat, quod in cæteris partibus edicti de restitutionibus diuersum erat in quibus Prætor iudicium daturum se pollicetur. l. merum autem. 9. §. ex hoc edicto. l. item si curu. 14. §. quid si homo. D. quod met. caus. l. 1. D. de dolo. l. 2. §. 1. D. de capit. minut. l. 1. & tot. tit. D. de alienat. iudic. mus. caus. fact. Credo, quod cæteris fauorabilior visa sit minorum restitutio, & dignior quæ maiores iudices haberet. Ergo ordinariū fuit negotiorum gestorum iudicium. ¶ Quod cum ita sit excusari non potest aut explicari ratio quæ ex Paulo proponitur in *l. actio. 47. D. de negot. gest. vbi posteaquam dictum est, actionem negotiorum gestorum illi dari, cuius interest eo iudicio experiri, neque referre directa quis an vtili actione agat aut conueniatur, ratio illa redditur, quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obseruatur, hæc subtilitas superuacua sit, maxime cum vtraque actio eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum. ¶ Ausim ego deferre corruptum esse locum à Tribonio vt cæteras pleraque Digestorum leges, quas contra iuris veteris rationem ad posteriorum Imperatorum constitutiones accommodauit, vt ex recentioribus doctissimi viri iam obseruarunt, neque ad persuadendum quod volo aliis exemplis vtendū esse arbitror, quando nullū apertius afferri possit eo de quo disputamus. Cum enim Paulus scripsisset nihil referre directa quis an vtili actione negotiorum gestorum agat, aut conueniatur, cum vtraque actio eiusdem potestatis sit eundemque habeat effectum, aliam rationem Tribonianus ex suo addidit iis verbis, *quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum non obseruatur, hæc subtilitas superuacua est. Deinde vt rationem hanc cum ea quam Paulus dixerat connecteret, adiecit dictionem illam maxime: atque ita elegantem legis sententiam, & rationem inepta ratione fecerunt. Quod etiam si iuris ratio non conuinceret, ferè tamen ipsa verba ostenderet, si Pauli & Triboniani stylum bene agnosco. Solet enim Tribonianus iuris veteris subtilitates ridere, & superuacuas dicere. Vnde factū suspicor vt qui eā Triboniani rationem ineptā & ridiculā esse animaduertit, pro quia maluerint legere planè. ¶ Quæ lectio nec si velit probare possit is qui intelligit ea dictione planè passim in iure significari exceptionem, quę in proposito casu ad id quod Paulus dixerat adhiberi nulla potest. Sed neque cum eo quod in principio legis de negotiorum gestorum actione scriptum est, ea Triboniani adiectio****

quicquam cōmune habet. Quorsū enim de extraordinariis iudiciis tractare oportuit, cum de negotiorum gestorū actione quærebatur? Rursus in extraordinariis iudiciis quæ quæstio esse potest vtrum directa actio ab vtili differat, cum in iis nec directa nec vtilis actio deur? Ideoque nimirū non actiones, sed persecutiones propriè dicuntur, quæ iuris ordinarij non habent executionem, vt Ulpianus ait in *l. pecunie. 178. §. actio. D. de verbor. significat. ¶* At elegans erit Pauli ratio si sic eum scripsisse ponamus, *nihil referre directa quis an vtili negotiorum gestorum actione experiat vel conueniatur, cum vtraque actio eiusdem potestatis sit eundemque habeat effectum. Quoniam non de illo Paulus quærit an in conceptione formulæ nihil intersit vtrum directa an vtilis actio impetretur, sed illud duntaxat monet, cum queritur an negotiorum gestorum agi possit, non esse distinguendum an directa an vtili actione agatur, sed id tantum inspiciendum an intersit eius qui agere vult: quoniam actio negotiorum gestorum illis omnibus datur quorum interest eo iudicio experiri, & siue directa siue vtili actione experiamur, in id agimus vt quod nostra interest cōsequamur. Idque est quod lex ait vtramque actionem eiusdem esse effectus & potestatis. Quamquā & si quis velit dicere, omnia hæc Triboniani esse ab illis verbis, quia in extraordinariis iudiciis, facile id concedam nec valde repugnabo, licet posterior illa ratio rectè defendi & explicari possit. Omnia enim, vt mihi quidem videtur, Triboniani ingenium & phrasim redolent. ¶ Cæterum, vt hoc etiam addamus, quamuis verum sit in extraordinariis iudiciis nihil interesse directa quis an vtili actione conueniatur, ex eo tamen inferri non potest quod parum subtiliter meo iudicio quidam inferunt, fideiussoria obligationem hodie non tolli, si fideiussor debitori heres extiterit, & in creditoris electione esse vtrum ex causa fideiussoria an ex causa principali aduersus fideiussorem agere velit. Repugnat enim *l. 5. D. de fideiuss. l. Stichum. 95. quod vulgo. D. de solut. neque eorum actionum altera directa, altera vtilis est, sed vtraque directa, vna tamen plenior altera, vna principalis, altera accessoria. Et idè illa semper iuris veteris ratio manet, quæ facit vt obligatio maior tollat minorem. l. cum reus. 14. l. heres à debitore. 21. quod si hic seruus. D. de fideiuss. l. cum quis. 38. §. ult. l. si duo. 93. in fin. D. de solut. ¶ Nam quæ facta est iudiciorum mutatio vt hodie extraordinaria sint omnia, scrupulosas duntaxat actionum formulas, & impetrationes sustulit, at certam & in debitam iuris rationem non immutauit. Et vt ait *l. 2. C. de formul. & impetrat. action. sublat. actione impetrari quidem necesse non est, sed tamen competere necesse est: neque interest qua actione agatur si modò competat, Verum vt hodie competat actio quæ olim non competeat nulla posteriorum Imperatorum constitutione factum est, neque verò ex iuris ratione fieri potuit. Nec simile est exemplum quod vultur ex *l. quamuis. 8. §. si mulieri. D. ad Senatuf. consult. Velleian. vbi Ulpianus scribit si mulier veteri debitori, id est, pro quo expromiserat successerit, posse eam restitutoria actione conueniri qua defunctus tenebatur, vel etiā directa actione si creditor eligat, quia mulieris nil intersit qua actione conueniatur, Hoc enim casu nulla principalis & maior obligatio est, quæ accessoria, & minorem tollere possit, cum principalis debitor mulieris expromissione liberatus fuerit: ¶ quam ob causam rectissime *Accursus* expromissionem à cæteris intercessionum speciebus separat, per quas principalis debitor non liberatur:****

& aperta dissimilitudinis ratio est, quicquid cau-
entur ij, qui fideiussionem mulieris si ea principali de-
bitori heres extiterit confirmari existimant: quod
nullo iuris loco comprobare possint. Nam Papinianus
in d.l. Stichum. §. aditio. versic. aliquando. de solutio.
eandem speciem tractat quam Vlpianus, de mulie-
re scilicet intercedente animo nouandi & per ex-
promissionem, non de fideiubete, vt idem Accursus
interpretatur, ne alioqui sibi ille contrarius sit, qui
statim in §. seq. scribit fideiussoriam obligationem ex-
tingui, quoties fideiussor debitori heres existit. De-
nique si ab expromissione mulieris ad fideiussionem
& ceteras aliorum intercessionem argumentari li-
ceret, dici non posset cur non olim & iure Digesto-
rum obtinuerit quod illi nunc obtinere volunt: cū
nihil noui inductum sit nisi vt extraordinaria sint
omnia iudicia, quod planè ad rem non pertinet,
quia neque iudicium in quo Senatusconsulti Vel-
leiani exceptio obici poterat extraordinarium erat
sed ordinarium.

CAPVT VIII.

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

SUMMARI A.

1. Emendatio & species d. §. 1. l. vbi purè. 19.
2. Ratio dubitandi & decidendi in d. §. 1.
3. Emendatur d. l. si quis. 35. ff. de iniur. & in ea pro
prætor. legitur præfectus.
4. Solos Præfectos & Præsides extraordinariam grauior-
um criminum coercionem habuisse.
5. Cur in specie dicta legis Prætor iniuriam acriter exe-
qui & extraordinaria coercionem vindicare non
potuerit?

Quod iam pridem doctissimi viri plerique ob-
seruauerunt permultos in libris nostris errores ex
notis quibus librarj vet. maximè vtebantur, creatos
esse, id ego accidisse animaduerti in l. vbi purè. 19. §. 1.
D. ad S. C. Trebell. vbi cum scriptum esset fideicommissi,
his notis, F. C. factum est ab iis qui non intelligebat
vt in libris omnibus scriptum sit Senatusconsulti, ac si
scriptum fuisset S. C. Nam fideicommissi legendum
esse non Senatusconsulti, ipsa §. quæstio demonstrabit.
Testator ita dixerat, Te rogo Luci Titi, vt heredita-
tem meam cum Attio partiariis. Diuisa inter Titium &
Attium hereditate secundum testatoris voluntatē,
quarebatur an aduersus Attium qui dimidiam he-
reditatis partem habuerat actiones ex Senatuscon-
sulto Trebelliano competere. Et Paulus ex Ari-
stonis sententia respondet, competere: quoniā ver-
ba illa testatoris pro iis accipiendā sunt, Rogo heredi-
tatem illam restituas. Tum sequitur nec verba spectan-
tur Senatusconsulti, sed sententia quibuscumque verbis, dū
testator senserit vt hereditas sua restituatur. At absur-
dum sit dicere non spectari verba Senatusconsulti:
sed sententiam testatoris. Dicendum enim erat non
spectari verba testatoris, sed eius sententiam. Vel,
non esse spectanda verba Senatusconsulti, sed sen-
tentiam Senatusconsulti, quia voluntas & sententia
testatoris contra Senatusconsulti verba defendi nō
potest. l. Titia. 86. D. ad l. Falcid. Rursus si verum est
quod Paulus ait, illa verba, Rogo te Titi vt hereditatem
meam cum Attio partiariis, sic accipiendā esse, ac si te-
stator dixisset, rogo vt hereditas mea partem restituas.
profecto ex Senatusconsulti verbis actiones in At-

tium transferuntur. De illo enim Senatusconsulti
disertè loquitur in quem ius fructusque transfertur,
& cui fideicommissum extestamento restitutum est.
l. 1. D. ad S. C. Trebell. Denique verba illa Pauli, sed sen-
tentia quibuscumque verbis, ostendunt manifestissimè
loqui Paulum de verbis fideicommissi, non de ver-
bis Senatusconsulti. Hæc enim numquam mutan-
tur, illa pro testatorum arbitrio, & voluntate mutan-
tur. Illud igitur in proposito casu dubitationem fa-
ciebat vt in Attium actiones ex Trebelliano nō co-
petere viderentur, quod restituendi verbo testator
vsus non fuerat, neque ex fideicommissi causa here-
ditatis partem Attius habere videbatur, sed potius
ex alia causa, & alio iure quod expressum non esset.
Senatusconsulto, cuius tamen potestate sit vt ab he-
rede in alium qui heres non est actiones transeant.
Sed Paulus ex Aristonis sententia eleganter respon-
det non esse spectanda verba fideicommissi sed sen-
tentiam quibuscumque verbis conceptam: vt quo-
ties apparet testatorem voluisse hereditatem suam
restitui, licet restituendi verbo vsus non sit, nihilo-
minus fideicommissum inducamus: quod cum sit
proculdubio ex verbis & potestate Senatusconsulti
actiones in fideicommissarium transferuntur. Atque
ita Accursus quoque legisse & sensisse videtur, cum
eorum verborum interpretationē sumit ex aliis le-
gibus quæ probant in testamentis non tam verba,
quàm sententiam testatoris inspicere debere, vt l. 3. C.
de lib. prætor. l. cum virum. 16. C. de fideic. l. 3. §. conditio. D.
de adim. legat. Simili ferè errore puto in l. si quis ini-
uriam. 35. D. de iniur. scriptū esse prætor pro præfectus,
cum scriptum esset his notis præ. aut præf. Neque e-
nim verum est quod Vlpianus ait si quis iniuriam a-
trocem fecerit qui contemnere iniuriarum iudiciū
possit ob infamiam suam & egestatem, Prætorē a-
criter exequi hanc rem debere, & eos qui iniuriam
fecerint coercere. † Generaliter namque placet in
legibus publicorum iudiciorum vel priuatorum cri-
minum Præfectos duntaxat vel præfides qui extra
ordinem cognoscunt iis qui pœnam pecuniariam
egentes eludunt coercionem extraordinariam in-
ducere. l. 1. §. generaliter. D. de pœn. Prætor autem ne-
que ordinem cognoscere, neque extraordina-
riam coercionem inducere potuit, neque acriter
coercere, quia scilicet merum imperium non habebat,
& omnia omnino crimina præfectura vrbs sibi
vindicauerat. l. 1. D. de off. præf. vrb. A deo vt iis etiam
casibus quibus Prætor cæterique Romæ magistra-
tus cognoscere poterant, si tamen res grauiorem &
atrociorē punitionem exigeret ad Præfectum vr-
bis remitti reus deberet, vt si quis fortè de plebeis
ob facta atrociora in tutela admissa fuisset apud Præ-
torem accusatus, & grauiore animaduersione indi-
geret, quàm vt sufficeret suspecti infamia. d. l. 1. §. so-
lent. l. 1. §. vltim. D. de suspect. tutor. Vel si libertus tute-
lam filiorum patroni fraudulenter gessisse probaretur.
l. 1. ff. eodem. Sic legimus Præfectum vigilum licet
fustibus vel flagellis cædi insularios & eos qui ne-
gligentes ignes apud se habuissent iubere potuerit,
eos tamē qui dolo fecisse incendium conuicti essent,
ad Præfectum vrbs remittere debuisset. l. vlt. D. de of-
fic. præf. vigil. & generaliter eos omnes qui grauiore
coercitione, & animaduersione digni videbantur.
l. 3. §. cognoscit. D. eodem. Ergo ad Præfectum non ad
Prætorē pertinet coercitio eorum, qui iniuriam a-
trocem fecerunt, & propter suam infamiam & ege-
statem contemnere iniuriarum iudicium possunt,
quia acriter & grauius sunt puniendi. In prouinciis
autem

autem ea res ad Præsidis notionem spectat. dicit. l. 1. §.
vlt. D. de pœn. quia Præses non Prætoris duntaxat, sed
etiam Præfecti vrbs & omnium qui in vrbe sunt ma-
gistratum vice & partibus fungitur. l. ex omnibus: cū
duobus sequentibus. D. de offic. Præsidis. l. si in aliquam. 7.
§. cum plerissimam. cum sequentibus legibus. D. de offic.
Proconful. † Denique Prætorē in vrbe non potuisse
acriter hanc rem exequi, vel ex eo apparet quod Præ-
toris edicto de iniuriis nihil statutum est, aduersus
hos iudicij iniuriarum contemptores, neque iudicij
iniuriarum alia pœna introducta quàm infamia, &
iniuria pecuniaria æstimatio, §. pœna autem. Instit. de
iniur. vt proinde cum quis iniuriarum iudicium cō-
temnit propter infamiam suam, & egestatem quasi
manco & deficiente Prætoris imperio, ad Præfecti
iurisdictionem tanquam ad maius tribunal recur-
rendum sit, & ad coercionem extraordinariam cū
ordinaria non sufficit. Hancque interpretationem
ipsa etiam legis inscriptio confirmare videtur quæ
ostendit depromptam esse, eam legem ex Vlpiani
libro tertio De omnibus tribunalibus, in quo appa-
ret non de Prætoris tantum, sed etiam de Præfecti
tribunalis potestate & iurisdictione eum differuisse.
Non dissimili errore apud Valerium Maximū quodam
loco scriptum legimus, datam fuisse bonorum
possessionem à Calpurnio Pisone Præfecto vrbs,
cum tamen neque is Præfectus fuerit sed Prætor:
neque bonorum possessionem dare Præfecti potuerit
sed Prætores duntaxat, vt notissimum est. Ideo-
que illo loco pro Præf. legendum esse Prætor. rectissi-
mè doctissimus Cuiacius Observationum suarum
libris adnotauit.

CAPVT IX.

Malè à nonnullis emendatum esse §. si pater.
l. si cum dotem 22. D. solut. matrim. &
quomodo probabilius emen-
dari possit, ostenditur.

SUMMARI A.

1. An si absente aut expressè contradicente filia pater
dotem communem exegerit, deinde filia legatum re-
liquerit, nihilominus filia à marito dotem, & lega-
tum à patris herede consequatur?
2. Quid iuris si pater legauerit filia non adiecto eo, dotis
nomine?
3. Pomponij de hac questione sententia.
4. Dote à patre filie promissa, mox deinde legata, filiam
alterutra actione contentam esse debere.
5. Reijcitur Baxtoli coniectura ad l. 4. ff. de dot. collat.
6. An in d. §. pater. l. si cum dotē, legatum filia à patre
relictum dotis nomine relictum censetur?
7. Cuiacy & Roberti coniectura ad d. §. si pater.
8. Modestini sententia in §. qui inuita. l. Titia. 34. ff. de
leg. 2.
9. Differre speciem & quæstionem d. §. qui inuita à spe-
cie d. §. si pater.
10. Quomodo intelligenda sint verba illa Vlpiani in d. §.
si pater, compensandum in dotem filia quod
ei à patre datur?
11. Varia emendationes d. §. si pater.
12. Species & ratio l. cum pater. 6. ff. de iur. dot.
13. Quando vile sit legatum creditori à debitore reli-
ctum?

Cum certi iuris sit tam in exigenda, quàm in sol-
uenda dote, quæ communis est patri & filia, vo-
luntatem requiri, nec alterius facto alterius condi-

tionem deteriore fieri posse, l. 2. & 3. D. soluto ma-
trim. † difficilis quæstio est, quid iuris statuendum
sit si absente aut expressè contradicente filia pater
dotem à genero exegerit, deinde filia legatum reli-
querit, an nihilominus filia aduersus maritum actio
de dote salua sit vt dotē à marito, & legatum à patris
herede consequatur. Ac siquid relictum sic legatum
dotis nomine, indubitate dici potest filiam alterutro
contentam esse oportere, & si à marito dotem pe-
tuerit, non posse à patris herede legatum consequi,
nisi plus sit in legato quàm in dote, quo casu facta
compensatione vsque ad eandē summā quæ cōcur-
rit id tantummodo quod excedit in legato, ex testa-
mento præstabitur, vt Modestinus respondit in l. Ti-
tia. 34. §. qui inuita. de legat. 2. † Sed si filia pater lega-
uerit non adiecto eo, dotis nomine, hic casus est de
quo magna contentione certarunt iam olim inter
se veteres iuris interpretes, & superioribus annis in
Gallia Cuiacius, & Robertus. Dubitandi verò cau-
sam præcipuam illud facit, quod Vlpianus scribit in
l. si cum dotem. 21. §. si pater. D. solut. matrim. si pater fi-
lia absente de dote egerit, & si omnia sit de rato sa-
tisdatio, filia denegari debere actionem, siue patri
heres extiterit, siue in legato tantū acceperit quan-
tum dotis nomine satis esset, eique compensandum
in dotem, quod à patre datur. Quo loco manifestū
est loqui Vlpianum de legato factō non dotis nomi-
ne ex illis verbis, si in legato tantum acceperit quan-
tum dotis nomine satis esset, quæ ego ita explico, Si in
legato tantum acceperit quantum sufficeret, si dotis
nomine legatum esset, vt intelligamus dotis nomi-
ne legatum non fuisse. Neque tamen verisimile est
compensandum esse cum dote legatum quod dotis
nomine relictum non est. Imò verò extat Pompo-
nij sententia in l. 4. D. de dot. collat. si pater pro filia
dotem promiserat, deinde exheredata vel etiam e-
mancipata & præterita legatum dederit, filiam ha-
bere dotem præcipuam, & præterea legatam. Quod
& in cæteris creditoribus generaliter traditum est,
vt si iis res pignoris iure obligata à debitore legata
sit, non ideo prohibeantur pecuniam creditam pe-
tere nisi voluntas testatoris, compensare volentis e-
uidenter ostendatur. l. creditorum 85. D. de legat. Nec
dici potest cur deterior filia conditio esse debeat
quàm cæterorum contra quos voluntatem testato-
ris compensare volentis nunquam præsumitur, nisi
ab herede probetur. l. quingenta. 12. D. de probat. excep-
pta vxore cui si quid à viro legatum sit, licet expres-
sum non sit compensandi animo legatum fuisse, al-
terutro tamen hoc est vel dote, vel legato contentā
esse eam oportebat Digestorum iure propter edi-
ctum De alterutro, quod etiam à Iustiano subla-
tum est. l. vnic. §. sciendum. Cod. de rei vxor. act. Neque
huic sententiæ vllus iuris locus est, qui repugnet,
præter d. §. si pater. † Nam in l. huiusmodi. 84. §. cum pa-
ter. de legat. 1. proponitur pater pro filia sua dotis no-
mine centum promississe, deinde eidem centum eadē
dem legasse, vt proinde mitum videti non debeat,
quod Iuliano placet doli mali exceptione heredem
tantū esse si & gener ex promissione & puella ex te-
stamento agere velint. Conuenire enim inter eos
oportere vt alterutra actione contenti sint. Cui simili-
le est quod Vlpianus ait in l. cum pater. 29. de iur. dot.
cum pater dotem pro filia promittit, & dotem le-
gat filia, non aliter posse filiam vtrumque conse-
qui, quàm si ostenderit voluntatem testatoris illam
fuisse vt duplicaret ei legatum, scilicet, quia dotem
promiserat, & dotem legauerat, neque heredis fa-

nor patitur vt duplici dotis præstatione eum onerari voluisse testatorem in dubio interpretemur. *d. s. qui inuita. & l. Lucius. 88. §. impuberem. de legat. 2.* Quæ etiam ratione Cælius respondit ei cui legata fuerat militia siue pecunia quæcumque redigi ex militia venditione posset, si postea testator militiam venderet & pretium legatario dederit, non esse ab herede præstandum aliud militiae pretium, nisi legatarius eam defuncti voluntatem fuisse ostenderit. *l. Lucius Titius. 22. D. de legat. 2.* Vt mirum sit Rogerrum, Accursium, Bartolum, & cæteros ad *d. s. cum pater.* scripsisse compensandi animum & voluntatem præsumi, etiam si aliud legatum sit, quàm quod debebatur. † Vnde fit vt *dict. l. 4. D. de dot. collat.* aliud respondere Bartolus non possit, quàm in eius specie promissam fuisse quantitatem & legatam speciem, vel contra promissam speciem & legatam quantitatem: quod neque ex Pomponij verbis colligi potest, neque vlllo iuris loco comprobari, cum nihil intersit quod pertinet ad testatoris voluntatem, an quantitas cum specie, an cum quantitate compensetur, neque simile sit quod dici solet in actionibus, & iudicis petenti quantitatem non posse obici compensationem speciei vel ex diuerso, quoniam longè aliud est de testatoris voluntate, aliud de actoris & rei iure querere. † Reliquum igitur est vt de Vlpiani sententia in *d. s. si pater.* disputemus. Solus enim ille locus est, vt diximus, quo probari possit legatum filiae relictum etiam non adiecto eo, dotis nomine, cum dote compensari. Quæ res fecit vt doctissimo Cuiacius visum sit in ea specie intelligendum esse legatum factum dotis nomine, quasi satis expressum id sit, eo quod lex ait alterutro contentam esse filiam debere, & si legatum acceperit compensandum legatum cum dote. *Robertus* contra defendit non fuisse legatum relictum dotis nomine, neque tamen posse filiam vtriusque petere, quia in ea specie, id est, cum pater absente filia dotem exegit, minus imputare ei possit quàm si expressè contradicente filia egresset, tum propter spem accessuræ voluntatis ipsius filiae, tum etiam quia etsi non accedat, in multis tamen omnino quasi ea accedente dotem solus exigere possit. *l. dorem. 37. D. solut. matrimon.* vt idè minus duplici præstatione eius heres onerandus sit quàm si contra expressam filiae voluntatem peruicaciter (sic enim loquitur) dotem exegisset. † Ego verò neque necesse arbitror comminisci quod vult Cuiacius apud Vlpianum in *dict. §. si pater.* legatum fuisse relictum filiae dotis nomine, neque possum mihi persuadere quod *Robertus* existimat, nihil interesse an dotis nomine legatum sit necne, & illud duntaxat distinguendum an absente an inuita & contradicente expressè filia pater dotem exegerit. Nulla enim ratio est vt cum dote compensetur id, quod dotis nomine legatum non est. † Idque Modestinus ipse in *d. s. qui inuita.* satis apertè innuit, cum ait non esse verisimile patrem duplici præstatione dotis filium eundemque heredem onerare voluisse, præsertim cum putauerit se efficaciter, licet non consentiente filia, instituisse aduersus generum de dote actionem. Non dixit, verisimile non esse patrem voluisse heredem onerare duplici præstatione, sed adiecit, duplici præstatione dotis, quia legatum relictum fuerat dotis nomine: ex quo apparet relicto simpliciter legato aliud responsurum fuisse Modestinum, maximè cæteris quoque coniecturis, quibus in ea specie motus est cessantibus, id est si neque filius heres fuisset, neque pater existimasset efficaciter se sine consensu

filiae à genero dotem exegisse. Neque rursus dici potest quicquam interesse an absente, an verò inuita, & expressè contradicente filia pater dotem exegerit. Neutro enim casu pater sine filia agere potuit, neque maritus patri soluere, quominus integra filia & salua maneat de dote aduersus maritum actio. *l. qui hominem. 34. §. si gener. D. de solut. & contradicere.* intelligitur filia quæ absens est. *l. 2. §. vlt. D. solut. matrimon.* vt rectissime Cuiacius contra *Robertum* disputauit. Ac præterea Modestinus non illam suæ sententiarationem affert, quod patri expressè filia contradixerit, sed quod patri suo non consenserit. Nec verò vlllo iuris loco reperias patrem posse agere sine filia spe accessuræ voluntatis filiae. Nam in *d. l. dicitur. 37. D. solut. matrimon.* non ait Vlpianus posse patrem de dote agere sine consensu filiae, sed videri patrem egressè & dotem recepisse voluntate filiae, si ea causam contradicendi non habuit, quod omnino sic intelligi debet, si præsens ea fuerit, aut sciens, ne pignet, quod idem Vlpianus scribit in *d. §. vltim. l. 2. D. cod. tit.* † An igitur dicendum est eandem esse speciem & questionem *d. s. si pater.* quæ illius *§. qui inuita.* Minimè verò. Etenim Vlpianus in *d. §. si pater.* de illo duntaxat querit, an si filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit, quantum dotis nomine satis esset, aduersus maritum qui absente ea dotem patri soluit, agere de dote possit. Modestinus verò eum casum tractat quo filia nihil dum à patre acceperit, & querit non an contra maritum actio ei danda sit, sed quantum à fratre heredi consequi debeat. Inter quos casus multum interesse nemo est, meo iudicio, qui negare possit, & miror viros doctissimos id non animaduertisse, qui cætera omnia tam diligenter & subtiliter obleruarunt, vt nihil ignaralle aut prætermisisse videantur. Differentiæ autem ratio aperta est, quia cum patri filia heres extitit, aut ab eo tantum accepit quantum dotis nomine satis esset, patris factum approbare videtur, nec amplius dicere potest factam esse à patre conditionem suam deteriore: & quod patri solutum est, videtur ad filiam peruenisse. *l. 3. D. solut. matrimon.* vt cum nihil filia à patre accepit, & priusquam agnoscat legatum aduersus maritum agere vult, dubitandum non est quin siue dotis nomine siue simpliciter legatum sit, aduersus maritum agere possit, cum patri suo non consenserit, vt Modestinus ait, sed si aduersus maritum egerit, legatum non petet, nisi quatenus dotis quantitatem excedit, aut nisi simpliciter legatum sit, non adiecto eo dotis nomine, quo casu & dotem à marito consequetur & legatum à patris herede, nulla facta compensatione. † Quod igitur Vlpianus scribit in *dict. §. si pater.* compensandum in dotem filiae quod ei à patre datur, sic intelligendum est, vt compensatio obiciatur non ab herede patris sed à marito, tum quia eum quoque casum tractat si filia ipsa patri heres extiterit, tum etiam quod aduersus patrem qui dotem exegit, aut eius heredem filia actionem nullam habeat, sed tantum aduersus maritum, qui postea dotem à socero condicere potest. *d. l. qui hominem. §. si gener. D. de solut.* Hinc verò sequitur, si tantundem sit in dote quantum in legato, nihil lucrifacere filiam, quia licet ei nihil legatum esset, dotem repetere à marito possit quasi socia & particeps obligationis, Ideoque verum non est quod Vlpianus ex Iuliano subiicit, in *d. §. si pater.* lucro eius cedere, si tamen à patre consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur à marito, qui patri soluit. Id enim proculdubio Vlpianus intelligit plus eam consequi

sequi ex testamento, quàm actione & iudicio de dote consequeretur: maximè cum præcedentia illa, compensandum ei in dote, quod à patre datur, ostendant compensationem fieri vsque ad concurrentem quantitatem, quod & Modestinus ait in *d. §. qui inuita.* ac proinde nullum eo casu filiae lucrum cedere, quia compensatio non fit ad lucrum consequendum, sed ad damnum vitandum duntaxat, & ita vt paria sint omnia, ne ex inæqualitate lucrum alter sentiat ex alterius damno. Qua de causa valde probò & laudo, quod vir doctissimus monuit, corrigendū esse responsum Vlpiani, & sic intelligendum, vt filiae lucro cedat si amplius ei legatum sit, quàm dotis nomine debeatur à marito qui patri soluit. † Sed non possum credere quod ille putat, Vlpianum scripsisse amplius quàm pro eo quod legitur tantum quantum. Hoc enim omnino improbabile est. At longè verisimilius puto posse locum ita emendari, vt pro nomine legamus minime, & in illis verbis, quantum dotis, subintelligamus nomine, vt in præcedentibus quantum dotis satis esset, & in *§. seq. filia satis dotis fieri oportet.* Nisi quis probabilis putet legendum esse non, & ex ea syllaba factum esse nomine, imperitia & inciticia librarij, cum fortè ita scriptum esse noie, quomodo veteres scribebant. Alterutrum sanè non dicam probabile, sed necessarium est, quicquid causetur *Robertus*, qui infeliciter tentat lucrum sentire filiam in eo quod iura omnia, quæ in dote habuit viuis pater, lucrifacit. Imò verò non lucrifacit, quoniam licet nihil pater filiae legasset, ius illud patris morte extinctum fuisset, neque heres patris communem cum filia de dote actionem habuisset, vt ex eo intelligimus quod mortuo patre filia etiam heres patris dotem repetit iure proprio non iure hereditario. *l. si socius. 81. m. fi. D. pro socio. l. pater filiam. 14. D. ad leg. falcid. & Atqui, inquit ille, subsistit legatum, l. cum pater. 29. D. de iur. dot.* quod non valeret si nullum ex eo lucrum, & emolumentum filia sentiret. Verum respondeo valere legatum in ea specie, quia pater qui marito dotem promissit (de illo enim lex loquitur non de patre qui dotem filiae nomine dedit) non idè factus est filiae debitor, sed mariti duntaxat cui dos promissa est. eamque ob causam lucrum sentire mulierem in eo quod legatum dotis nomine ac quasi dotem ipsam à patris herede consequitur, aduersus quem de dote agere non potuisset, non quod plenus sit legatum dotis quàm actio de dote, quæ sanè eo casu nulla mulieri competit, neque contra maritum qui promissam dotem non accepit, neque contra heredem patris, qui nihil nisi genero promissit. Nos verò non de dote promissa disputamus, sed de dote dota & soluta, tum à patre exacta neque de illo quarimus, an legatum valeat, sed an filiae vtilius sit legatum petere quàm agere de dote, & Vlpian. in *d. §. si pater.* cum ait lucro filia cedere, illud proculdubio intelligit vtilius esse filiae petere legatum quàm dotem: & lucrum eam sentire, cum iam legatum consecuta est, quod in casu proposito dici non potest si ponantur à patre consecutam esse filiam quantum ei dotis nomine debebatur à marito qui patri soluit. Huius enim legati vtilitas tota consistit in agendo non in consequendo, id est legatum hoc facit, vt actionem habeat filia quam non haberet, non autem plus consequatur quàm ei debeatur. † Quod enim dici solet si creditori legetur ita vtile esse legatum si plus ex eo consequatur legatarius quàm pristina actione consequi potuisset. *l. si autem. 29. de legat. 1. l. si de portati. 7. §. vltim. de legat. 3.* tunc de-

num rectè dicitur, cum debitor ipse creditori suo legat. Alioqui si non à debitore legatum sit, ea saltè vtilitas legatum valere facit quod creditoris interest plures actiones habere, & aduersus eum agere posse qui debiti nomine obligatus non erat. Atque ita respondeo ad *dict. l. cum pater.* non quomodo Cuiacius qui referre tantum existimat, an dos marito promissa sit duntaxat, an etiam soluta, tum à patre exacta. Quid enim interesse potest an dos bonis patris non abicefferit, an verò ad patris bona reuerfa sit? Neutro scilicet casu dos à patre filiae debetur, & idè vtroque dotem legare filiae pater potest. Quamquam & illud verum est, dotem à patre promissam necdum solutam à patris bonis abicefferit perindè ac si soluta esset. *l. vlt. D. de dot. collat.*

CAPVT X.

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

SVM MARIA.

- 1 Quid difficilem huius legis interpretationem fecerit.
- 2 Explicatio ratiocinationis Scauola in d. l. duplex ab Interpretibus affertur.
- 3 An verba illa dicta legis, videndum ergo ne in dubio. & c. Pomponij sint, an verò Scauola.
- 4 Separantur verba Scauola in d. l. 9. à verbis Pomponij, & eorum sententia proponitur.
- 5 Negotiorum gestorum actionem ratiocinatione non tolli.

Difficilem & huius legis interpretationem fecit, meo iudicio, verborum contextus malè ab interpretibus acceptus, potius quam questionis, quæ in ea tractatur obscuritas, vt non abs re mirari quis possit tot Doctorum veterum recentiorumque ingenia in recto legis sensu perquirendo tamdiu perperam laborasse. Primus autem & præcipuus ferè omnium error ille est quod Pomponium, quem initio Scauola refert scripsisse, si negotium à te quamuis malè gestum probauero, negotiorum gestorum te mihi non teneri à Scauola reprehendi existimant iis verbis quæ sequuntur, *Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio negotiorum gestorum pendeat, nam quomodo cum semel ceperit, nuda voluntate tollerit?* † Sic autem Scauolam ratiocinari volunt vt Pomponij sententiam refellat hac ratione, quod si post ratiocinationem actio negotiorum gestorum non competeret, sequeretur pendente ratiocinatione pendere etiam actionem, aut natam eam & competentem nuda voluntate tolli, quorum vtrumque absurdum esse aiunt, & inde ab initio ex ipsa gestione actionem nasci existimant, quæ postea nuda voluntate tolli non possit. Alij verò contra putant opinionem Pomponij neque à Scauola reprobari, neque ab interpretibus iuste reprehendi, quod iam olim vetus quidam interpretes quem *Bartolus* refert, Primus scripsit. Sed qui ea verba quæ supra retuli, Pomponij non Scauolæ esse dixerit, vt ego quidem dicendum esse arbitror, vidi adhuc & legi neminem. † Quæ tamen potissima & præcipua res est ad legis sententiam assequendam necessaria, vt qui aliter sentiunt, eos necesse sit in cæteris explicandis errare & labi. Cum enim Pomponius proposuisset, quod & verissimum est, negotiorum gestorum actione non teneri te, si negotium quamuis malè gestum probauero, putabat posse ex hoc inferri. Videndum ergo esse ne in dubio hoc an ratum habeam negotiorum gestorum actio pendeat, quia si non pendeat

deret, necessariò euèniat, vt vel post ratihabitione nuda voluntate tolleretur, quod iuris rationi non conuenit, (certis enim daturat modis obligationes & actiones omnes, vt contrahuntur, ita dissoluntur.) Vel adhuc superest quod illè propter supradictam propositionem non existimabat dici posse. Illud enim sanè iustus & bonæ fidei magis conueniens est, vt ob negotia etiã malè gesta quæ sciens & lubens probauit negotiorum gestorum actione mihi non tenearis. Neque verò aliud Scauola iudicium fuisse credendum est, sed quod Pomponius ex hoc inferebat pendere interea actionem quasi post ratihabitionem nulla omnino superesse posset: reprehendit Scauola, & monet etiã post ratihabitione superesse negotiorum gestorum actionem. Et quod dici solet, te mihi non teneri, non ita accipi debere vt nulla mihi contra te, vel tibi aduersus me actio competat, sed ita potius, vt mihi inutilis futura sit, quia reprobare non possum id quod semel probaui, & quemadmodum quod vtiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita & omne id quod à me probatum est. Ergo primis verbis Pomponij, Si negotium à te quocumque modo gestum probauero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri, non tam Pomponij quàm communem & receptam omnium iuris authorum sententiam referri existimo, idque significare Scauolam cum subicit, Sed eo dictum ab aliis scilicet, quàm à Pomponio. Verùm interpretationem Pomponij aut potius illationem in sequentibus non conueniri, cum scripsit, Videndum ergo esse ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat, quod ante eum fortassis nemo dixerat. Ac quoniam nouum erat, ratione illa confirmat, *nam quomodo cum semel caperit nuda voluntate tolleretur?* Hæc enim omnia Pomponij verba esse non Scauolæ apparet cum ex precedentibus, tum etiam ex sequentibus. Sed superius ita verum se putare si dolus malus à te absit. Quæ Pomponij esse non Scauolæ omnes interpretes consentiunt, & legis contextus manifestè demonstrat. Quod verò Scauola ait, superius, ad supradictam sententiam pertinet quæ initio legis posita est, vt post ratihabitionem mihi non tenearis actione negotiorum gestorum, quam ita demum procedere Pomponius existimabat, si dolus malus à te absit. Scauola verò cum ait, Imò puto esse comprobem adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possum semel probatum, non reprehendit quod Pomponius primo loco ex aliorum potius quàm sua sententia scripserat post ratihabitionem non teneri te mihi actione negotiorum gestorum, sed Pomponij interpretationem reprobat, quod id eò pertinere existimabat, vt nulla actio superesset. Imò verò, inquit Scauola, actio superest, sed mihi inutilis erit, vt quanti mea interest consequi non possum, perinde ac si mea negotia bene & vtiliter gessisses, quia nihil interest an bene gesseris an malè gesta comprobauerim. Vnde fit vt nil necesse sit dicere cum Pomponio ante ratihabitionem pendere negotiorum gestorum actionem, quod ille falsa interpretatione deceptus videbatur ob eam duntaxat causam commentus, ne absurdum illud sequeretur, vt nata & competens negotiorum gestorum actio nuda ratum habentis voluntate tolleretur. Absurdum autem esse quod Pomponius putabat, post ratihabitionem siue bene & vtiliter siue malè negotia gesta sint, tolli negotiorum gestorum actionem, Scauola probat hoc argumentò quod ita fieret, vt si à

debitore meo exegisses, aut rem meam vendidisses & ego probaui, nulla mihi actio competeret ad recipiendum id quod à me haberes, itemque ex diuerso, vt si quid impendisses recipere non posses, quia certum sit his casibus mandati actionem non esse: cum mandatum nullum intercesserit. Concludendum igitur est quod Scauola concludit, etiã post ratihabitionem negotiorum gestorum actionem superesse. Multa sunt alia quæ in huius loci inter pretatione magistri nostri congerunt, de quibus quoniam sunt eiusmodi vt ad rectam quam tradidimus legis explicationem minimè pertineant, vtiliter est nihil nunc dicere, satique fecisse nos arbitrari mur si nouam, & nisi fallimur, verissimam oblectu loci sententiam assecuti simus, & vt alij facile alii qui possint præstiterimus.

CAPVT XI.

Emendatio §. qui dotale. l. cum pater. 77.

D. de legat. 2.

SUMMARI A.

- 1 Quomodo accipiendum sit illud quod per prudentium interpretationem inductum est, vt scilicet a quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui possit?
- 2 Errasse Accursium in interpretatione l. si pecunia. 77. de leg. i. quæ est de fideicommissis à debitore relicto.
- 3 Cur in specie §. pater. l. cum quis. 35. de leg. 3. hereditibus contra debitorem actio ex stipulatu datur?
- 4 An in specie d. §. qui dotale, emptor debitor fuerit?
- 5 Reijcitur Pauli Castrensis ad d. §. coniectura.
- 6 Accursij interpretatio, existimantis in specie d. §. rogatum emptorem, vt quod iusto pretio decessit, vxori restitueret.
- 7 Emendatur dictus §. qui dotale, & emendati sensus proponitur.

Celebris est & omnibus nota Diui Pij constitutio, qua inductum fuit vt à depositario primum, deinde per prudentium interpretationem à quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui possit. l. si pecunia. 77. de leg. i. l. cum quis. 35. §. pater. de leg. 3. Quod non ita accipi debet, vt aduersus heredem agere fideicommissarius possit ad consequendas quæ heredi contra debitorem competunt actiones, sed ita potius vt contra debitorem fideicommissarius ex testamento & fideicommissi nomine vtiliter experiatur. Nam & ante Diui Pij constitutionem iam obtinebat, vt si à debitore fideicommissum relicto esset, heres de suis in debitorem actionibus cedendis rogatus esse videretur. l. si seruus. 108. §. qui maritus dicitur. de legat. 1. vbi Africanus hanc siue suam siue Iuliani præceptoris sui sententiam refert, quem certissimè est Hadriani temporibus floruisse annis aliquot ante Diuū Piū, qui Hadriano in imperio successit. Illud igitur Diuū Piū addidisse & constituisse necesse est, vt non iam contra heredem sicut antea, sed contra ipsum debitorem fideicommissarius agere possit, quasi tacitè rogatus videatur heres debitum remittere debitori, vt Vlpianus scribit in d. l. si pecunia. Vnde infert, si debitor ab herede conuentatur posse eum vt exceptione doli, & hanc rem facere vtile fideicommissum. Nempe quoniam improbè & sine causa debitor fideicommissi solutionem recusaret, cum aduersus heredem doli exceptione sit tecturus. Quæ ratio facit vt neque fideicommissarius contra heredem agere, neque debitor heredi possit soluere. Quemadmodum enim si heres contra debi-

torem agat doli exceptione repellitur, & idèo nullas contra debitorem actiones cedere fideicommissum potest. dicit. l. si pecunia. Ita si debitor heredi soluatur sciens à se datum fideicommissum, non liberabitur quominus à fideicommissario vtiliter conueniri possit, quia sibi imputare debet quod ei soluerit quem doli mali exceptione potuit summouere. Atque ita in questione illa cui potius restituere depositarius debeat, heredine an fideicommissario, Paulus pro fideicommissario respondit in l. Publica. 26. D. de depositis. quam superioribus annis primo Coniecturarum nostrarum libro explicauimus. In quo adnotare primum licet errorem Accursij, qui in debitoris arbitrio, & potestate esse putat an heredi soluere velit, an fideicommissario, vt si contra heredem doli exceptione uti nolit, fideicommissum ab eo peti non possit. Nam Vlpianus in dicit. l. si pecunia longe aliter vtile fieri fideicommissum ait, non ex eo quod contra heredem debitor vtatur exceptione doli, sed quod vti possit. Siue ergo vtatur siue non, quia tamen vti potest, vtile est fideicommissum, & consequenter fideicommissario non heredi præstari debet. Nec probabilior est aliorum opinio qui fideicommissario dant optionem, an aduersus debitorem qui rogatus est agere velit, an contra heredem, qui rogatus non est, ex dicit. §. pater. l. cum quis. de legat. 3. Cur enim aduersus heredem ageret qui ad aliud teneri non potest, quàm vt suas contra debitorem actiones cedat, quas porro nullas habet, cum si agere ipse velit doli exceptione repellatur, quasi tacitè rogatus debitum remittere debitori. dicit. l. si pecunia. Neque in specie dicit. §. pater, quo mouentur, fideicommissarius agit contra heredem sed contra debitorem, idque ex fideicommissis propter supradictam Diui Pij constitutionem vt lex ait. Hereditibus verò contra debitorem actio ex stipulatu in illa specie datur, non ad consequendum id quod fideicommissario præstari testator velit, sed in id potius vt ex testatoris voluntate præstetur fideicommissum ei cui testator voluit ex iis verbis stipulationis, quæ à testatore illo interposita esse proponebatur, mihi aut cui ego volum reddantur. Verùm ei quod dicimus & verissimè esse omnes fatentur, à quocumque debitore fideicommissum vtiliter relinqui posse, obstat valde quod Papinianus respondit in l. cum pater 77. §. qui dotale. de legat. 2. Si is qui dotale prædium contra legem Iuliam vendidit, vxori legatum dederit, & emptoris fieri commiserit vt amplius ei pretium restitueret, emptorem fideicommissis teneri. Negati enim non potest, licet quidam parum subtiliter negent, emptorem fuisse in ea specie debitorem, scilicet pretij, quod nondum solutum fuisse vel ex eo maximè colligere licet, quod statim Papinianus subiicit, si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet posse eam oblato pretio doli exceptione summoueri. Nisi fortè emptorem bis pretium soluisse diuinemus: quod non solum probabile non est, sed etiam si verum esset, addendum erat actionem emptori aduersus heredem venditoris de euitatione dandam esse. l. si seruus. 21. l. si rem. 29. in princip. D. de euitat. quod tamen nec Papinianus addit, nec si addendum fuisset verissimè prætermisisset. Vt taceam quod lex ponit rogatum fuisse emptorem vt pretium restitueret. Propriè enim restitui dicitur pretium, quod nondum solutum est. l. si vero non remunerandi. 12. §. inde Papinianus 8. D. mandat. & quamuis præstari bis certa quantitas possit, bis tamen restitui, & reddi idem non potest: imò semel

restitutum, si iterum præstatur, dari videtur non reui. Illud etiam probare non possum, quod Paulus, Castrensis scripsit, non fuisse emptorem fundi dotalis debitorem testatoris, præterea quod venditio contra legis Iuliam prohibitionem facta nulla esset. l. cum vir. 42. D. de iur. iur. Nam cum quærimus an in hac specie emptor fideicommissis teneatur, de illo duntaxat quærimus, vtum ab eo mulier causa fideicommissi pretium petere possit. Quod cum facit, an non satis venditionem à marito factam confirmat & approbat? arg. l. pater. D. de legat. 3. §. 4. Cod. de pact. int. emptor. & venditio. Adhuc & Papinianus ipse satis indicat illis verbis simuliter venditionem irritam faceret. Ita innuens ratam esse venditionem si mulier velit, & si fideicommissum petat. Hoc verò si ita est, cur non emptor quasi debitor fideicommissi nomine teneatur? Quis enim eum audiat si mulier fideicommissum petenti obiciat, venditionem nullius fuisse momenti, præsertim si prædium quoque retineat? Nam vtique & rem & pretium habere non potest. lex emptor. 11. §. qui autem. D. de action. empt. Et sanè quod dicimus, prædij dotalis venditionem nullam esse, sic omnino intelligi debet si mulier velit. Nam ex voluntate mulieris alienationem valuisse ante Iustiniani constitutionem certissimum est. l. vnic. §. & cum lex. Cod. de rei vxor. action. Nec subtiliores sunt meo iudicio qui Accursium secuti comminiscuntur solum quidem esse marito pretium fundi dotalis, sed minus iustum, & rogatum emptorem vt id quod iusto pretio deesset, vxori restitueret. Nam & huic interpretationi repugnant ea quæ supra diximus, præsertim verba illa, oblato pretio, ad quæ Accursius ipse fatetur non posse responderi, nisi subintel ligas aut potius addas iusto. At neque hoc satis erit nisi iustum interpretare id duntaxat quod deest ad iustum pretium, quod tamen bene & latinè dicere nemo possit. Nec est quod quis interpretationem hanc adiuuari putet ex illis Papiniani verbis quæ fortassis Accursium tefellerunt, vt amplius ei pretium restitueret. Quis enim dicat, amplius pretium pro eo quod deest ad iustum pretium? Aut quis nesciat tamen in libris nostris quàm apud bonos latinatatis auctores idem significare amplius, quod præterea? l. vlt. §. 1. D. de dol. mal. except. l. legata in mulier. 19. de legat. 1. vt Papiniani sententia sit, maritum vxori legatum, ac præterea fideicommissum dedisse. Cum igitur illa semper dubitatio maneat, Cur emptorem pretij debitore fideicommissis non teneri Papinianus responderit, qui Diui Pij constitutionem sanè ignorauit? Cogor dicere quod ante me nemo dixit, corruptum esse Papiniani responsum, & in proposita specie emptorè fideicommissi nomine proculdubio teneri. Facile autem potest locus restitui, cum in Pandect. Florentin. etiam scriptum videam fideicommissis, non fideicommissis in illis verbis quæ vulgo sic leguntur, emptorem fideicommissis non teneri constabat. Nec improbabile fit ab imperito librario scriptum fuisse non, pro eo quod scribendum erat nomine his notis noie quibus veteres librariorum vti solitos fuisse certissimum est, vt significarent nomine, idque & nos iam alio loco supra monuimus. Eam verò Papiniani sententiam fuisse vt emptor fideicommissi nomine teneatur præter illa quæ iam dixi, ex eo etiam conicio quod ille subiicit, Si accepto legato mulier venditionem irritam facere vellet, posse eam oblato pretio doli exceptione summoueri. Nam si emptor fideicommissis non teneretur, neque ab eo pretium peti posset, haud dubiè dolo mulier non faceret, nec contra testato-

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

CAPVT XII.

Ad l. verbis. §. D. ad leg. Falcid. & ad l. si creditor. 28. de legat. 1.

SVMMARIVM.

1. Dissensio Pauli & Papiniani in questione illa, an quum utile legatum est propter commodum representationis, Falcidia ex eo commodo tantum, an ex toto legato deduci possit?
2. Differentia inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum quod diei aut conditionis duntaxat representationem habet.
3. Explicatur Papiniani sententia in d. l. §. ad leg. Falcid. & Accursij ad eam in interpretatio reijcitur.
4. Retinetur & defenditur Papiniani sententia in questione superius proposita.
5. Cur in specie dictæ l. si creditor. de leg. 1. legatum à promissore stipulari relictum etiam sine ullo representationis commodo, utile tamen sit, nec per Falcidiam minuatur?
6. Sententia & explicatio legis sin autem. 29. de leg. 1.
7. Differentia inter speciem & quantitatem à debitore creditori.

Dubitatum fuit iam olim & controuersum inter Iuriconsultos an legata purè creditori ea re, quæ debebatur in diem vel sub conditione, legatum extinguatur, si in eam causam peruenerit, à qua incipere non potuit, hoc est si viuo testatore dies vel conditio venerit. Nam Paulus in *l. debitor. 82. de legat. 2.* disertè scribit inutile effici legatum, licet ab initio constiterit: Papinianus verò cuius sententiam Iustinianus probat in §. *è contrario. Institut. de legat.* magis esse putat ut irritum non fiat, quod semel competiit in *l. verbis §. D. ad leg. Falcid.* † Ego addo quod vixdum quisquam obseruauit, in illa etiam questione eosdem iuris authores dissensisse, an cum utile est legatum propter commodum aliquod re-

presentationis, falcidia ex eo commodo tantum, an ex toto legato deduci possit. Idem namque Paulus in *l. 1. §. si creditor. D. eod.* apertè sentit falcidiam non nisi in commodo locum habere. Papinianus autem in *d. l. 1. verbis.* quamquam minus apertè, non tamen meo iudicio valde obscurè sic loquitur, ut doceat falcidiam ex toto legato deduci. † Differentiam enim hanc constituit inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum debiti, quod diei aut conditionis duntaxat representationem habet, ut illud eatenus tantum valeat, quatenus debiti modum excedit. Nam, ut ille ait, Verbis legati vel fideicommissi non necessariè hoc est frustra & inutiliter relinquitur, quod ex debiti causa præstari necesse est. Cum verò dies aut conditio legatum facit, non utilitatis, inquit, æstimatio duntaxat, sed totum petendum quod datum est. Cur non enim verbis legati vel fideicommissi utiliter totum relinquatur id cuius nulla pars alio, quam legati iure peti adhuc possit? Et que & Paulus fatetur in *d. l. debitor*, vbi contrariam aliorum quorundam opinionem non solum refert, sed etiam refellit, ea ratione quòd si inter usufructum tantum esset in legato, & fundus fortè ex die debiti legatus esset, dici non posset vtrum pecunia peti deberet, quæ non est legata, an pars aliqua fundi, quam inuenire difficile esset, ut pro commodo peteretur. Hinc porro fieri Papinianus ait ut priore casu cum debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat per legem falcidiam minuatur, & non nisi in superfluo possit fidei legatarij committi. † Cui consequens est ut posteriore casu cum dies aut conditio legatum facit, falcidia in toto legato locum habeat, ac ratione totius legati fideicommissio grauari legatarius possit. Nullam enim ex hoc quærelæ occasionem legatarius habere videtur, qui imputare sibi debet, quòd legatum agnouerit, quo repudiatio debitum pristina actione persequi & integrum consequi potuisset. Atque ita Papinianum explicandum esse arbitror, non quomodo *Accursij*, & *Accursij* secuti ferè omnes voluerunt, qui putant posteriore hoc casu de toto quidè legato falcidiam detrahi, sed ita tamen ut legati duntaxat utilitas quæ dies aut conditio remissa adfert æstimetur. Quid enim obsecro interest, an dicas falcidiam locum habere duntaxat in commodo representationis, an verò in toto legato, sed utilitate tantum æstimata? Aut quorsum Papinianus tam diligenter inquirat, an legati utilitas duntaxat an totum ex testamento petatur quod datum est, si eandem vtriusque sententiæ vim & potestatem esse existimauit. Dices fortasse, malam esse ratiocinationem si ex eo quod Papinianus ait, posse ex testamento peti totum, quod datum est, inferamus putasse eum falcidiam ex toto legato deduci. Idque euidenter apparere ex *d. l. debitor*, in qua cum Paulus admittat legatum utiliter totum peti posse, negat tamen in *d. §. si creditor*, falcidiam in eo locum habere, sed in sola legati utilitate. At respondeo, Papinianus verbis, non utilitatis æstimatio, sed totum petetur id quod datum est, non illud tantum dicere voluisse quod Paulus fatetur, utile esse totum legatum, sed etiam ex eo toto falcidiam deduci, & in solidum legatarij eiusdemque creditoris fidei committi posse, quod Paulus non admittit. Alioqui dicere meo iudicio non possis, quid sibi Papinianus velit, aut quam ob causam legatum à debitore factum, quòd representationis commodum aliquod habet, dissimile esse dicat ei quo quis creditori suo maiorem debito quantitatem legauit. Quemadmodum

dum enim dissimilia sunt legata, ita vtriusque potestatem dissimilem esse necesse est. Et qua ratione Papinianus infert in priore specie non nisi superfluum quod debiti modum excedit, per falcidiam minui & fideicommissio onerari posse, quia in eo duntaxat quod superfluum sit legatum consistat, sic eodem ratiocinandi genere consequi oportet ut cum tota res est in legato ex tota re falcidia detrahatur, & in toto legato utiliter fideicommissum relinquatur. Rursus quod sequitur apud Papinianum, etiam si viuo testatore dies venerit, aut conditio debiti extiterit, irritum tamen non fieti legatum, quod semel competiit, aliam sententiam habere non potest, quam ut in eo & falcidia locum habeat & fidei committi legatarij possit: quo tamen casu cum representationis utilitas nulla sit, falcidiam in toto legato locum habere necesse est: cuius scilicet rationem inspecto mortis tempore ineundam esse constat. *l. in quantitate. 79. D. ad leg. falcid.* † Ac quamquã Pauli sententiam non solum ab interpretibus, sed & quod magis est, ab Vlpiano probatam esse intelligimus ex *l. si deportari. 7. §. vlt. de legat. 3. l. 2. §. mulier. D. de dot. re legat.* mihi tamen si quod sentio liceat dicere, Papiniani opinio maiore & certiore rationem habere videtur. Cum enim in creditoris potestate sit, an ex contractu agere velit postquam dies aut conditio venerit, an ex testamento statim post mortem testatoris, absurdum non est nec iniquum, falcidiam eum pati in toto legato, si legatarij aut iure agere maluerit, quam creditoris. † Hæc cum ita sint, mirum videri potest, quod ex Marcello Vlpiano. Scribit in *l. si creditor. 28. §. vltim. D. de legat. 1.* Si rem quam ex stipulatu debes mihi legaueris, utile esse legatum, ut neque falcidia hoc minuatur. Præsertim cum in *l. seq.* Paulus scribat, si neque tempore, neque modo, neque conditione, neque loco debitum differatur inutile esse legatum. Etenim si secundum Pauli distinctionem Marcellum interpretemur quasi de eo debito senserit, quod vel modo, vel tempore, vel conditione, vel loco differebatur, quæ vulgaris interpretatio est, ex vtriusque legis coniunctione, ut videtur inducta, eò absurdius fiet & improbabilius quod ille dicebat falcidiam in legato locum non habere. Siue namque Pauli siue Papiniani sententiam sequere, dicendum est vel in toto legato vel faltem in utilitatis æstimatione falcidiæ locum esse. Sed & dubitationem illud auget quod pugnantia hæc videntur, utile esse legatum, neque tamen id per legem falcidiam minui. Nam cum in legatis omnibus lex falcidia inducta sit, vix est ut legatum utile dici possit quod per falcidiam non minuatur: adeò ut idem Paulus in *l. si fundus. 65. D. ad legem falcid.* non alia ratione probet utile esse legatum si fundus quinquaginta dignus alicui legatus sit sub ea conditione, si heredi quinquaginta dederit, quam quod hic legatarius falcidiam patiat. Verum explicandus est, ut arbitror, ille Marcelli locus ex Vlpiano in *l. 3. §. si rem. D. de legat. 3.* vbi scriptum est in ea specie, cum rem ex stipulatu debitam creditori debitor legauit, illud ex legato creditorem sentire commodi quod rei dominium nanciscitur statim, nec expectat ex stipulatu actionem, & litis sumptus lucratur quos sustineret si ex stipulatione litigaret. Neque tamen ob has causas fidei eius committi posse Vlpianus putat, quo exemplo neque falcidiam eum pati admittendum est: ideo fortasse, quia neque loco, neque tempore, neque modo aut conditione

plus ei legatum sit, quam ex stipulatu deberetur. Et quamuis rei dominium ex stipulatu agens statim nactus non fuisset, purè tamen res debebatur, ut proinde commodum quod ex legato percipit hereditatem nil imminuat, & ex iuris potestate potius quam ex testatoris iudicio & liberalitate proficisci videatur. Valet igitur legatum quia commodum aliquod habet, neque tamen per falcidiam minuetur, quia ex eo commodo nihil incommodi hereditatem, nec minus locupletem habet hereditatem, quam si nihil legatum fuisset. † At si non corpus sed pecunia legata sit quæ iam purè debebatur, nulla legati utilitas est, quia dominium pecuniæ nancisci legatarius non potest ante traditionem, & cum actione ei experiendum sit, nihil eius interest an ex testamento agat, an ex stipulatione. Vnde fit ut legatum inutile sit. *l. legat. 21. contra. D. de liberatione legat.* Quam ego sententiam esse arbitror, *d. l. sin autem. 29. de legat. 1.* in qua dictionem illam *debitum*, ad pecuniam numeratam duntaxat, non autem ad corpus referri existimo, quemadmodum debitor magis propriè dicitur qui pecuniam debet. *l. debitor. 108. de verb. signif.* & pecuniæ appellatio quanquam generalis est ut etiam corpora comprehendat. *l. pecunia. 178. D. eodem.* frequentius tamen ad pecuniam numeratam coarctatur, & eo sensu passim in iure nostro vsurpatur. † Illud ergo vtriusque legis coniunctione Tribonianus docere voluit, multum interesse an creditori debitor rem hoc, est, ut hic ego interpretor, speciem, an quantitatem legauerit. Priore casu utile esse legatum, licet res purè debebatur. Ita tamen ut falcidia in eo locum non habeat. Postiore verò inutile esse legatum, si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco, debitum differebatur. Quod autem ad posteriorem obiectionem pertinet, facilis responsio est. Utilia quidem esse legata omnia, quæ per legem falcidiam minuuntur, sed inde non rectè inferri, inutilia esse omnia quæ non minuuntur. Ut enim utile sit legatum, sufficit tale id esse ex quo commodum aliquod accedere possit legatario. Ut verò falcidia in eo locum habeat, illud etiam requiritur tale id esse quod hereditatis æstimationem diminuat. Ea enim duntaxat legata, quibus hereditas minus locuples efficitur, per legem falcidiam minuuntur.

CAPVT XIII.

Ad §. id quod ex substitutione. l. 1. D. ad leg. falcid.

SVMMARIA.

1. Distinctio interpretum in illa questione, an legatorum & portionum ratio separanda sit, si pluribus heredibus scriptis de lege Falcidia queratur.
2. Portione non grauata onerata portioni accedente legata augeri & integra præstari si saluum quadrante heres habeat.
3. Probatur solida legata præstari si ex vulgari substitutione pars onerata non onerata accesserit.
4. Cuius contra hanc sententiam obiectio.
5. An ante Severi & Antonini constitutionem legata ab instituto relicta à substituto tacite repetita censentur?
6. Post Diui Severi constitutionem à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommissa.
7. Investigatur Pauli sententia in d. §. id. quod.
8. Ratio dubitandi & decidendi in eod. §.
9. Ratio differentie in d. §. proposita inter ius accrescendi & substitutionem.

10. *Diversam esse speciem dicti §. id quod à specie §. sequentis.*
 11. *An Iuliani & Proculi temporibus repudiata portio accreuerit heredi sine onere legatorum.*
 12. *Explicatur §. vlt. l. pater. 29. de leg. 2.*
 13. *Explicatur & emendatur l. 9. ff. de usufr. leg.*

IN ¶ questione illa, An legatorum & portionum ratio separanda sit si pluribus heredibus scriptis de lege falcidia quaratur, vulgò ab interpretibus iactari & probari solet, distinguendum esse an onerata portio accedat, non onerata, an ex contrario ea quæ onerata non est, onerata. Priore casu legata non augeri & in ea portione quæ onerata est falcidiam induci, siue ex substitutione, siue accrescendi iure accesserit. Posteriori verò confundi legatorum & portionum rationem ut solida legata præsentur, si modò totius hereditatis quæ à testatore relicta est, quadrantem saluum heres habeat. ¶ Cuius distinctionis posterior pars verissima sanè est & plerisque iuris nostri locis comprobata. *l. 1. §. id quod ex substitutione in princ. l. qui fundum. 87. §. qui filium. versic. quod si extranei. D. ad leg. falcid.* Ratio autem aperta est, quia hoc casu coheres qui legatis grauatus est, & cui coheredis non grauati portio accedit, siue ex substitutione vulgari, siue accrescendi iure, comparandus videatur heredi qui ex parte purè, ex parte sub conditione institutus est, quem non aliter falcidia uti posse constat, quàm si ex vniuersa testatoris hereditate, quartam partem retinere non possit, ut Paulus ait in *d. §. id quod ex substitutione*, videtur etiam coheres institutus in portione coheredis sub hac conditione, si ea repudiata erit, cum inuito ei adcreseat velut appendix præcedentis institutionis. *l. si quis heres. 35. D. de acquir. hered.* Sed quod ad prioris distinctionis partem pertinet, non puto veram esse generalem illam & indistinctam interpretum traditionem. ¶ Nam si ex vulgari substitutione pars onerata non onerata accesserit, Iulianus in *d. §. qui filiam*, aperte scribit solida legata præstari, & consulos duos, semisses efficere ut circa legem falcidiam, totius assis ratio habeatur. Nec dici potest, quod pro tuenda interpretum sententia subtiliter magis quàm verè *Iacobus Cuiacius* excogitauit subintelligendam in Iuliani specie generalem repetitionem legatorum, quæ vulgò, ut ille ait, in testamentis adscribi solebat. Nam neque ex Iuliani verbis conici id potest, neque ratio vlla est, cur propter solam repetitionem legatorum quæ ab instituto relicta fuerant, ampliora legata substitutus præstet, quæ institutus detracta falcidia præstitisset. Sola enim repetitionis ratio substitutum durius adstringere non potest quàm institutum, & si aliud nihil consideres, dicam testatoris voluntatem illam fuisse ut perinde à substituto atque ab instituto legata præstarentur. ¶ Nec me mouet quod *Cuiacius* obiicit, Iuliani temporibus hoc est ante Seueri, & Antonini rescriptum De repetitione legatorum, ita ius fuisse ut partis ex vulgari substitutione acquisitæ legata coheres non deberet. Quamquam enim eo Imperatorum rescripto constitutum est, ut legata ab instituto relicta à substituto tacite repetita, ex defuncti voluntate intelligantur. *l. licet Imperator. 74. de legat. 1. l. si Titio & Manio. 61. §. 1. de leg. 2.* Ex eo tamen non rectè inferas, aliud Iuliani & cæterorum Iurisperitorum qui ante ea tempore floruerint, iudicium extitisse. Cur non enim de tacita testatoris voluntate idem iudicare & conicere poterint,

quod Imperatores? ¶ A quibus si rectè inspicias, non tam ius nouum hac parte inductum est, quàm certo iure constitutum quod antea propter obscuram testatoris voluntatem minus certum, & contentiosum esse videbatur. Alioquin fatendum erit in Iuliani & aliorum rescriptis innumeris expressam legatorum repetitionem subintelligendam esse, quod mihi probabile fieri non potest. Imò quod *Vlpianus* ait in *d. l. si Titio. §. 1.* Iuliani sententiam illam fuisse ut si alter ex legitimis heredibus, à quo fideicommissa relicta fuerant, portionem suam repudiauerit, coheres ea fideicommissa præstare non cogatur, ostendit potius in coheredibus ex testamento aliud Iulianum existimasse. Alioqui cur de legitimis heredibus locutus esset? ¶ Verum post rescriptum Seueri, à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommissa *Vlpian.* ait ad exemplum eorum qui ex testamento succedunt, quod quemadmodum hi sic illi ex tacita testatoris voluntate ad hereditatem vocentur. *l. consueuntur. 8. D. de iur. codicill.* Sed & in illa Iuliani specie de qua tractamus, nihil facere legatorum repetitionem, vel ex eo maxime colligere licet, quod apud *Paulum* qui post Seueri rescriptum scripsit, nemo negauerit tacite repetita videri legata, quæ ab instituto testator reliquerat, neque tamen idè magis coheredem eundemque substitutum ad solidorum legatorum præstationem teneri *Paulus* existimauit, si verum est quod idem *Cuiacius* & plerique interpretes sentiunt, eius loci sententiam hanc esse ut per portionem oneratam accedentem non onerata ex vulgari substitutione, legata non augeantur. Quid enim refert an expresse an tacite repetita sint, cum utroque casu eadem sit testatoris voluntas, quæ sola substitutum præstatione legatorum obligat? ¶ Verum neque *Pauli* sententiam hanc ego fuisse puto. Nam et si de vulgata substitutione loquitur cum ait id quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit proficere legatariis, illa tamen quæ sequuntur, *sed que ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur*, non de substitutione intelligenda sunt, sed de iure accrescendi, siue ponas coheredis portionem legatis grauatam adcreuisse ei cui substitutus est, & ex verbis §. colligi potest, tres in ea specie scriptos fuisse coheredes, à Primo nihil legatum sed ei duntaxat Secundum substitutum, à Secundo legatum fuisse supra dodrantem, à Tertio nihil. Si enim Primi repudiantis portio ad Secundum ex substitutione peruenerit, certum est augeri legata à Secundo relicta, & id incrementum proficere legatariis, perinde ac si Secundus in sua portione scriptus fuisset purè, & in parte Primi sub conditione. Si nauis ex Asia venisset. Sed si Secundus quoque à quo legata relicta sunt, omiserit hereditatem, hoc est tantum portionem suam ex qua scriptus, sed etiam substitutionem, atque ita ambæ portiones Tertio qui substitutus non erat adcreuerint (cui enim alij adcreuerent?) legata à Secundo relicta non augebuntur, & iis falcidiam Tertius deducet: quia idem hoc casu obseruandum sit, ac si Secundus Primo substitutus non esset, cum substitutionem repudiatio irritam fecerit. ¶ Dubitandi autem causa erat, quia cum substitutionis conditio euenisset, & in eostatu res esset ut propter substitutionem legata augetur, videbatur non posse deteriorem fieri conditionem legatariorum ex repudiatione Secundi, cuius portio cum primi portione Tertio adcreuisset.

set. Sed decidendi ratio est, quòd ante acquisitam substitutionem nihil iuris acquisitum sit legatariis, indeque fiat ut repudiante Primo, tum Secundo, Tertius vniuersam hereditatem non ex substitutione & iudicio testatoris, sed ex lege & iure adcrecendi consequatur, & idè legata non augeantur. ¶ Hæc enim differentia causa est inter ius adcrecendi & substitutionem, quòd ius adcrecendi est ex lege, ius verò substitutionis ex testatoris voluntate: quam ob causam cum iudicio defuncti facultates omnes per causam hereditariam ad aliquem ex substitutione peruenerint, æquius est legata ab eo præstari habita ratione omnium bonorum quæ testator reliquit, ut idem *Iulianus* quamquam in alia specie respondit *d. l. qui fundum. §. qui filios*. Qui existimant in toto dict. §. id quod ex substitutione, tractari de iure substitutionis non de iure adcrecendi, ea potissimum ratione mouentur, quòd in seq. §. si coheredis, tractetur aperte de iure adcrecendi, nec probabile sit eandem sententiam superfluo repetitam esse. Sed secundum interpretationem nostram dici hoc non potest. ¶ Nam in §. si coheredis, nihil de substitutione proponitur, & casus longè diuersus est, in quo scilicet queritur de portione defecta adcrecente non de repudiata, ut & ipse, *Cuiacius* interpretatur, & conicit rectè ex verbo, *vindicauero. argum. l. 5. de vulg. & pupil. substit.* In qua questione maior dubitandi ratio esse videtur, quàm si repudiata portio adcreuisset, quia cum portio defecit vel viuo testatore, vel post mortem ipsius ante apertas tabulas iam inde ab initio semisses confunduntur, & quo instanti coheres partem suam vindicat, eodem necesse est vindicare eum deficientem coheredis portionem. Vnde fit ut legata quibus in testamento defecta pars onerata fuerat, ab vniuersa hereditate relicta intelligantur, cum mortis aut aditionis tempore vnus duntaxat heres reperiatur. Quod diuersum est si vtrique coheredi delata sit hereditas & vnus repudiantis portio alteri qui suam iam agnouerat adcreuerit. Hoc enim casu dici non potest coheredem vindicare partem coheredis quæ ei inuito & ipso iure acquiritur, & cum coheres partem suam nil oneratam & integram iam habet, minus æquum est augeri legata defectæ portionis, & eam partem quam solam habere poterat integram per adcrecentem diminui, quia non præstat ea legata ex persona & ex parte coheredis à quo relicta fuerant, quique falcidiam detrahare potuisset. *l. in singulis. 77. D. eod. tit.* Et hæc fortassis ratio fuit propter quam in illa specie cum quæreretur, an confundendæ essent partes ad ponendam rationem legis falcidiæ, alia fuit *Cassij*, alia *Proculi*, & *Iuliani* sententia. Ac quamquam *Proculi* & *Iuliani* sententiam *Paulus* magis probat, mirum tamen videri non debet quòd *Antoninum* iudicasse idem *Paulus* refert commiscendas esse vtrasque partes, nec ratio est vlla quæ cogat nos addita negotiatione legere, non commiscendas, aut ut mihi aliquando probabilius videbatur, non miscendas, vnà duntaxat litera mutata. Nam in questione tam dubia & inter ipsos etiam iuris authores controuersa credibile est in vtram voles partem *Antoninum* respondisse. Cæterum tractari eo loco de casu aliquo singulari apparet ex illis verbis, in qua specie, *Iuliani* tamen, *Proculi* & *Pauli* sententia verior est. *l. quod si alter vtr. 78. D. ad legem falcidiam.* Atque ita concludere licet nihil referre an adcreuerit portio portioni ex repudiatione coheredis an alio iure. Vtroque enim

casu idem iuris est, nisi quòd portione repudiata minorem res habet difficultatem quàm cum alio iure adcrecitur. ¶ Dices cum *Cuiacius*, *Iuliani* & *Proculi* temporibus repudiata portione adcreuisse coheredi sine onere legatorum. Sed hoc iam supra refutauimus. Et §. vlt. quo mouetur *l. pater. 29. de legat. 2.* ad rem non pertinet. ¶ Quod enim eo loco *Celsus* scribit filium heredem cui adcreuit pars coheredis à quo nominatim legatum fuerat, non præstare legatum, quod iure antiquo capit, intelligendum videtur de parte coheredis facta caduca non de repudiata, ut significare videntur verba illa, *quod iure antiquo capit*. Nam lex *Papia* de caducis ius antiquum seruauerat liberis vsque ad tertium gradum. *l. vnic. §. 1. C. de caduc. tollend.* & sensus est, portionem defectam post testatoris mortem ante a pertas tabulas adcrecere cum legato filio coheredi, quia nisi id iure antiquo caperet, legatum esset caducum sicut & hereditas. Dicit etiam illud potest alia ratione *Celsi* responsum niti, nimirum quòd ab herede cuius portio defecerat, nominatim legatum relictum proponebatur. Quod autem alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri testator ita demum dari voluisse si ille heres extitisset, ut in eadem lege *Celsus* scribit. Sed ratio hæc ab aliorum Iurisperitorum opinione aliena est, cum legata ab vno ex coheredibus nominatim relicta à coherede præstanda esse *Paulus* scribat in dict. §. id quod ex substitutione, & ex aliis locis constat maxime post *Seueri* rescriptum, *l. cum pater. 77. §. cum pater. 7. de legat. 2. l. 4. C. ad Treb.* Rursus, quod idem vir doctissimus scribit portionem defectam post testamentum mortuo coherede vel post mortem testatoris ante apertas tabulas tam verere iure quàm nouis legibus *Iulia* & *Papia* adcreuisse coheredi cum onere, sicut legatum quoque quod eadem ratione deficiebat ex *d. l. pater in princ.* verum etiam non est. Nam portiones quæ post mortem testatoris ante apertas tabulas deficiebant, caducæ erant, & fisco vindicabantur, *d. l. vnic. §. cum triplici. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.* ac proinde ius adcrecendi in iis locum habere non poterat. Ea verò quæ viuo testatore deficiebant, & erant in causa caduci, quamquam ad fisco non deuoluebantur (tamen malè contra vulgò creditum sit) ut ex innumeris iuris locis probari potest. *l. cum ex filio. 39. §. vlt. de vulg. & pupil. substit. dict. l. pater. l. si ab eo. 9. de usufruct. legat. l. vltim. D. si pars heredit. per ar. l. epistolam. 75. D. ad S. C. Trebell.* remanebant tamen penes heredem aut eos à quibus relicta fuerant sine onere ut constat ex *d. l. vnic. §. pro secundo*. vbi *Iustinianus* corrigendo, ut ille ait, ius vetus constituit manere hæc apud eos omnes à quibus sunt relicta cum onere & grauamine adiuncto quaecumque illud sit, siue legati aut fideicommissi aut conditionis implendæ causa, aut quacumque alia viâ excogitatum. Neque vllus iuris veteris locus est qui hæc remanere dicat cum onere, præter dict. *l. pater in princ.* cuius tamen casum specialem esse vel ex ipsis legis verbis conici potest. Et eam fortasse rationem habet quòd concubina fideicommissum relictum fuerat cui omnimodo testator relicurus videbatur propter adfectionem personæ. arg. *l. cum alienum. 10. C. de legat. iuncta l. item legato. 49 §. pen. de legat. 1. l. Casus. 45. D. de solut. matrim.* Possit etiam quis obiicere, *l. ab eo. 9. D. de usufruct. legat.* in cuius specie heres penes quem remanet legatum usufructus fideicommissum oneratum, fideicommissum nihilomi-

nus præstat, siue legatarius legatum repudauerit, siue viuo testatore decesserit. Sed hæc postrema verba ad militis testamentum referenda videntur, cuius fauore fortassis dici potest fideicommissum deberi ab eo penes quem legatum remanet, ne militis voluntas intercitat, quæ ex nuda verborum conceptione potius quam ex iuris communis ratione estimatur. Nisi quis malit dicere, illud duntaxat Iustinianum induxisse ut is penes quem remanet legatum quasi caducum, sentiat onus adnexum non tantum fideicommissi sicut iure vetere, sed etiam aliud quodlibet puta eius quod conditionis implendæ causa relictum est, & alia huiusmodi quibus iure vetere non obstringebatur. Aut potius ea verba vel viuo testatore decesserit, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani textum addita esse propter Iustiniani nouam constitutionem, ut plerisque aliis locis factum est, quod mihi probabilis sanè videtur. Illud planè constat iure vetere iam obtinuisse ut portio coheredis in causa caduci ad crescit coheredi cum onere præsertim post Diui Seueri constitutionem. Nec de hoc casu Iustinianus loquitur. Nam portio coheredis non relinquatur à coherede, neque ad eam possunt adaptari verba illa constitutionis sancimus ea quæ euenierint simili modo manere apud eos à quibus sunt relicta. Verum de his iam satis.

CAPVT XIV.

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

SUMMARI A.

1. *Goneani distinctio ad interpretationem. l. 2. & 3. ad S. C. Trebell.*
2. *An in posteriore dicta distinctionis parte Celsus à Marcello differat?*
3. *Reuocatur dicta Goneani distinctio & emendatio ad d. l. 2. ad S. C. Trebell.*
4. *Sententia s. item Pomponius. l. 3. ff. eod. tit.*
5. *Diuersas in dictis legibus à Celso & Marcello tractari quaestiones.*
6. *Quomodo legatorum ratio ponenda sit, quum is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauit & heredis fidei commissit, ut alteri constitueret, nec de eius voluntate constat?*
7. *Cur in specie d. l. 2. Celsus integrum legatorum onus ad fideicommissarium pertinere voluerit?*
8. *Quo sensu in d. l. 2. dicatur legatorum onus ad fideicommissarium pertinere.*
9. *Quomodo facienda sit computatio, si testator legatorum onus non ad fideicommissarium sed ad heredem pertinere voluerit.*
10. *An cum deductis legatis restitui hereditatem testator iussit, legatorum onus ad heredem, an verò ad fideicommissarium pertineat?*
11. *Vera Celsi dubitatio in specie d. l. 2.*
12. *Emendantur vltima verba d. l. 2.*

Avdio et doctissimum virum Antonium Goneanum in eruditis suis prælectionibus ad S. C. Trebell. cum interpretaretur quaestionem l. 2. & 3. eius tituli, distinguere solitum fuisse, an is qui quadringenta in bonis habebat & trecenta legauit, hereditatem restitui iusserit simpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter legata præstari. Nam eum qui simpliciter hereditatem restituere rogatus sit cum onere legatorum restitutum ita ut nullam ipse oneris partem subeat ex Trebelliano siue ex Pegasiano restituat, sed falcidiam illibatam & in-

tactam habiturum, quando fideicommissum non de legatis retinebit. In proposita igitur specie fideicommissarium trecenta legatariis præstaturum quoniam ipse falcidiam inducere non possit. Eandemque præstandorum legatorum rationem esse si suspectam heres dixerit hereditatem. Quod si testator legata ad onus heredis esse voluerit, hoc est, ut ille dicebat si deductis legatis hereditatem restitui iusserit tam de legatis quam de fideicommissum heredem quartam retenturum, indeque futurum ut minus legatarij consequantur, quam si cum onere legatorum hereditas restituta esset. Atque hoc posteriore casu cum quaeritur, qua ratione legatorum & fideicommissi falcidia ponenda sit, existimabat vir doctissimus Celsus à Marcello dissensisse. Et Celsus in ea fuisse opinione ut de trecentis legatis heres septuagintaquinque retineret, de centum vero quæ in fideicommissum essent, viginti quinque. Ratione illa quod legatis trecentis, & herede rogato restituere hereditatem deductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus restituere, quod ei muneribus hereditariis perfuncto post legatorum præstationem superesset, hoc est centum ex quadringentis, quæ fideicommissarius habiturus sit si heres coactus, adierit, aut heres ipse tam ex legatis quam ex fideicommissum pro rata deducturus, si sponte hereditatem agnouerit. Marcellum verò magis fauorabilem fideicommissario rationem induxisse, ut trecentis in partes septem diuisis quatuor fideicommissarius ferat, tres legatarius, ac si per fideicommissum quadringenta relicta essent, & legata trecenta. Amplius enim fideicommissum videri parte vna, quam legatum: quare etsi suspecta hereditas diceretur, centum, quæ heres amisit, & quatuor partes trecentorum fideicommissarium habiturum, ne plus ferat legatarij ex reculatione heredis quam tulissent sponte adita hereditate. Sed quoniam distinctio hæc Celsi verbis non conuenit, qui tota lege non nisi de eo herede loquitur, quem cum onere legatorum fideicommissum restituere testator voluit, putabat vir alioquin peracutus, & summo ingenio præditus, Celsi textum corruptum esse, & in illis verbis, nam heres hoc rogatus intelligi debet ut te suo loco constituat, legendum esse addita linea integra, nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet, &c. Verum si vtriusque legis verba diligentius perpendas, neque supra dicta distinctio vera est, neque emendatio probabilis. Quamquam enim multum interest an legatorum onus ad heredem an verò ad fideicommissarium pertinere testator voluerit, ut aperte Marcellus distinguit, nihil tamen interest an simpliciter, an deductis legatis hereditatem restituere heres sit iussus. Etenim utroque casu certum est, legata esse ad onus fideicommissarij non heredis, ut vel ex eo maximè colligere licet quod Vlp. in d. l. Marcellus, postquam de eo casu tractauit quo testator ad heredis onus legata esse iussit, aliam quaestionem tanquam diuersam subicit in s. item Pomponius, et si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatus sit, utrum solida legata præstet & quartam ex solo fideicommissum detrahat, an verò & ex legatis & ex fideicommissum falcidiam deducat. In qua quaestione longe aliter responderet ex Pomponij sententia, quam in præcedenti Marcellus respondisset. Ille enim dicebat legatorum in septem diuisionem fieri debere, & ex iis legatario præstari tres duntaxat reliquis quatuor fideicommissario. Pomponius verò in ea specie quam tra-

ctat cum heres deductis legatis restituere rogatus est, dat ei quadrantem tam ex legatis, quam ex fideicommissum conficiendum, & ea trecentis quæ legata proponuntur nihil fideicommissario tribuit, sed integra legatario, exceptis tantum quinq. & septuaginta quæ necesse est penes heredem iure falcidiae remanere, & detractis etiam quinque & viginti ex centum quæ sunt in fideicommissum, integram falcidiam, hoc est centum consequatur. Hanc enim Pomponij sententiam fuisse interpretor, quæ tamen cum Marcelli opinione pugnet, si nihil interesset an fideicommissum ab herede legatis deductis relinquere, an ad onus heredis legata præstarentur. Deinde secundum Goneani interpretationem, & emendationem euenit, ut in eadem prorsus specie admittendum sit, contrarias fuisse Marcelli & Celsi opiniones, quod facile admittendum non est neque hoc neque alio villo casu, nisi cum tam aperta est dissensio & dissentienti causa ut nulla satis recta reconciliationis ratio iniri posse videatur. Quod etsi plerisque iuris nostri locis Triboniani incuria accidisse non inficior, attamen in proposita quaestione nihil clarius, & certius est, quicquid post Azonem Eguinarius Baro & alij nonnulli scripserunt, quàm diuersas à Celso & Marcello tractari quaestiones. Illud sanè verum est apud vtrumque hanc institui disputationem, Quomodo legatorum ratio ponenda sit, si is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauerit & heredis fidei commisserit ut alteri hereditatem restitueret. Sed de illo casu Marcellus tractat, quo testator ad onus heredis legata esse dixit. Celsus verò cum de testatoris voluntate non constat, quo casu præsumendum est voluisse eum onus legatorum ad fideicommissarium pertinere. Neque ratio vlla facit cur apud Celsum de utroque casu tractari comminiscamur, cum tam in principio, quàm in fine legis trecenta legatario deberi concludat, nisi cum herede sponte adente quarta ex iis deducenda est. Tum verò si quid interesset an simpliciter an deductis legatis restitui hereditatem testator voluerit, incōcinnè & parum accommodatè Celsus post illa verba, tota trecenta te Titio dare debere, rationem hanc subiunxisset, nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat. Illud enim palam est, Celsum his verbis, & aliis quæ sequuntur ratione reddere voluisse eius quod prius dixerat, fideicommissarium tota trecenta Titio legatio debere. Ratio autem recta & aperta illa est, quod heres hoc rogatus intelligi debeat ut suo loco fideicommissarium constituat, & quicquid perfunctus muneribus hereditariis, id est post legatorum donationem reliquum habiturus esset si non esset rogatus, fideicommissario restituat, hoc est centum, ac si trecenta Titio dare damnatus esset, & fideicommissario centum. Vnde fit ut si hereditatem sua sponte heres adierit, dare Titio ducta viginti quinque debeat, fideicommissario autem septuaginta quinque, ut lex ait, quoniam ita fit, ut hereditatis totius quadrantem hoc est centum pro falcidia retineat. Nec minus ratio hæc locum habebit, si simpliciter, quàm si deductis legatis hereditatem restituere iussus proponatur, cum utroque casu legatorum onus ad fideicommissarium pertineat, ut supra probauimus. Quod si quis dicat eo casu quo legata ad onus fideicommissarij esse testator voluit, heredi cum legatariis rem non esse, & ideo ex legatis quartam eum deducere non posse, sed ex solo fi-

deicommissum, respondebo, quod dicimus legatorum onus ad fideicommissarium pertinere si ita testator dixerit, non sic accipi debere quasi per manus fideicommissarij non heredis legata præstentur, sed sic potius ut quæ heres præstiterit, fideicommissum minuant, non respectu heredis qui omni casu nihil nisi quadrantem habere potest, sed legatorum quibus ampliora legata præstantur, quàm si ad onus heredis legata esse testator voluisset. Idque aperte Celsus docet, cum scribit præsumendum esse, testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui voluisse, & ex eo nimirum infert præstari legatario integram legatum. Ac si testator vniuersam hereditatem restitui iussisset, deinde à fideicommissario non ab herede legatum reliquisset. Nihil enim aliud est legatorum onus ad fideicommissarium pertinere, quàm sic falcidiae rationem iniri ab herede, ac si legata non ab eo sed à fideicommissario relicta essent. Ac cum ad heredis onus legata esse testator dixit, si quod superest in hereditate solutis legatis ad falcidiam satis sit, nihil heres ex legatis deducet, neque item ex fideicommissum cum detracta falcidia nihil sit reliqui. Sed cum falcidiae nomine centum, quæ deductis legatis super sunt retinuerit, neque aliquid super sit quod restitui possit ei cui testator totam hereditatem per vniuersalem fideicommissum restitui voluit. Cogimur dicere quod subtiliter Marcellus excogitauit, sic faciendam computationem, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta verò legata, ut in septem partes trecenta diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres legatarius. Nam aliter constituto iure fieret ut nihil fideicommissarius haberet: idque contra testatoris voluntatem, quæ illa fuit ut parte vna plus haberet fideicommissarius quàm legatarij. Neque hoc casu ex legatis falcidiae pars deduci potest, & ex fideicommissum suppleri ut contingit si deductis legatis hereditatem restituere hoc rogatus sit: quoniam ad heredis onus testator legata esse voluit, nec legatariis priusquam fideicommissario satisfieri, ut eò amplius fideicommissarius consequeretur, quod non eueniret si tam ex legatis quàm ex fideicommissum falcidia deduceretur. At cum deductis legatis restitui hereditatem testator iussit, quamquam vniuersalem fideicommissum est non particulare. l. cogi. 16. §. inde queritur. D. ad S. C. Trebell. Quia tamen prius satisfieri legatariis quàm fideicommissario testator voluit, fieri contra voluntatem, si ex ea summa quæ legata est aliquid fideicommissario tribueretur. Imò integra præstanda est legatariis, detracta duntaxat per heredem falcidia, qui quoniam totius hereditatis quadrantem habere debet, id quod deest ex fideicommissum deducit. d. l. Marcellus. §. item Pomponius. Hoc enim casu fideicommissarium non heredem legatis oneratum esse scriptum est in d. §. item queritur, & in l. 1. §. si is qui quadringenta. 17. D. eodem. Ex quo Goneani sententia apertissime refellitur, non solum in eo quod nihil referre putat an deductis legatis hereditatem restitui testator iusserit, an ad heredis onus legata esse voluerit: Sed in illo etiam quod ait falcidiae rationem ineundam esse secundum Marcelli computationem, si deductis legatis restituere hereditatem heres rogatus sit. Illud quoque vir doctissimus animaduertere debuerat, non de illo præcipue Celsus dubitare quomodo falcidiae ratio ponenda sit, siue simpliciter, siue deductis legatis restituenda sit hereditas, sed potius quantum in illa specie legata-

rio præstare fideicommissarius deberet. Proponebatur enim heredem coactum adisse, qui si sponte adisset, ex trecentis septuaginta quinque deducere potuisset. Videbatur autem fideicommissarium cuius lucro heredis recusatio cessisset, non nisi ducenta viginti quinque Titio præstare debere. Quomodo Marcellus aperte diffinit in ea specie quam tractat, cum ait, iniquissimum esse plus ferre legatarium ideò quia suspecta dicta est hereditas, quam tulisset si sponte adisset hereditatem. Ac sanè ita est si ad heredis onus legata esse testator voluerit. Sed si cum onere legatorum fideicommissum restitui iusserit, qui casus est de quo Celsus disputat, non idem dici potest, quia cum in ea specie vi ipsa non tam hereditas restituatur, quam id quod ex hereditate superest, ut Vlpianus scribit in *dict. §. inde queritur*. potior est legatariorum quam fideicommissarij causa, neque testatoris voluntas patitur ut falcidiam quam heres sponte ad eundem deducere potuisset, fideicommissarius retineat, quoniã non nisi id quod deductis trecentis superesset, hoc est centum restitui voluit. Hinc verò manifestè sequitur plus legatio deberi, cum heres suspectam hereditatem dixit & adire coactus est, quam si iniussu Prætoris & sponte adita hereditas fuisset. Illo enim casu trecenta integra consequitur, hoc verò non nisi ducenta & viginti quinque, ut Celsus ait. Ergo tollenda negatio est in postremis illis verbis, non ergo plus Titio debetur, quam si iniussu Prætoris adita hereditas foret, ne illatio prorsus falsa sit & præcedentibus ex diametro repugnet. Nisi quis probabilius putet pro non legendum esse *nunc*, hoc est, in casu proposito cum ut diximus, heres suspectam hereditatem iussu Prætoris adisse proponeretur. Vt cunque verò sit, facile potuit error nasci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortasse ex eo quod in *l. seq.* Marcellus scripsit, iniquum esse plus vno casu ferre legatarium quam altero. Verum aliam Celsi aliam Marcelli quæstionem esse ostendimus: & sicut casuum diuersitas diligenter discernenda est, ita quæ ad eos casus accommodari possunt rationes distinguenda sunt, quemadmodum à nobis hoc capite non insubtiliter factum fuisse existimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

CAPVT XV.

Emendatio §. vlt. l. i. D. de leg. 3.

SVM MARIA.

- 1 An inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare debeat, vel non?
- 2 An Seueri & Antonini constitutio, qua legata ab instituto relictæ à substituto repetita videntur, ad intestati quoque causam pertineat?
- 3 Differentia inter ius accrescendi, & substitutionem.
- 4 Codicillis ab intestato factis, & relictis fideicommissis, quemlibet intestati successorem fideicommissa debere.
- 5 Explicantur & emendantur vltima verba d. §. vlt. l. i. de leg. 3.

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

uenturum est, siue iis aliquid detur, siue quod adimi poterat non adimatur, nec tantum proximi bonorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committi posse. Aded vt eius etiam qui nondum natus est fidei committi possit, si modò talis sit qui cum nascetur, sit successurus. Cui consequens est vt in alio casu cum à primo gradu fideicommissum relictum est, & ad sequentem deuoluta successio, fideicommissum deberi, Vlpianus responderit. Quod & verba illa significare videntur, *Illud certè indubitate dicitur*. Sic enim iuris authores loqui solent cum à casu magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus subiicit, & ita Imperator noster rescripsit. Nullum siquidè extat rescriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores suos dicit, quo tale aliquid cautum reperias vt inferioris gradus agnatus fideicommissum à primo gradu relictum præstare non debeat. Quin ex contrario idem Vlpianus refert in *l. licet Imperator. 74. de legat. 1.* Imperatorem Antoninum cum patre Seuero rescripsisse, voluntate testatoris repetita videri à substituto, quæ ab instituto fuerunt relictæ siue legata sint siue fideicommissa. Quæ constitutio licet ad causam testati maxime pertinet, quoniam ab intestato neque instituto neque substitutio vlla esse potest, tamen per prudentum interpretationem ad causam quoque intestati tracta est, vt idem quoque Vlpianus scribit in *l. si Titio. 61. §. Iulianus. de legat. 2.* vbi ait non posse post illud Imperatoris Seueri rescriptum admitti, & defendi quod Iulianus scripserat, si alter ex legitimis heredibus portionem repudiasset, cum essent ab eo fideicommissa relictæ, coheredem eius non esse cogendum præstare fideicommissum, & ad eum portionem sine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommissa ab intestato relictæ à substituto debent, ita & coheredem quasi substitutum cum suo onere consequi ad crescentem portionem. Quod si ea Seueri & Antonini constitutio quæ de substituto loquitur, ad coheredem legitimum quæ de substituto protrahitur, an non maior ratio faciat vt ad eum qui in secundo gradu ab intestato succedit, quam ad legitimum coheredem extendatur? Cum enim substitutio nihil aliud sit quam secunda institutio, vt interpretes nostri post *Accursium* diffiniunt, hoc est, vt Caius in Institutionibus dixit, secundi heredis institutio, an non in successione intestati relictus substitutus dicitur, an saltem substituto comparabitur is ad quem secundo gradu successio deuoluitur, quam coheres legitimus, qui nec si testamentarius esset, substitutus verè dici possit? Longè enim diuersa causa est iuris accrescendi, & substitutionis. *l. si ex pluribus. 9. D. de suis & legit.* & coheredi inuito, ac præter testatoris voluntatè, deficiens portio ad crescit, quæ substituto non nisi volèti & ex testatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommissum quod à primo gradu relictum est, ab inferiori, si ad eum deuoluta successio sit, præstari debet, idque ex Seueri rescripto & prudentum interpretatione adeoq. ex tacita defuncti voluntate, quam præsumèdum est talè fuisse, vt non amplior hereditas ad inferioris gradus agnatos quàm ad proximos perueniret, arg. *l. Publius. 36. §. Titia codicillis. D. de cond. & demonstr.* Id verò accideret, si fideicommissum à primo gradu relictum à sequenti tacitè repetitum non intelligeretur. Neq. sanè dissimilitudinis ratio vlla probabilis reddi potest cur fideicommissa ab instituto relictæ à substituto debeantur, ea verò quæ à proximo agnato data sunt, si sequenti

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

CAPVT XVI.

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

SVM MARIA.

- 1 Abundare negationem in §. generaliter. d. l. qui bona,
- 2 Emendatur §. si quis duobus. d. l. qui bona, & à triplici mendo repurgatur.
- 3 An seruus alienus, vel liber homo quem bona fide emero tandiu ex re mea vel ex operis suis mihi acquirat, quandiu à me euictus non fuerit, licet alienum vel liberum esse scire cæpero.
- 4 Distinguedum esse in dicta quæstione inter hominem liberum & alienum seruum.
- 5 Tolluntur verba irreptitia e. d. §. tandiu.

PREclare & ingeniosè Iacobus Cuiacius obseruationem libris annotauit deprauatissimam esse textum *l. qui bona fide. 23. in §. generaliter. & §. si quis duobus. D. de acquirend. rer. dom.* & quomodo emendandus sit explicauit. Nihil enim certius ac verius dici potest, quàm quod ille scribit in §. generaliter, illis verbis, quod autè ex re eius sibi acquirere non potest, negatione abundare, eaque sublata legendum esse quod autè ex re eius. Nullo siquidè iuris loco scriptum reperias, acquiri quicquam

bonæ fidei possessori per liberum hominè, nisi quod vel ex re possessoris vel ex hominis liberi operis acquiratur. Atque ita sine negatione scriptum vidi in veteri codice quo Taurini per aliquot annos usus sum, cuius authoritas cum iuris ratione coniuncta fecit vt ab eo tempore de viri doctissimi coniectura quæ semper probauerat, nihil amplius dubitandum putauerim. Quod etiam idem vir doctissimus docuit in §. *si quis duobus*. erratum esse in illis verbis, aut si liber sit, ei qui fide bona seruiat, & legendum potius, aut si liber sit sibi an verò ei debeat, &c. eiuſdem codicis authoritate confirmatur, in quo sic legitur aut si liber sit, sibi vel ei cui bona fide seruit. Sed omnino delenda sunt verba illa vel ei cui bona fide seruit. cum in Pand. Florent. lineis incerclusa sint, quomodo cætera quæ germano textui ab interpretibus addita esse existimantur, & apertius est, ex iis præcedentibus vrru parte ei cui bona fide seruit. Siue enim seruus, siue liber homo sit, qui bona fide possideatur, à duobus, & ex alterutrius re acquisit, quæstio est an totum acquisuerit ei ex cuius re est, & à quo bona fide possideatur, an partem duntaxat, & alteram partem domino si seruus sit, aut sibi ipsi, si liber homo. Iis verò verbis subtilis poterit recepta lectio defendi, si admittamus Vlpianum eo loco, aut si liber sit, et, contra Grammaticorum regulas dixisse ei pro sibi, quemadmodum & paulò ante in §. generaliter. dixerat contrario errore quod ex re sua pro eo quod dicere debuerat quod ex re eius cui bona fide quis seruit. vt verba ipsa textus explicant: quem satis frequentem esse Iurisconsultorum nostrorum errorem Laurentius Valla Grammaticus cum Pandectas reprehendens potius quam discendi studio legeret, sapius obseruauit, & nos non negamus. Tertium ac longè periculosius mendum est in illis verbis, rationem facere vt ei duntaxat in solidum acquirat, in quibus rectissimè & verissimè idem Cuiacius monuit legendum partem pro eo quod scriptum est in solidum. Eam enim Scauola sententiam fuisse quam Vlpianus refert ex lib. 2. quæstionum, vt in proposita quæstione, seruus, vel liber homo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re stipulatur, idem Vlpianus apertissimè scribit in *l. sed & si quid. 25. §. si duos. D. de usufru.* Idque aded certum, & verum est, vt nihil vnquam verius aut elegantius à viro doctissimo obseruatum fuisse videatur. Sed illud etiam obseruandum erat quod nondum ab eo obseruatum miror, non minus corruptum esse textum in §. tandiu. d. l. qui bona, vbi Vlpianus primum monet tandiu acquirere seruum vel liberum hominem, quamdiu bona fide seruit. Tum querit, Si possessor cæperit scire eum esse alienum vel liberum, an ei acquirat is qui bona fide possidet, hoc est vtrū possessionis initium spectandum sit an singula momenta? Respondet autem magis esse vt singula momenta spectemus. At videamus ne verius sit seruum alienum quem bona fide emero, tandiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquirere, quamdiu à me euictus non fuerit, licet ante euictionem alienum eum esse scire cæpero, vt disertè scriptum est in *l. qui scit. 25. §. vlt. D. de usufr.* nec Accursius ipse negat. Non igitur singula momenta spectanda sunt, sed initium possessionis, vsque ad euictionis momentum. Idque ipsa etiã iuris ratio ostendit. Quod enim is qui bona fide seruit sibi acquirere non potest ex re possessoris, id necessario acquirat ei cui bona fide seruit, vt Vlpianus ait. Sanè in libero homine qui bona fide seruit, aliud iuris constituendum videtur, & singula potius momenta spectanda esse, quia cum sit acquisitionis ca-

pax, nihil est quod cogat nos dicere acquiri per eum possessori, quod sibi ipse possit acquirere. Vnde fit ut ad propositam illam quaestionem, An possessionis initium spectandum sit an singula momenta, simpliciter, & indistinctè responderi non possit. Neque igitur indistinctè Vlpianum respondisse existimandum est. Et longè verisimile videtur Vlpianum scripsisse quomodo in eo veteri codice scriptum legi, *questio in eo est utrum initium spectemus, an singula momenta. Et generaliter dicendum est, & c. ut iis verbis & generaliter, quæ vulgus interpretum à superioribus distinguit, quasi alius sit. §. Vlpianus ad propositam quaestionem subtiliter & cum distinctione respondeat. Sensus autem distinctionis hic est, Non solum cum de superueniente possessore mala fide quaeritur, sed generaliter in aliis omnibus quaestionibus quæ de seruo alieno aut homine libero ex re possessoris acquirente possunt emergere, distinguendum esse an quod ex re possessoris acquirat, acquirere possit ei cui bona fide seruit, an non possit. Ut quod possessori acquirere non potest acquirat sibi, quod verò sibi acquirere non potest acquirat possessori. Hinc igitur fieri, ut per seruum alienum qui bona fide seruit acquiratur possessori, licet possessor seruum alienum esse sciat, quia tibi seruus acquirere non possit, & equius sit acquirere eum possessori cui vult acquirere & ex re eius quam verò domino de quo non cogitavit. Per liberum verò hominem non acquiratur possessori, quia sibi ipse acquirere potest, nec decipi debet à possessore qui liberum eum esse non ignorat, quique liberum hominem sciens possidere non potest. *l. quaesitum. 40. D. de acquir. rer. dom. Eandem ratio facit ut si liber homo quem bona fide possideo, Stichum qui meus est ex re mea stipuletur, sibi pertineat ut Paulus respondit in l. liber. homo. 20. D. de stipul. seruo. Nempe quia mihi acquirere non possit id quod iam meum est, sibi verò acquirere possit. † Cum verò distinctionem hanc imperitus aliquis interpret non intelligeret, & ad propositam quaestionem nihil ab Vlpiano responsum esse crederet, adiecit fortasse verba illa quæ tollimus, *Et magis est ut singula momenta spectemus.* Idque eò probabilius credendum est, quòd tribus aliis locis deprauatum fuisse huius legis textum supra diximus, nec iam ferè est qui dissentiat. Quamquam quid errori causam dederit, non puto curiosius inquirendum cum de Vlpiani sententia, & iuris ratione mihi planè liqueat.**

CAPVT XVII.

De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, & emendatio l. fructus. 45. D. de vsur.

SVMARIA.

- 1 Quos fructus suos faciat bonæ fidei possessor, quosque domino rem suam emittenti restituat?
- 2 Pauli & Caij à Pomponio in hac quaestione dissentio.
- 3 Fructus tam naturales quam industriales sola perceptione bonæ fidei possessori acquiri, contra vulgarem Interpretum distinctionem ostenditur.
- 4 An fructus tam naturales quam industriales verò domino ante consumptionem vindicanti à bonæ fidei possessore restitui debeant?
- 5 Constituitur differentia inter fructus acquirere, & fructus lucrari.
- 6 Fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore non restitui.
- 7 Reijciuntur Goueani opinio existimantis fructus naturales

- sola consumptione bonæ fidei possessoris fieri.*
- 8 Emendatur Pomponij textus in l. fructus. ff. de vsur.
 - 9 An maritus qui rem sibi ab uxore donatam retinet bona fidei an mala fidei possessor sit?
 - 10 Cur in d. l. fructus maritus fructus naturales ex re sibi donata suos non faciat?
 - 11 Ratio propter quam in d. l. fructus maritus licet mala fidei possessor fructus industriales suos faciat.
 - 12 Cur fructus naturales ex re ab uxore donata percepti mariti non fiant?
 - 13 Cur maritus, cum sit mala fidei possessor fructus industriales ex re contra legem sibi donata perceptos consumptos non restituat?
 - 14 Differentia inter fructus naturales quibus cura imputatur, & eos qui sine cultura & cura percipiuntur.
 - 15 Dictam differentiam Pomponij verbis non emendari minimè conuenire.
 - 16 An bona fidei possessor fructus perceptos vsurari possit?

Illustris hæc quaestio est, ac tam in scholis quam in foro persæpe agitata, Quos fructus faciat bona fidei possessor, quosve omnino rem suam emittenti restituat. Nam sicut non est ex interpretibus qui de ea re dispositionem non instituerit, ita vix reperias ex omnibus qui idem sentiant: at alij aliter distinguunt, nec quid in tam dubia quaestione sentiendum & concludendum sit quisquam adhuc rectè quantum existimo explicauit. Dubitationis causam interpretibus illud dedit, quod in libris nostris pugnantibus & omnino discrepantibus Iurisperitorum opinionibus legimus, quarum conciliandarum ratio nulla satis recta, aut probabilis excogitari rectè posse videatur. † Primum enim extat Pauli sententia in l. bonæ fidei. 48. D. de acquir. rer. dom. bonæ fidei possessore haud dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere non tantum eos qui diligentia & opera eius prouenerint, sed omnes, quia quod ad fructus attinet penè domini loco sit, adeò ut eos tamen nondum perceptos statim vbi à solo separati sunt, sibi acquirat. Cui conuenit quod Caius scribit in l. pecudum. 28. D. de vsur. fructum pecudum sicut lac, pilum, lanam, & fœtum veluti agnos, hædos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris quemadmodum & fructuarij. At idem Paulus in l. 4. §. lana. D. de vsur. lanam quidem ouium furtiuarum si apud bonæ fidei possessorem detenta est statim eius fieri ait, quoniam in fructu est. Idemque de agnis dicendum esse. Sed adiecit, *si consumpti sint.* Ita inapè, non sola perceptione sed consumptione duntaxat fructus naturales bonæ fidei possessori acquiri. Quod & aliis plerisque iuris locis scriptum videtur, ut in l. 4. §. post litem. D. fin. regund. §. si verò Insti. de offic. iudic. l. certum. 22. C. de rei vindic. Pomponius verò in l. fructus. 45. D. de vsur. aperte sic loquitur, ut fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet, quia non ex facto eius nascatur: quod ab aliorum omnium sententia & præcipue Pauli in d. l. bonæ fidei, omnino alienum est. Nolo in singulis interpretum veterum & recentiorum opinionibus recensendis ac refutandis esse longior, sed quid ego dicendum putem quam breuissimè & perspicue facere poterò, hoc capite explicabo. Illud in primis statuo, dici non posse quod quidam putauerunt, iuris authores in quaestione sua dissentisse. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuisse dubitandum non est, idque Paulus ostendit. Satis in d. l. bonæ fidei, in illis verbis, non dubiè, id est iure certo

to & minimè controuerso. † Deinde quæ omnes hætenus interpretes differentiam constituerunt inter naturales fructus & eos quos industriales vocant, non puto constituendam esse. Obstat. n. quod Paulus ait in d. l. bonæ fidei. emptorem bonæ fidei percipiendo fructus suos facere non solum industriales, sed omnes, hoc est etiam naturales: Nam qui eam particulam omnes coarctant ad industriales qui alterius quam bonæ fidei possessoris opera & diligentia prouenerunt, aperte Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille senserit, de quibus præcipue tractandum erit, in incerto relictum volunt. Quamquam in d. §. lana, idè Paulus de fructibus naturalibus disputans scribit vsucapi eos non debere, quia statim hant bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Nec dissimile est quod in d. l. in pecudum. ex Cajo proponitur, nisi quod de consumptione nihil ille commemorat. Puto igitur tam naturales quam industriales fructus fieri bonæ fidei possessoris sola perceptione, nec ad eorum acquisitionem necesse esse ut consumpti sint, sed statim atque percepti atque adeò à solo separati sint, pleno iure dominium acquiri bonæ fidei possessori, adeò ut si posteaquam à solo separati sunt ab alio percipiantur, & possideantur, vindicare eos bonæ fidei possessor possit, tanquam suos. † Sed si ante consumptionem verus dominus rem suam vindicet, non dubito quin siue industriales fructus, siue naturales sint officio iudicis restitui debeant. Idque probo ex d. l. certum. 22. C. de rei vindic. quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei possessore restitui debere. Ex d. l. 4. §. post litem. fin. regund. vbi scriptum est bonæ fidei possessorem ita demum lucrari fructus si eos cõsumpserit: itemque ex §. si verò 2. Insti. de offic. iudic. in quo traditur, Si bonæ fidei possessor fuerit à quo hereditas aut res aliqua euicta est, officium iudicis in condemnando tale esse debere ut non habeat rationem consumptorum fructuum, neque non præceptorum, ut intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti, nec consumpti sunt, in restitutionem venire. Cum igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum sit, sine vlla naturalium & industrialium distinctione, non existimo audiendos esse nostros interpretes qui sine lege & ratione distinctionem hanc introduxerunt. Sed omnium elegantissimus & accommodatissimus textus est, quo probari possit industriales quoque si consumpti non sint domino restitui debere, apud Iustinianum in §. si quis à non domino. de rer. diuis. & acquir. ipsar. domin. vbi ille ait, si quis à non domino quem dominum esse credebat, fundum bona fide emerit, aliave qualibet iusta causa æque bona fide acceperit, naturali ratione fructus quos perceperit eius esse pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tam industrialibus quam naturalibus perspicuum est: nam ad naturales cura, ad industriales cultura pertinet. d. l. bonæ fidei. & l. fructus 7. §. non solum. D. solut. marimon. Tum subiicit & ideo si postea dominus superuenierit & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ergo de non consumptis agere poterit, & quod prius dictum est eos bonæ fidei possessoris factos esse, ita intelligi debet quomodo supra explicauimus, ut tamen quodcumque euicta re restituenti sint nisi ante euictionem consumantur, l. quaesitum. 40. ad fin. D. de acquir. rer. dom. Quod & Paulus ipse non obscure innuit in d. l. in bonæ fidei, in illis verbis, suos interim facit. ne quis crederet sola perceptione sic eos fieri bonæ fidei possessoris ut nunquam postea sint restituendi. † Ac sanè

si diligentius inspicias, longè diuersa hæc sunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonæ fidei possessor fructus omnes acquirat sola perceptione, atque adeò antequam eos percipiat, si quoquo modo à solo separati fuerint. l. qui sci. 25. §. 2. D. de vsur. sed eos lucratur sola consumptione. d. §. post litem. l. 4. fin. regund. In eamque rem textus est perelegans in l. si eius fundi. 78. D. de rei vindic. quam de bonæ fidei possessore loqui certissimum est, ut rectè Cuiacius in Observationibus docuit, Græcorum interpretum auctoritatem secutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonæ fidei possessor in fundo alieno suo nomine perceperit, licet nondum coegerit ipsius factos esse, & idè verò domino secundum quem iudicatum est restituendos esse. De illis enim lex loquitur qui nondum consumpti erant, ac nec perfecte quidem collecti, item, quod summopere notandum est, de fructibus industrialibus, & qui opera & diligentia hominis proueniunt, hoc est de vino & oleo: & tamen restituendos esse Paulus ait, quod nondum consumpti essent, & rectè dominum intendere possessorem eos dare oportere, id est eorum dominum restituere, quod sanè intendere non possit si ante consumptionem & sola perceptione possessoris facti non essent. Tunc enim verè esset quod Labeo dicebat, nihil possessorem fructuum nomine dare oportere, nihilque prohiberet, quominus eos propria auctoritate cogere & colligere dominus possit, quod tamen Paulus negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex debet. Errarunt certe turpiter, qui scripserunt ea Pauli verba in d. l. bonæ fidei. suos interim facit. sic esse accipienda, ut bonæ fidei possessor naturales fructus suos faciat quandiu duntaxat res euicta non erit, ex d. l. qui sci. §. vltim. de vsur. Re autem euicta eos licet consumptos restituere teneatur. Nusquam enim scriptum est fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore restitui. Imò non restitui nisi extantes, aperte scriptum est supradictis locis. Et verò secundum hanc interpretationem non aliter de industrialibus quam de naturalibus iudicandum esset. De omnibus enim Paulus loquitur, cum fructus bonæ fidei possessoris interim fieri ait. Neque quod ab iis adducitur ex d. §. vlt. l. qui sci. ad re quicquam facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bonæ fidei emptorem quod ad percipiendos fructus intelligi debere quandiu fundus euictus non fuerit, & de industrialibus loquitur, nec de consumptis, sed de percipiendis. † Neque minus improbabile est, quamuis subtilius videatur, quòd Goueanus variat. Lection. libris scripsit fructus naturales sola perceptione non fieri bonæ fidei possessoris, idque Pomponium significare in d. l. fructus, de vsur. fieri tamen consumptione ex d. §. lana. Repugnant enim d. l. bonæ fidei, & l. pecudum, quæ sic sola perceptione, non etiam de consumptione loquuntur. Et in d. §. lana. non requiritur consumptio ad acquisitionem, ut constat ex illis verbis, Sed statim emptoris fit, sed ut ne eos fructus bonæ fidei emptor restituere teneatur domino quodcumque rem suam vindicanti. Quemadmodum enim si vsucapti essent petere eos dominus non possit, ita nec si fuerint consumpti. Cæterum ante consumptionem erunt nihilominus bonæ fidei possessoris, ita tamen ut nisi ante euictionem vel consumpti vel vsucapti sint, domino restituantur. Denique manifestum est Pomponium in d. l. fructus, aliud iuris constituisse in iis fructibus, qui non facto hominis nascuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei possessoris opera & diligentia pro-

uenerunt. At iam supra diximus, tam industriales quam naturales non usque adeo fieri eius a quo bona fide percepti sunt, quin si extant euctionis tempore restituendi sint. Alia igitur ad Pomponium interpretatio querenda est, quae industrialium & naturalium fructuum differentiam aliquam constituat, aut potius cum idem ius in omnibus constitutum sit, ut supra diximus, videndum est quid Pomponius senserit aut scripserit. Solus enim ille iuris locus est qui interpretes omnes praecipites egit, ut fructus naturales ab industrialibus contra iuris rationem ceterisque omnes leges distinxerint. † Existimabam aliquando, & adhuc puto, non improbabiler dici posse corruptum esse Pomponij textum in illis verbis, *sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris*. & legendum sublata negatione *sicuti cuiuslibet bonae fidei possessoris*. Nam praeter ea quae ex iuris ratione & aliis legibus supra diximus, me illud etiam valde mouet quod Pomponius eo loco disputat de fructibus quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et ait, maritum fructus percipiendo illostantum suos facere quos suis operis veluti serendo adquisierit, & ideo si pomum excerpserit vel ex sylua ceciderit, ei non acquiri, quia non ex facto eius is fructus nascatur. Cur ergo verba illa adiecisset, *sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris*. † Quasi vero maritus bonae fidei possessor sit, quem tamen ex contrario certum est non solum malae fidei possessori potius comparandum, sed & ipsum malae fidei possessorem esse, cum rem sibi ab vxore donatam alienam esse sciat, ut Vlpianus ait in *l. si vxor filio*. 19. *D. de donat. int. vir. & vxor.* ubi propter hanc causam in ea specie qua tractat Iulianum respondisse refert non esse marito concedendum quod bonae fidei possessoribus conceditur, ut per seruum donatum acquiri ei ex re eius possit, quod & scriptum est in *l. de fructibus*. 17. in fine. *D. eo. l. per seruum donatum*. 57. *D. de acquir. rer. dom.* Aded autem verum est maritum bonae fidei possessorem non esse, ut etiam dubitatum sit an qualisqualis possessor esse existimetur *l. si vir vxori*. *D. de acquir. posses.* Sed quoniam possessio magis facti quam iuris est, & res facti infirmari iure civili non potest, ut lex ait, praenauit sententia existimantium possessorem eum esse, sed malae fidei, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur. *l. quia quod 6. de don. int. vir. & vxor.* Ad bonam vero fidem requiritur iustus titulus, & iustus error. *d. si quis a non domino. Instit. de rer. diuis.* Error inquam, facti non iuris. Si enim maritus putet se iuste possidere eam rem quae ab vxore donata est, errat in iure, non in facto, & cum error sit iniustus, nihil ei prodesse debet, praesertim de lucro certanti *l. 4. l. 7. l. regula. 9. D. de iur. & fact. agn. l. quamuis. 11. Cod. eod.* † Maritum ergo malae fidei possessorem esse recte dicimus, ut mirum videri non debeat si quos ex re sibi donata fructus percipit, suos non faciat, nisi quos operis suis adquisierit. Nec erat cur Pomponius in hanc rem bonae fidei possessoris exemplum adduceret, cum de malae fidei possessore loqueretur. Ac se recte eleganter erit sententia, si Pomponium ita se ripisse dicamus, *sicuti cuiuslibet bonae fidei possessoris*. Ita enim scribendum erat, ut dilueret objectionem quae de bonae fidei possessore fieri poterat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum est in *l. si vxor filio*. Coniecturam illud etiam iquat, quod quae a Pomponio ratio affertur, *quia non ex facto eius is fructus nascitur*, in bonae fidei possessore locum habere non potest. Alioqui dicendum erit,

ex Pomponij sententia, sicut marito ita bonae fidei possessori non alios fructus acquiri quam quos ipse operis suis veluti serendo adquisierit, quod aperte falsum est. Omnes enim etiam ab alio factos suos facit. *d. l. bonae fidei. & d. l. qui scit. 25. §. 1. D. de usur.* & non minus ex serui quem bona fide possidet quam ex suis operis adquisit. *l. qui bona. 23. l. questum. 40. de acquir. rer. dom.* Nisi forte quis admittat & hac parte Pomponium a ceteris Iurecōsultis dissensisse: quod ego probabile non puto, praesertim cum de his fructibus ab alio factis, quoniam naturales non sunt, nemo haec dubitauerit. † Sed priusquam ad cetera quae ad propositam quaestionis conclusionem spectant accedamus, illud ad Pomponij legem pertinet, & scitu dignissimum est, cur maritus quem malae fidei possessorem esse diximus, fructus faciat suos quos operis sui veluti serendo adquisierit. Cum certissimi iuris sit eum qui malae fidei possessor sit fructus nullos suos facere, sed omnes restituere teneri tam naturales quam industriales tam perceptos quam non perceptos, qui tamen honeste percipi potuerunt, ac tam extantes quam consumptos, omnes denique ut scriptum est in *d. l. verum. 1. 3. C. de condict. ex lege.* & supradictis ferè omnibus aliisque innumeris locis. Verum responderi eleganter potest, meliorem esse mariti quam ceterorum malae fidei possessorem, quos praedones dicimus, conditionem, quod is rem sibi ab vxore donatam possidet non contra vxoris voluntatem, sed contra legem quae tamen donationem haecenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat. *l. si sponsus. 5. §. cum igitur. l. sed & si. 25. l. sed si vir. 31. §. quod legaturus. D. de dona. int. vir. & vxor.* Hinc vero fit ut si maritus ex rei donatae vturis vel fructibus opera sua perceptis locupletior factus sit, donatio valeat neque hac parte malae fidei possessor dici possit, quia non ideo pauperior mulier facta sit quod eas vturas fructusque maritus perceperit. Non enim tam ex re donata quam ex opera & industria sua percepisse existimandus est, cum fieri poterat ut etiam non facta donatione eos fructus easque vturas mulier parua fortassis aut nullius industriae nunquam percepisset. Idque est quod Iulianus dicebat, & Vlpianus refert in *l. ex annuo. 15. §. si maritus. & d. l. de fructibus. 17. D. eo.* fructus & vturas licitam habere donationem. Non quod vxor marito donare possit vturas quas iam forte stipulata sit, aut fructus quos perceperit, aut percipere possit, sed quod re aliqua ab vxore contra bonos mores marito donata, donatio valeat quod ad vturas attinet, fructusque ex ea re donata perceptos fructus inquam vturis similes, hoc est, qui donatarij industria & opera non rei ipsius donatae natura & sua sponte prouenerunt, ut Pomponius interpretatur in *d. l. fructus*. † Nam si de naturalibus fructibus quaeratur, ea ratio quae rei donationem impedit, in fructibus quoque locum habet, nec magis pauper fit mulier in ea re quam donat, quam in fructibus, quos ei vel ignorant, & nihil curanti, natura ipsa dedisset. Ergo si in fundo donato alius seuerit, fructus ad maritum non pertinebunt, quoniam eo pauperior facta vxor videretur, si eos fructus non haberet, quia et si facta donatio non esset, ab alio lati, & mixti propter solum naturali & civili iure adquisiti essent. Si tamen propter mariti personam seuerit is qui alias facturus non erat, aliud fortasse probandum erit, quasi nihil intersit an mariti diligentia, an propter eum alterius opera fructus prouenerint. Idemque de serui dona-

ti ope-

ti operis dicendum est ut marito non acquirantur, licet plerique contra putent. Nihil enim interest an seruus ex re mariti, an ex operis suis acquirat, neque hoc potius quam in illo casu marito acquirere potest. *l. qui bona. 23. in princ. d. l. questum. 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. l. qui scit. 25. §. ult. D. de usur.* Verum & in supradicto casu cum de fructibus ex mariti opera prouenientibus quaeratur, non eadem prorsus mariti quae bonae fidei possessoris ratio constituenda est. Et si enim utriusque sola perceptione acquirantur, tamen bonae fidei possessor eos si extant vindicationis tempore restituere tenetur, ut supra diximus. Maritus vero non tenetur, quoniam volente vxore & iure permittente sibi adquisit. In eo autem par est utriusque causa, quod sicut bonae fidei possessor ita maritus eos fructus non restituit quos consumpsit, quosque si extant restituere teneretur, nisi locupletior uterque factus sit. *l. 1. C. de petit. hered. l. si mulier. 17. §. ult. l. cum mulier. 50. De donat. int. vir. & vxor.* Vix enim est ut consumptum videatur id quod in patrimonij corpore retinetur, ut Papinianus ait in *l. Imperator. 70. §. ult. cum l. 71. & 72. D. de leg. 2.* † Mirum autem videri possit quod dicimus maritum non cogi restituere fructus quos consumpsit, cum verum sit ad illum numquam eos pertinuisse, in eoque similem esse maritum malae fidei possessori, qui tamen omnes omnino restituit. At dissimilitudinis ratio illa affertur potest, quod malae fidei possessoris causa longe iniquior & odiosior est, cum inuito domino, & contra legis praecipua sciens alienam rem possideat, quam mariti qui rem ex vxoris voluntate habet, adeoque iusto titulo nisi quatenus ille locupletior, & illa pauperior fiat, *d. l. si sponsus. §. cum igitur. de donationibus inter virum & uxorem.* Locupletior autem factus non est perceptione fructuum consumptorum, si ex iis nihil in rem suam verterit. † Sed ut ad propositam quaestionem redeamus, & iis etiam quantum fieri poterit satisfaciamus qui a iuris ratione potius quam a verbis recepta lectionis recedendum existimant, tentemus an dici possit ea quae de naturalium fructuum acquisitione scripsimus, de iis duntaxat fructibus intelligi debere quibus seruandis curam aliquam bonae fidei possessor impenderit. Quod, n. ei in fructibus quasi dominij ius concedimus, non sit civili aliqua ratione sed naturali duntaxat pro cultura & cura, ut Iustinianus supradicto loco scribit. Cui consequens esse videtur, ut nulla praecedente cultura vel cura nec civilis nec naturalis ratio bonae fidei possessori fructus rei alienae adiudicet. Quamquam autem vix vlla res est quae sine cultura aut cura aliqua fructum ferre possit, cum & naturales ipsi curentur. *d. l. fructus. §. non solum. D. solut. matrim.* Attamen cum quis pomum ex arbore decerpit, aut syluam caedit, quibus exemplis Pomponius vtitur, dici, non potest curam aliquam iis fructibus impendi, maxime si matura syluam, & maturis pomis arbore possessor emerit. Proinde ratio nulla facere videtur ut eos fructus bonae fidei possessor percipiendo suos faciat: quod tamen in aliis fructibus cultura aut cura aliquam exigentibus Pomponius fortassis non aequè admisisset. Planè si consumpti sint, id perpetuo & indistinctè obseruabimus, ut nuquam veniat in restitutionem. Na leges omnes de consumptis fructibus generaliter loquuntur, nec naturales aut inter se aut ab industrialibus distinguunt. Ac sanè iniquum esset bonae fidei possessorē eos fructus restituere teneri quos consumpsit, & quorum perceptione locupletior factus non sit,

quia sic posito iure fieret ut ei bona fides noceret quae potius prodesse deberet. De extantibus fructibus non idem dici potest, quorum scilicet restitutione nullum bonae fidei possessor damnum patitur, sed lucrum duntaxat amittit. Cum si ad percipiendos & redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantum minus restituat, quasi fructibus ob eam rem ipso iure diminutis. *l. quod in fructus. 46. D. de usur.* Atque ita ratiocinari fortassis & sentire quis velit. † Verum huic interpretationi ea Pomponij ratio non conuenit, quia non ex facto eius is fructus nascitur, ex qua apparet Pomponium, si vulgatam lectionem sequamur, nolle acquiri bonae fidei possessori ut nec marito alios fructus quam facto eius nascuntur. Atqui naturales omnes sua sponte nascuntur, & quae iis ab homine cura impenditur non tam nascuntur quam vt conferentur praestat. Deinde quamuis ea primū naturalis ratio induxerit ut bonae fidei possessor fructus suos faciat, quod pro cultura & cura id ei concedi aequum visum sit. Postea tamen iuris civilis vt videtur auctoritate auctum est ius bonae fidei possessoris, & constitutum vt percipiendo sibi etiam eos acquirat in quos neque culturam neque curam vlla ipse impenderit, puta ab alio factos. *d. l. qui scit. 25. §. 1. D. de usur.* & generaliter omnes vt Paulus loquitur, in *d. l. bona fidei*. Qui locus cum & de omnibus fructibus loquatur, & de perceptis non de consumptis, nulla prorsus ratione cum Pomponij lege conciliari potest, nisi emendationem nostram admittas, † Postremo illud quoque monendum videtur, malè vulgo creditum esse, fructus quos bonae fidei possessor percepit ab eo vtucapi non posse, ideo quia statim pleno iure ipsius fiant, *ex d. §. lana*. Si enim verum est quod supra saepius diximus, teneri eum restituere omnes quos non consumpsit, eamque ob causam non nisi penè dominus dicitur a Paulo in *d. l. bona fidei*. Cur non vtucapere ei liceat, vt neque extantes restituere teneatur, quoad plenum sibi eorum dominium acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit quam si percipiendo eos sibi non acquireret? Praesertim cum si alteri distrahantur nemo dubitet quin secundum emptorem vtucapere possit. Neque sanè id Paulus negat in *d. §. lana*: imò cum dicit lanam ouium furtiuarum si apud furem depona est vtucapi non posse. Si vero apud bonae fidei possessore, contra, nihil aliud vult, quam hoc posteriore casu posse eam vtucapi, quoniam in fructu sit. Quamquam & illud quoque verum est quod subiicit vtucapi eam non debere, quia statim emptoris fiat. Quod ita recipi debet vt si lana veluti suam consumserit, nihil ab eo peti possit, licet statuto tempore lanam non possederit, quia consumptio tantum ei prodest quantum vtucapio. Sed tamen vel consumptos vel si extant vtucapitos esse fructus necesse est, vt non restituantur.

CAPVT XVIII.

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

SVMARIA.

- 1 Debitori qui fideiussorem dederat liberatione legatarum reum acceptilatione non pacto liberandum esse.
- 2 Pacto, non acceptilatione liberandum esse debitorem, pro quo fideiussor interuenit qui aduersus eum regressum non habet.
- 3 Aliam esse mentem creditoris liberationem debitori legantis, aliam de non petendo cum debitore pacifiscitis.
- 4 Accursij error in explicatione *d. l. si quis reum*.

5 Fideiussorem cui liberatio legata est pacto non acceptilatione liberandum esse.

SI creditor liberationem legauerit debitori qui fideiussorem dederat, liberandus est reus acceptilatione non pacto, quia si pacto duntaxat liberaretur, fideiussor non liberaretur, neque ipso iure, quoniam in pactis factum non ius versatur. *l. sic unus. 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis.* neque per exceptionem, quia non cum ipso sed cum debitore pactum fuisse proponitur. Ita igitur fieret ut reus quoque quem testator omnino liberatum esse voluit, per consequentiam conueniretur, scilicet si creditoris heres contra fideiussorem ageret. Fideiussor enim aduersus debitorem regressum haberet, sicque solius debitoris damno res cederet. *l. cum lex. 46. D. de fideiuss. l. cum mandatu. 23. D. de minor.* At liberato reo per acceptilationem fideiussor quoque ipso iure liberatur, sublata scilicet principali obligatione veluti solutionis potestate. *l. non solum. 7. §. 1. D. de liberat. legat. l. in diem 5. l. si accepto laum. 19. §. 1. D. de acceptilat.* † Quid ergo si donationis causa fideiussor interuenerit ita ut aduersus reum agere non possit, vel quid si ad fideiussorem pecunia peruenerit, & reum vice sua dederit, ipseque pro eo fideiusserit? Hoc casu reus non acceptilatione sed pacto liberandus est. Acceptilatione liberandus non est, quia per consequentiam fideiussor liberaretur. Pacto autem liberandus est, quoniam ita verendum non sit ne reus alia ratione conueniatur. (Cum aduersus eum fideiussor regressum non habeat,) vel fideiussor ipse per exceptionem pacti liberetur, quia tale pactum liberationis fideiussori prodesse non possit. Quamquam enim solemus dicere fideiussori dandam exceptionem pacti quæ reo competit. *l. & heredi. 21. §. ultim. D. de pact.* hoc tamen in proposita specie dici non potest: quia mens alia est legantis, alia paciscentis. † Qui enim legat, eius duntaxat cui legat personam inspicit cum legata non nisi ob aliquod meritum relinquere soleant, & ne testator cum eorum qui de se bene meriti sunt iniuria decedere videatur ut Lucius ille Cuspidius in suo testamento dicebat. *l. nec adiecit. 9. D. pro socio.* Heres verò qui paciscitur de non petendo, quoniam ita facit ex testatoris potius quam sua voluntate, id tantum agere & velle videtur quod testator voluit, id est quæ sicut liberationem à testatore relictam ita pactum hoc personale esse dicimus, nec fideiussori prodesse, quoniam ita actum esse videatur. *l. nisi hoc actu. 22. de pact.* At paciscentium debitoris, & creditoris, alia proculdubio voluntas est. Nam ad obligationem & rem ipsam magis quam ad personam obligatam respicit, & ut Paulus ait in *d. §. vlt. l. & heredi.* pactum de non petendo in rem est, non in personam. Vnde fit ut omnibus proficit quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscitur interfuit maxime fideiussoribus. † Et hæc est sententia *l. si quis reum. 5. in princip. D. de liberat. legat.* satis quidem ut videtur aperta, sed quæ tamē ab Accursio malè explicata est, in eo maxime quod differentiam quam inter legantem & paciscentem Vlpianus ponit, ipse non agnoscit aut potius non intelligit. Deceptus quantum conicio, ex eo quod in illis verbis, *At qui solemus dicere*, quomodo in Pandect. Florent. & cæteris emēdati codicibus legitur, veteres libri habebant, *Alioquin solemus dicere*, quæ lectio planè mendosa est, & reicienda. † Sequitur verò apud Vlpianum si fideiussori liberatio legata sit, pacto cum liberandum esse, quia si per acceptilationem liberaretur, rei quoque obligatio veluti solutione tolleretur. Per pactum autem solus fideiussor

liberatur, nec quæ ei competet pacti exceptio reo quoque competere poterit, siue quod fideiussoris personam duntaxat ab obligatione eximi, non ipsam obligationem tolli testator voluerit, siue quod principalem obligationem fideiussoria sublata remanere nihil vetet, ideoque difficilius pacta fideiussoris reprofunt, quàm rei pacta fideiussori. *l. fideiussoris. 23. D. de pact.* Planè interdum contingit ut fideiussor cui liberatio legata est acceptilatione sit liberandus, scilicet quoties reo aduersus ipsum regressus dandus est, quod contingit siue fideiussor ipse verus reus fuerit, fortè quod ad eum pecunia peruenerit, siue in eam rem socius reus extiterit. His enim casibus nisi reus liberaretur, fideiussor quoque liberatus non videretur.

CAPVT XIX.

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

D. de re iudicat.

SVMMARIVM.

- 1 *Varia lectiones d. §. 1. l. si quis dolo.*
- 2 *Tollitur vox venditor e d. §. 1. & eius sententia proponitur.*
- 3 *Duplex Cuiacii aduersus propositam explicationem obiectio.*
- 4 *Actiōnem in factum que datur aduersus eum qui creditorum decreto missum in possessionem prohibuit, magis pœnalem non esse.*
- 5 *An is cui possessionem ingredienti vis facta est, aliud à debitore, aliud vero ab eo qui vim fecit exigere possit?*
- 6 *Actiōnem ex interdicto de tabulis exhibendis competentem mere pœnalem esse.*
- 7 *An in specie d. §. 1. l. si quis dolo. debitor ipso iure an verò exceptionis ope liberetur?*

PAULI † verba hæc vulgò leguntur, *Si quis possessionem missum in possessionem rei seruandæ causa non admiserit, si venditor præstiterit creditori quanti eius interfuit, quæsitum est an debitor liberetur.* Et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi id quod accepit. At ex veteribus plerique in illis verbis, *si venditor præstiterit*, pro *venditor legerunt vetitor*, Græci *empior*. Recentiores nonnulli *debitor*, & in illis sequentibus, *an debitor liberetur*, pro *debitor* reponunt *debuo*. Quæstio igitur est, quænam potius lectio sequenda sit, quidque sibi Paulus voluerit. † Puto ego Pauli sententiam hanc esse, ut si is qui creditorem missum in possessionem rei seruandæ causa non admisit, creditori præstiterit quanti eius interfuit, debitor liberetur, & ita Paulum scripsisse, *si præstiterit creditori*, nulla mentione facta aut *vetitoris*, aut *venditoris*, aut *emptoris*, aut *debitoris*, sed eam dictionem de qua contenditur ab interpretibus additam esse, indeque aliter atque aliter legi cœpisse dum illa Pauli verba alij de venditore, alij de emptore, nonnulli etiam de debitore, plures verò de vetitore, hoc est: qui creditorem missum in possessionem non admisisset, interpretarentur. Nihil enim interest, creditor in possessionem missus à quo admitti prohibitus sit, ab extraneo, an ab eo qui à debitore emissus ac fundi possessor factus fuisset. Omni siquidem casu si is qui possessione prohibuit, præstiterit creditori quanti eius interfuit, dico debitorem liberari, nihilque amplius ab eo posse exigi. Ratione illa quam Paulus adfert, quod improbus videatur is qui id quod iam accepit iterum cōsequi velit. Nec quicquid est quod huic interpretationi obicere quis possit. † Nā quod

vir doctissimus *Jacobus Cuiacius* ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inuistatam esse, id ego facillè admitto, neque Paulum ita scripsisse volo. Sed ea quoque dictione sublata dico verba illa, *Si præstiterit creditori*, ad alium referri non posse quàm ad eum qui creditorem missum in possessionem rei seruandæ causa non admiserat, quem veteres interpretes idemque viri boni significantiore, licet minus Latino vocabulo, *vetitorem* appellabant. Existimantur verò necessariam esse hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *si præstiterit creditori*, cum apertius dicere potuisset *& præstiterit creditori*: quo modo si dixisset nulla sanè dubitandi, & tot modis textum contūpenti occasio superesse potuisset. Quod enim secundo loco idem vir doctissimus obiicit falsam esse hanc sententiam ut creditor, consecutus pœnam ab extraneo qui possessione prohibuit, à debitore petere nihil possit, id planè nego. † Quamuis enim pœnalis sit actio in factum quæ datur aduersus eum qui creditorem decreto missum in possessionem prohibuit. *l. 1. §. hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est.* pœnalis autem actio perimere non solet rei persecutionem. Illud tamen obseruandum est quod *Cuiacius* non animaduertit, non esse hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales esse dicimus eas, quæ rei persecutionem non tollunt. Ut vel ex eo maxime colligi potest quod Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. hæc verba. D. illo titul.* hæc verba edicti, *Quanti ea res erit ob quam in possessionem missus erit, continere vtilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei condemnetur is qui prohibuit.* Proinde si ob falsum creditum vel si ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptione summoueri potuit, nihil ei prodesse hoc edictum, quia ob nullam causam in possessionem missus esse intelligitur. Facit *l. Fulcinius. 7. §. si in diem. & l. per. §. vlt. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales ex sunt quæ non ad id quod reuera actoris interest competunt, sed ad rei de qua controuertitur æstimationem, licet actor calumniator sit, nihilque eius interfuit ut in *l. 1. §. vlt. D. si quis ius dicent. non obtemper. l. si per alium 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim. cum similib.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, mere pœnalis non est, adeoque rei persecutionem continet.* Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionem*, non respectu actoris, sed rei qui propter vim factam ei qui ex Prætoris decreto in possessionem missus erat, pœnam illam patitur, ut ad id quod ipsius interest condemnetur, licet nihil ipse debeat, creditori aduersus debitorem salua actio superfit, si debitum persequi potius quàm ex edicto agere velit. † Ex quo intelligimus neque verum esse quod *Cuiacius* ait, eum cui possessionem ingredienti vis facta est, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo qui vim fecit, cum ab utroque nihil petere possit præter id ipsum quod sibi debetur. Neque rectū esse argumentum quod ille sumit ex interdicto *De tabulis exhibendis l. 3. §. condemnatio. D. de tabu. exhibed.* † Nam actio quæ ex illo interdicto datur, licet ad id quod interest competat, ut eo loco Vlpianus ait, magis tamen pœnalis est quàm hæc de qua disputamus: imò omnino pœnalis est, quoniam in ea id quod interest non ex veritate æstimatur sed ex quantitate in iudicium deducta, id est, inspecto eo duntaxat, quantum petatur, nō an id quod petitur debeatur. Quid enim si heres qui tabularum exhibitione

postulat, hereditatem petat quæ ad se non pertinet? Quid si legatarius petat legatum quod sub conditione relictum est & cuius condicio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum eum qui tabulas non exhibet ac si hereditas ad actorem pertineret aut legatum ei purè relictum esset, ad cō ut neque de restituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia ut Vlpianus ait, hæc pœna cōtumaciæ præstatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem suam persequitur, sed pœnam, hoc est pœnæ nomine rei quam petit æstimationem, quamvis nihil ei debeatur. Inde verò fit, ut si à contumace pœnam consecutus sit, nihilominus à debitore perinde petere possit quod sibi debetur ac si nihil ab alio contectus fuisset, quia non re sed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum est in interdicto, *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, quod, ut diximus, pœnale non est ratione actoris, sed eius duntaxat qui conuenitur. Et ideo rectissime ac verissime Paulus respondit, si is qui vim fecit præstiterit actori quanti ipsius interfuit, debitorem liberari. † Quod tamen ego sic intelligo, ut per doli exceptionem liberetur. *Id. n. apparet cum ex d. l. 3. inde queritur. §. de tabul. exhib. tum* ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus sit is qui eandem rem his consequi velit. Ipso iure nō liberatur, quoniam ipse nihil soluit, & quod ab eo qui in possessionem missum non admisit solutum est, proprio ipsius non debitoris nomine solutum est. Ergo doli exceptio necessaria est. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod si eorum opinionem sequeremur, qui Paulum sic intelligunt ut debitor ipse creditori præstiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non esset quin ipso iure, nō exceptionis ope liberatio contingeret: soluto quippe eo ipso quod debebatur & petebatur. Sed & ea interpretatio faceret ut longè minus elegans esset Pauli sententia, & extra omnē dubitationem. Cum, ut diximus, actio hæc in factum pœnalis non sit ratione actoris, sed ratione rei duntaxat qui missum in possessionem non admisit. Prætorique sufficiat quoquomodo rem seruari ab eo qui non nisi rei seruandæ causa in possessionem missus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quoniam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hîc refellere operæpretium esse non arbitramur.

CAPVT XX.

Nihil emendandum esse in *l. sub conditione.*

16. D. de condict. indeb. & explicatio. l.

Julianus. 60. eod.

SVMMARIA.

- 1 *Nullam esse differentiam inter conditionem, & diem incertum, quum de indebiti soluti conditione queritur.*
- 2 *Perperam in d. l. sub conditione. verbis illis die existente additam esse à nonnullis negationem.*
- 3 *Differentiam esse inter casualem conditionem, & incertam diei quam existit esse certum sit.*
- 4 *Explicatur l. 17. ff. de condict. furt. hæc tenus non bene intellecta.*
- 5 *Ratio dubitandi & decidendi in d. l. 16.*
- 6 *Præmittuntur quedam ad intellectum d. l. Julianus.*
- 7 *An, si quis id quod pure debebat sub conditione non annu di anno promiserit, pendente conditione solutum petere possit.*
- 8 *Accursij argumenta refutantur.*

Inter conditionem & diem incertum differentia nulla est, si de debiti soluti conditione queratur. Nam sicut quod sub conditione, ita quod sub die incerto tibi debeo si ante diem aut conditionem existentem facti errore solitam, repetere potero, quia omnino indebitum est. Quod si post solutionem & ante repetitionem dies aut conditio extiterit, non repetam, quia debitum cepit esse quod prius fuerat indebitum. Isque sensus est *l. sub conditione. 16. D. de condit. indeb.* quam omnino male explicant, qui à Pomponio differentiam constitui putant inter diem incertum & conditionem: cum tamen aperte lex dicat existente die aut conditione repetitioni locum non esse. Neque ea verba, *quod autem sub die incerto*, quibus mouentur, differentiam notam aliquam pre se ferunt ut illi aiunt, sed tantum de alia re loqui Pomponium demonstrant. Prius enim de debito sub conditione locutus fuerat, postea de debito in diem subiicit. In utroque autem idem ius constituit. Nec ratio vlla afferri potest cur in postremis illis verbis, *die existente*, addita negatione legamus *die non existente*. Falsum enim est nec vlllo iuris loco comprobari possit id quod in diem incertum debetur, si ante diem per errorem solutum sit non posse interea repeti. *l. sufficit. 56. D. eod. tit.* Et illi ipsi qui addunt negationem, fatentur eo demum casu repetitionem impediri, quo certum sit diem illum incertum aliquando exiturum, puta si quid tibi promisero, cum moriar. Cum enim certum sit debitum iri, quod nondum debetur conditioni locus non est, quasi indebitum dici non possit, quod fieri non potest ut non aliquando debeatur, ut in *l. 17. Vlpianus ait.* Sed recta comparatio non est casualis, ut nostri vocant, conditionis, & incertae diei quam exituram esse certum sit. Nam & si quod sub necessaria conditione debebatur pendente conditione per errorem solutum sit, dubium non est quin interea repeti non possit, ut idem Vlpianus ait in *l. quod si. 18. D. eod.* Siue igitur conditionem omnino incertam cum die prorsus incerto compares, siue diem incertum, quem tamen euenturum esse certum sit cum conditione quae non possit non existere, nulla inter conditionem & diem incertum differentia est, cum dies incertus pro conditione habeatur. *l. dies incertus. 75. D. de condit. & demonstrat. & conditio appellatur. l. talis. 30. §. sed est. D. de legat. 1.* Neque opinioni nostrae illud obstat, quod ex Vlpiani verbis in *l. 17.* videtur posse colligi Pomponium in praecedenti lege de eo die locutum esse, qui sit omnimodo exiturus, Illud enim verius est in *l. 17.* non praecedentis legis exemplum, sed confirmationem & rationem contineri, quam vix quisquam hactenus recte, ut arbitror, explicauit. Ego autem sic explico, ut cum Pomponius scripserit id quod sub die incerto debetur, si ante diem soluat, die existente non repeti, ratio haec in *l. seq.* subiiciatur ex Vlpiano, quia si cum moriar dare promisero, & antea soluam, repetere non possum. Hoc est, si eo casu quo dies nondum venit quem venturum esse certum est: solutum repeti non potest. Multo magis dicendum est, id quod in diem prorsus incertum debebatur, si ante diem solutum sit, die existente condici non posse. Plus enim est diem venisse, quam necessario venturum esse. Dubitandi autem ratio apud Pomponium illa erat, quod initio & solutionis tempore inspecto, indebitum per errorem solutum esset. Sed decidendi ratio est, quia cum de conditione queritur, conditionis tempus inspiciendum est non solutionis. Adeo au-

tem sufficit debitum esse cum petitur id quod indebitum solutum erat, ut si modo debitum iri certum sit, licet nondum debeatur, perinde habendum sit, ac si pure non in diem vel sub conditione deberetur. *l. si pupillus. 9. §. qui sub conditione. D. de nouat.* Nihil igitur emendandum est in *l. sub conditione*, & si quid emendari necesse esset, dicerem potius in illis verbis, *quod autem sub die incerto debetur*, pro *autem* legendum esse *item*, quanquam ne hoc quidem necesse est. His vero quae diximus mirifice conueniunt, quae Paulus scribit in *l. Iulianus verum debitorem. 60. D. cod. tit. de condit. indeb.* de cuius quoque sententia non inutile futurum est, si hic omnia quae ad rem pertinet videbuntur breuiter exponamus. Illud primum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorem post litem contestatam manente iudicio soluentem repetere non posse, quia nec absolutus nec condēnatus repetere posset. Idemque dicendum esse si quis ita promiserit, siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit, quia ex vna causa alterutrius, origo solutionis proficiscitur. Tum subiicit, si quis id quod pure debebat sub conditione nouandi animo promiserit, magis dubitari posse, an pendente conditione solutum possit repeti. Plerosque enim putare repetitioni locum esse, quoniam ex qua obligatione solutum sit dici non possit, ut contingit si plures eandem pecuniam alter pure, alter sub conditione nouandi animo promiserint. Verum hoc dissimile esse Paulus ait, quia in stipulatione pura & conditionali, eundem debiturum esse certum sit. Quae admodum autem casus ille cum quis id quod pure debet sub conditione nouandi animo promiserit, Paulo dubitabilior ceteris visus est, ita interpretum nostrorum opiniones in diuersas partes distinxit. Sunt enim qui repetitioni locum esse putent, quam sententiam *Azo, Johannes, Accursius, Bartolus* ceterique ferè omnes sequuntur. Alij contra iam olim ex veteribus interpretibus, ut idem *Accursius* refert, negabant, cum quibus & ego sentio. Id enim est meo iudicio, quod in fine legis Paulus ait, stipulationem hanc dissimilem esse illi qua plures personae eandem pecuniam pure & sub conditione nouandi animo promiserunt. Nam in priore stipulatione eundem debiturum esse certum est siue nouationis conditio extiterit, siue defecerit, & ideo condicere promissor non potest id quod omnimodo sit debiturus. In posteriore vero incertum est ex pluribus quis futurus sit debitor. Si enim conditio extiterit, Secundus promissor: si defecerit, Primus debitor erit. Propter quam causam merito responsum est, eum qui pendente conditione soluerit repetiturum. Nec possum intelligere qua ratione moueatur, qui ut nouam opinionem inducerent, Paulum sic interpretati sunt, quasi senserit hoc casu repetitioni locum non esse. Quae enim à Paulo afferunt ratio in illis verbis, *In stipulatione enim pura & conditionali eundem debiturum esse certum est.* huic interpretationi non solum non conuenit, sed etiam omnino repugnat. Ineptum etiam est argumentum quo *Accursius* vtitur, ut ostendat eum qui quod pure debet sub conditione nouandi animo promiserit, si pendente conditione soluat, repetere posse. Ait enim creditorem pure obligationi renuntiare videri, & promissorem conditionis dilationem inducere, quorum vtrumque falsum est. Cum neque creditor pure obligationi renunciet, nisi sub conditione, si eam postea accipere contigerit, neque debitor conditionem inducat obligationis: imò pure obli-

re obligatus maneat nisi secundae stipulationis conditio extiterit. *l. quoriam. 14. D. de nouat. l. in persona. 30. §. fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum esse in illa specie, an perpetua an temporaria futura sit exceptionis defensio ex *dicta l. sufficit. 56. de condit. indeb.* multo minus verum est. Etenim cum utroque casu siue conditio extiterit siue defecerit, futurum tamen sit ut debeatur id quod promissum est, fieri certe non potest, ut perpetua sit exceptionis defensio, ac proinde vel ex ratione Papiniani in *dicta l.*

sufficit. conditioni locum non esse concludendum est. Et verò illi ipsi qui hanc nostrorum opinionem induxerunt, non alia ratione mouebantur, quam quod incertum esset ex qua obligatione debitor soluisset, ut Paulus refert. Sed non inde fit quin certum sit, ex alterutra obligatione soluere eum debere, cum aut ex pura, aut ex conditionali obligatione eum debiturum esse certum sit, quod sufficit ad impediendam conditionem.



ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER V.

CAPVT I.

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

SVMARIA.

- 1 An legata à filio impubere instituto qui contra tabulas patris bonorum possessionem accepit extraneis relicta, substitutus prestare debeat?
- 2 Quid Interpretibus in dicta questione dubitandi causam praestiterit.
- 3 Reuertur Cuiacij emendatio ad dict. §. vltim. l. vltim. de leg. 3.
- 4 Cur in specie d. §. vlt. substitutus legata à pupillo instituto extraneis relicta ex vncia tantum praestet?
- 5 An si filium ex bonorum possessione commodum ad filium impubere institutum peruenerit, legata ab eo relicta extraneis prestare substitutus debeat?
- 6 Explicatur l. et si contra. 35. de vulgar. & pupillar. substit.
- 7 Refutatur sententia Accursij existimantis legata ab instituto data à substituto praestari, quasi ab ipso tacite repetita.



I pater impubere heredem scripserit, eique substitutum dederit, & alio filio emancipato praeterito edictum committente pupillus contra tabulas patris bonorum possessionem accepit, tum de legatis à substituto praestandis controuertatur, certissimum est distinguendum esse an ab ipso impubere data sint, an à substituto. Quaequam enim petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & utilitas elicit, ut pupillare sustineatur, adeoque praestanda sint omnibus, id est extraneis quoque personis ea, quae à substitutione pater relinquit, *l. ex duobus. 34. §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* At quae ab impubere instituto relicta sunt, ratio iuris, & aequitatis non patitur, ut à substituto aliis quam exceptis personis debeantur. Nam cum ex ipsius impuberis defuncti persona praestentur, *l. in ratione. 11. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. l. seruo alieno. 113. §. sed si pater. de lega. 1.* consequens est ut aliis non praestentur, quam quibus ab ipso impube-

re praestari deberent, iis videlicet personis duntaxat quas speciali in eam rem edicto De legatis praestandis exceptas Praetor voluit. Ex quo intelligi potest, euidenter errare eos, qui putant Praetoris beneficio institutum filium duntaxat, non etiam substitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Praetoris edictum in filij instituti gratiam, sed potius legatariorum fauore comparatum est, quando certum sit per bonorum possessionem contra tabulas rumpi patris testamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodo posse, praeter ea, quorum praestatio visa est Praetori habere naturalem aequitatem ut Vlp. ait in *l. 1. D. de leg. praest.* vbi non ineliganter aequitatem edicti nouam appellat, quod valde nouum sit, ac contra communes iuris regulas ut qui patris iudicia rescindit, ex eius tamen iudicio & voluntate legata fideicommissa quibusdam personis praestare compellatur. Ergo legata ab instituto filio extraneis relicta ne quidem substitutus praestabit, idque disertè scriptum est in *l. filium. 5. D. eod. tit. de leg. praestan.* Verum sicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi causam illud praebet, quod in *l. vlt. §. vlt. de leg. 3.* Scetuola respondit in eadem, ut videtur, specie substitutum legata ab instituto relicta non exceptis tantum, sed etiam extraneis personis debere, ita tamen ut his ex ea duntaxat portione praestet ex qua institutus fuit, exceptis vero ex reliquo, id est, etiam ex eo, quod per bonorum possessionem contra tabulas accessit. Proponebatur enim filius ex vncia tantum heres scriptus, ac Praetoris beneficio semissem consecutus. Scio placere viro doctissimo *Iacobo Cuiacio* corruptissimum esse Scetuolae responsum, ac potius de legatis à substituto relicta accipiendum, quasi ea verba, *habeat & substitutum*, alieno loco posita sint, & reponenda post illa prima, *si filius ex vncia heres institutus sit.* Quod tamen vix est ut probabile videri possit, cum cetera quae sequuntur, deinde commissio edicto per alium filium accepit patris dimidia bonorum possessionem, ad filium, non substitutum referantur: neque illud verè dici possit, substitutum legata à se relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo autem liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo pa-

rimonij quod ad filium peruenit, perinde ac si id quod per bonorum possessionem filius habuit à patre accepisset. *d.l. 5. §. quod si impubes. de legat. præs. l. ab exheredari. 126. de legat. 1.* Quare delenda omnino erit tota illa Scæuolæ distinctio, Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus: quod si ita est, rectè præcedit sententiæ, qui in libris nostris locum alium adedè maculatum nullum esse aiunt. Quamquam minus maculatus videri poterit si his posterioribus verbis sublatis, nihil de præcedentibus immutetur. Verissimū enim est in ea specie quam Scæuola tractat, legata ab instituto relicta deberi à substituto vsque ad semissem. *l. et si contra tabulas. 35. D. de vulg. & pup. subst.* neque tractandarum rerum ordine quem sibi pro arbitrio vir doctissimus comminiscitur, vulgata lectio, quæ rectum sensum habet mutari debuit. Sed nec sequentia illa, quæ inepti interpretis esse arbitratur, tollenda esse existimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola dissensisse admitterem, si commodius nihil dici aliud posset. Ac ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d.l. 5. de leg. præs. aut alio vilo iuris loco scriptū* reperio, substitutum legata extraneis non præstare ex vncia, si per bonorum possessionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenierit. Improbè namque recusetur legata extraneis præstare eo colore, quod filius bonorum possessionem contra tabulas accepit, quæ scilicet substituto ipsi prodest, adeoque ex testatoris voluntate. In quo deterior sanè est conditio substituti, quam filij instituti. Hic enim non solum quod possessionis commodo supra vnciam habet, sed & vnciam ipsam ex qua institutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris voluntatem habet, vt non sine causa recuset soluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiã parte ex qua institutus fuit. Substitutus verò, tametsi plus consequatur possessionis beneficio, quam ei testator reliquerat, hoc ipsum tamen ex testatoris voluntate habet, qui scilicet non haberet si à testatore substitutus non esset. Planè improbius facerent legatarij extranei si rupto per bonorum possessionem testamento ampliora legata consequi vellent, quam petere potuissent, si ruptum testamentum non fuisset, & ad substitutam vnciam duntaxat peruenisset. Quæ ratio esse videtur propter quam Scæuola respondit substitutum non nisi, ex vncia extraneis legata præstare. Aliud verò obseruandum est si nullum ex bonorum possessione commodum, ad filium & substitutum peruenierit, Cur enim hoc casu improbè faciat substitutus qui dicat nolle se ex instituti persona soluere legata, qui institutus ipse si viueret minime præstaret? Idque satis apertè meo iudicio Scæuola voluit, qui in posteriore responsi specie, hoc est si ex dodrante institutus filius commissio edicto semis tantum possessionem accepit, substitutum ex semisse duntaxat legata debere dixit, nulla distinctione adiecta, vt intelligamus hoc casu nulla ex parte legata extraneis præstari. Quæ etiam species *d.l. 5. de legat. præs.* in qua solus filius, ac proinde ex asse institutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum possessionem accepisse, concursu minus perceperit, quam ex testamento habuisset. At eidem Scæuolæ responso illud etiam ob stare videtur quod Africanus ait, in *d.l. 1. et si contra. 34. de vulg. & pup. subst.* legata ab instituto pupillo relicta coniunctis personis (c enim necessariò is locus intelligi debet) & à substituto præstanda augeri ex eo quod filius extraneis nihil debuerit. Nam si ita

est, illud etiam consequens videtur vt neque substitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africanæ, & alia quærenda, cur legata à substituto personis exceptis præstanda augeantur. Verum præter id quod Africanus secundum Scæuolæ distinctionem intelligi commodè potest, vt leges aliæ ex aliis sumunt interpretationem, illud etiam non malè quis fortasse dixerit, posse contingere vt legata coniunctis personis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodum Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data sunt, præstentur pro ea parte ex qua filius fuit institutus. Finge eum qui mille & ducèta in bonis habebat, cum fortè sibi longè locupletior videretur, filium in potestate ex vncia duntaxat heredè scripsisse, id est in centum, & ab eo legasse extraneis ducenta, coniunctis verò personis trecenta quinquaginta. Si postea filius commissio per emancipatum edicto bonorum possessionem petierit: & semissem consecutus sit, mox ante præstita legata decesserit, dicemus substitutum quamuis extraneis quoque legata præstet, non ideò tamen falcidiam deducturum, ex cæteris quæ coniunctis personis præstanda sunt. Scilicet quoniam extraneis nihil debet nisi pro vncia, id est centum. Suprà vnciam non debet, quia extraneis filius nihil debuit, atque ita fit, vt etiam integris solutis iis quæ coniunctis personis relicta sunt, adhuc cētum & quinquaginta iure falcidie substitutus habeat, quæ citra deductionem non haberet si filius extraneis debuisset. Id enim est quod Africanus ait augeri legata quæ ab instituto coniunctis personis data sunt, hoc est, sine falcidie diminutione præstari, quoniam quæ per legem falcidiam & ipso iure minuuntur, ea si integra præstentur, quodammodo augentur, *l. in quantitat. 74. §. ult. D. ad l. Falcid.* quod nos alio loco fusius explicauimus. Recta verò & interpretationi nostræ valde conueniens est ratio illa Africanæ, propterea quod filius extraneis non debuerit. Cui alia subiicienda est quæ paulò post sequitur in iis verbis, *quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet.* Siue enim de legatis ab instituto relicta & à substituto præstandis disputamus, siue de iis quæ ab ipso substituto data sunt, quæ Africanus crescere ait si ex bonorum possessione plus ad filium peruenierit, accommodatè dici potest, augeri ea, quemadmodum & ipse filius plus exceptis deberet, tametsi in legatis ab instituto relicta accommodatius id dici posse videatur. Præsertim cum minus recta sit hac parte comparatio filij & substituti. Legata enim ab instituto filio relicta augentur, licet non plus ad eum per bonorum possessionem peruenierit, quoniam extraneis nihil præstat. Ea verò quæ à substituto data sunt, non aliter augentur, quam si plus compendij & commodi ex bonorum possessione quam ex testamento filius perceperit, cum extraneis quoque substitutus legatorum à se relictorum nomine obligetur. Hinc porro intelligimus quàm parum acutè Accursius scripserit legata ab instituto data præstari à substituto, quasi ab ipso tacitè repetita. *ex l. licet Imperat. 70. de leg. 1.* Nam vt taceam ius illud De tacita repetitione legatorum Africanæ & Scæuolæ temporibus certum non fuisse ante nouam Seueri & Antonini constitutionem, illud etiam memouet, quod si ea legata ab instituto relicta substitutus præstaret tanquam à se repetita, vtique omnibus ea præstaret sicut cætera quæ à substitutione data sunt. At quæ ab instituto relicta sunt, non nisi exceptis personis præstat, quia cum non testatori, sed pupillo

pillo heres existat, ad eorum præstationem tanquam ad aris alieni solutionem obstrictus est, *d.l. in ratione. 11. §. quod vulgo. D. ad leg. Falcid.* Adedè autem verum est legata à filio instituto relicta non videri à substituto repetita, vt nec si expressè repetita sint, alio tamè iure debeantur, quàm quod substitutus pupillo heres extiterit. *d.l. seruo alieno. 113. §. sed si pater. de leg. 1.* Generaliter igitur diffiniri potest constitutionem illam Seueri & Antonini quam Iurisco-nultus refert in *d.l. licet.* ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarem substitutionem pertinere.

CAPVT II.

Emendatio L. legat. 25. D. de liber. legat.

SUMMARIÆ.

- 1 An vrile sit eiusmodi legatum, Lego tibi centum aureos quos mihi debes, cum tamen nihil mihi debeas?
- 2 Reijctur emendatio & coniectura Interpretum ad d. L. legat.
- 3 Differentia inter falsam demonstrationem, & falsam causam siue conditionem legatō adiectam, & explicatio l. si sic legatum. 75. de leg. 1.
- 4 Reijctur Bartoli & aliorum ad eandem legem interpretatio.
- 5 Multum interesse an tibi legauerim centum que mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus, damnas esto non petere.
- 6 Tolluntur verba irrepertita è d. l. legat. & emendationis ratio redditur.
- 7 Cur inutile sit legatum hoc, Centum aureos quos mihi Titius debet, heres meus, damnas esto ei dare?

Vulgo t̄ ab interpretibus creditum est inutile & nullius momenti esse legatum, si tibi legauero centum aureos quos mihi debes, & nihil mihi debeas: quasi deficiente, vt illi aiunt, substantia & conditione legatī, quemadmodum dici solet, in illa legatī specie, Si tibi centum legauero, quæ mihi Titius debet, cum nihil ille debeat. *l. si sic legatum. 75. §. 1. de legat. 1.* Mihi verò aliud iudicium est, neq. dubito quin vrile sit prius legatum, & quantitas peti possit, licet nihil mihi debeas, quasi falsa demonstratione adiecta, vt apertis verbis Paulus respondit in *l. legat. 25. D. de liberat. leg.* Quod si nihil debeat, inquit, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta, etiam quod comprehensum est peti posse. Nec possis nisi valde ridiculè & ineptè sequentia illa, Sed poterit hoc dici si ita legauit, Centum aureos quos mihi debet, quas affirmatiuè concepta sunt, legere cum interrogatione, vt negationem & Azonem vulgo interpretes tradiderunt: aut addita negatione scribere, Sed non poterit hoc dici, quomodo ex recentioribus Iacobus Cuiacius veterū errorem potius quàm emendationem secutus legedum esse arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiam sequentia. Quis namque casus esse potest, quo verum illud sit quod initio Paulus dixit, licet nihil legatarius debeat, posse tamen dici, quasi falsa demonstratione adiecta etiam quod comprehensum est peti posse, si neq. valere huiusmodi legatū? Lego Titio centum aureos quos mihi debet. Nullū siquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio potest. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuris veteris autoritas admittit, aptissimum sanè & opti-

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

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

illa Pauli cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimauerit, difficilior est, quam ut commodè intelligi & explicari possit, quo niam ex præsumpta testatoris voluntate potius quam ex verbi vi, & potestate desumpta esse videtur. Nisi dicamus, quod verum est, multum referre an certam quantitatem testator ipse dederit, an heredem suum dare damnauerit. Hoc enim casu illud testatorem animo agitasse verisimile est, ut si nihil heredi Titius deberet, nihil Titio heres daret, quod dare non possit eam quantitatem quæ sibi debetur, si nulla debeatur. Cum verò testator ipse dedit, non de illo quaerimus quid heres dare possit, sed quantum testator dederit, & ad relicta quantitatis præstationem obligari heredem admittimus, quasi falsa duntaxat demonstratione adiecta. Atque hæc nostra interpretatio & emendatio, etsi noua est & à communi interpretum omnium opinione aliena, placuit tamen eruditissimo Iuriconsulto Iohanni Blancheto, qui propter eximiam qua excellit iuris scientiam, non solum Sebusianis nostris apud quos Iudicis appellationum dignitatem summa cum laude sustinet, sed exteris quoque omnibus ad quos prouincia nostræ fama peruenit, eam sui nominis admirationem excitauit, ut facile mihi persuadeam doctissimos quosque probaturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excellens comprobauerit.

CAPVT III.

Veram esse receptam lectionem l. pen. D. de constit. pecun.

SUMMARIÆ.

- 1 An qui tibi aut Titio soluere promissit, deinde constituit se tibi aut Titio soluturum si deinde Titio soluerit utraque actione ipso iure liberetur?
- 2 An qui tibi centum ex stipulatione debebat, deinde constituit ea se tibi aut Titio soluturum, si Titio soluerit actione constituta pecunie maneat obligatus?
- 3 Paulum in questione d.l. pen. non de actione ex stipulatu sed de constitutoria dubitasse.
- 4 Multum in dicta legis questione interesse an promissor tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex stipulatione soluere debuisset.
- 5 Propositæ differentie ratio.
- 6 Quid per propriam actionem d.l. penultim. intelligatur?
- 7 Conciliatio l. 8. de constit. pecun. cum l. si ita stipulatus 59. de solut.

At lex, si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, stricto iure propria actione constituta pecunie manere eum tibi obligatum, quamuis Titio soluerit, sed tamen per exceptionem adiuuari. Quod sic accipiendum esse omnes consentiunt, si tibi antea obligatus esset is qui constituit, alioqui constitutum non valeret si debitum nullam præcessisset. l. 1. §. debitum autem l. cum qui 5. §. quod exigimus l. hætenus. u. D. cod. tit. Ego etiam sic intelligo, ut ne ex præcedenti obligatione Titio solui posset. † Si enim cum tibi aut Titio stipulatus esses, promissor postea constituerit se tibi aut Titio soluturum, & Titio soluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab utraque obligatione tam ex stipulatu, quam de constituta pecunia ipso iure liberetur. Nam & liberaretur etsi constituisset se tibi soluturum nulla in constituto facta Titij mentione. l. si ita stipulatus 59. D. de solut.

soluti. ubi satis apertè Paulus docet liberationem hoc casu contingere non per exceptionem doli, ut minus cautè quidam scripserunt, sed ipso iure, præsertim cum dicat nihil interesse an stipulator iubeat promissorem Titio soluere, an ab initio ita concepta stipulatio sit, ut stipulatori vel Titio solueretur. Nemo enim dubitat quin si iussu stipulatoris promissor Titio soluerit, ipso iure liberetur, leg. vero procuratori. 12. Digest. eod. tit. de solution. leg. obligationum ferè. 44. §. accessio Digest. de oblig. & act. l. si igitur qui tibi centum ex stipulatione debebat constituerit ea se tibi aut Titio soluturum, deinde Titio soluerit, quaestio est apud Paulum in *dict. l. penult.* an tibi nihilominus propria actione constituta pecunia maneat obligatus. De priori actione quæ ex stipulatu competebat Paulus nihil quaerit, quoniam si posterior de constituta pecunia per solutionem Titio factam ipso iure perempta esset, utique & prior ipso iure subsistere non posset. Quanquam enim duplex actio est: altera ciuili, altera Prætoris. §. de constitution. Institut. de action. utraque tamen vnius solutionis potestate tollitur, quia vnum debitum est, quod per constitutum sicut non nouatur, ita neque augetur, leg. item illa verba. 18. §. ultim. cum l. seq. D. de constit. pecun. † In quo miserè errant qui existimant in proposita quaestione tolli ipso iure constitutoriam actionem, nec nisi de priore ex stipulatu Paulum dubitare. & illud tandem concludere non tolli eam, nisi per exceptionem: indeque animum sumunt emendandæ legis, ut in illis verbis propria actione pecunia constituta non propria legamus, sed prioris. Cum tamen & ex iuris ratione quam supra diximus, & ex sequentibus illis verbis, pecunia constituta, quæ ipsi non tollunt, appareat manifestè non nisi de constitutoria actione apud Paulum disputari. Neque enim prior obligatio erat constituta pecunie, sed verborum & ex stipulatione. Atque ita rectè veteres omnes interpretes ea verba exposuerunt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam rationem illud habeat, quod Paulus respondit, constituti actionem ipso iure & stricto non tolli si is, qui tibi aut Titio pecuniam soluturum se constituerat, Titio soluerit, cum adiecto solutionis causa solui posse, & debitori soluenti liberationem ipso iure acquiri certissimum esse videatur, *dict. leg. 59. de solut. leg. sed et si filios familias. 7. §. 1. & leg. 8. Digest. de constit. pecun.* Ego, ne in recentendis & resellendis singulorum opinionibus frustra sim longior, sic statuo. † Multum interesse an promissor tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex stipulatione soluere debuisset. Nam cum Titius tam in stipulatione quam in constituto solutionis causa adiectus fuit, proculdubio est rectè ei solui posse, & solutione obligationem omnem tam ex stipulatu, quam de pecunia constituta ipso iure extingui, *dicta leg. si ita stipulatus.* Et de hoc nimium casu Paulus loquitur in *dicta leg. 8. de constit. pecun.* cum ait, si posteaquam promissor soli tibi soluturum se constituit, Titio soluerit, eum nihilominus teneri. Ita inuèns liberatum iri eum, si tibi aut Titio constituisset, vel tibi non adiecta dictione illa, *soli.* Idque constat satis ex *dict. §. 1. l. 7. cui dict. lex 8. coniungitur.* Quod si tibi soli stipulatus fuerat non adiecta Titij persona, dico etiam si tibi aut Titio soluturum se promissor constituerit, & Titio soluerit, nihilominus eum de constituta pecunia stricto iure manere obligatum, in eoque perelegantem stipulationis & constituti differentiam obseruari. In stipulatione cum Titius solutionis gratia adiectus est, perinde haberi debet, ac si stipulator id quod sibi de-

beretur Titio solui mandasset, ut Paulus ait in *d.l. 59. de sol.* & cum promissor Titio soluit, non tam videtur alteri soluere, quam electionem quæ sibi ex stipulatione acquisita est complere. *l. qui res suas. 8. §. mihi Rome. in fin. D. eo.* Proinde iuris ratio facit ut si Titio soluat, ipso iure liberetur, quoniam ita obligationis conditioni satisfaciat. Cum verò quis constituit se tibi aut Titio soluturum, quemadmodum tibi soli acquiritur actio de pecunia constituta, *d.l. 8.* ita soli tibi non etiam Titio soluendum est ut ipso iure liberatio contingat, quoniam constitutor Titio soluens alteri soluit, quam cui debet, neque constituendo electionem sibi acquirere potuit utri solueret, tibi ne an Titio, nec facto suo quasita tibi obligationis qualiterem & conditionem immutare. † Quod si quis differentie huius rationem adhuc quaerat, hæc ego puto afferri posse, quod quæ ex constituto nascitur obligatio, tota ex constituentis fide: quæ verò ex stipulatu, ex stipulatoris interrogatione, & congrua interrogationi reipsonse æstimatur. Hinc enim fit ut cum tibi aut Titio stipularis, id apertè declares velle te tuo nomine Titio solui, eaque voluntas pro iussu & mandato habeatur. At cum soli tibi stipulatus es, & debitor constituit se tibi aut Titio soluturum, nihil est ex quo possit colligi voluntate tua solui Titio debere. Solus enim debitor constituit, tu nihil dicis. Sed tamen quoniam imputari tibi potest, quod constitutum ita factum admiseris, æquum est succurri debitori per exceptionem si à te de constituta pecunia contra constituti formam conueniatur, cum si eum soluere Titio voluisses, is tibi non Titio soluisset. † Et hæc sententia est *d.l. pen.* in qua Paulus propriam actionem dicit constituta pecunie: non quod alia vlla sit communis tibi cum Titio, sed eodem sensu ac si dixisset, *ipsa actione constituta pecunia,* de qua idè probabilis dubitari posse videbatur, quam de priori obligatione, quod in constituto Titij mentio facta fuisset. Verum non idè fit, ut quasi iussu & mandato tuo solutum Titio dici possit, alioqui etiam stricto iure tam constituti, quam verborum obligatione sublata esse necessarium fatendum esset. Quod verò emendandi occasionem capiunt ex eo quod in Pand. Florentinis scriptum esse aiunt *propria actione* sanè est, quæ ut mouere eos debuerit. Nemo enim est qui nesciat librarij Florentini morem illum esse ut cum postrema prioris dictionis litera eadem est quæ prima sequentis, illam prætermittat, hanc verò scribat maiusculo caractere, ut hic factum est. † Nec magis ferendus eorum error est, qui ut duos Pauli locos qui inter sese pugnare videntur, concilient, ita distinguunt ut promissor qui posteaquam soli tibi soluturum se constituerat, soluit Titio, quem tu in priori obligatione solutionis causa adieceras; nihilominus teneatur stricto iure ex *dict. l. 8. de constit. pec.* sed liberetur per exceptionem ex *dict. l. si ita stipulatus. de sol.* Nam quod vno loco Paulus ait promissorem teneri, cum effectu sic accipiendum est, ut omnino & vtiliter teneatur, quia Titio soluere non debuerat, qui soli tibi soluturum se constituerat, quasi fidem constituti frangere videatur, qui cum prius eligere posset utri solueret tibi ne an Titio, postea soli tibi constituit, ac nihilominus Titio soluit: quemadmodum de illo scriptum est, qui cum illud, aut illud deberet, alterum postea constituit. Hinc enim non esse audiendum Papinianus ait, si alterum quod prius in electione erat præstare malit. *l. illud aut illud. 25. D. eo. tit. de constit. pec.* Quod autem alio

loco idem Paulus dixit posse promissorē Titio solvere, licet tibi constituerit, sic omnino accipiendum est ut Titio solvens ipso iure liberetur, quemadmodum supra probauimus. Alia igitur conciliationis ratio querenda non est, quam quæ ab *Accursio* exponitur, ut vno loco Paulus eam specie tractet, cum promissor soli tibi constituit, altero verò, cum tibi constituit simpliciter, non adiecta dictione illa *Soli*, quæ sola efficit ut electionem quam promissor habebat tibi aut Titio soluendi, sibi per constitutum ademisse intelligatur. At si tibi simpliciter constituerit, etiam Titio solvere poterit, quia, ut Paulus ait, tibi solui videtur, quod Titio soluitur, ad eò ut si quid *indebitum* ei solutum sit, tibi quoque condici possit, ac si tibi non illi solum esset.

CAPVT IV.

Explicatur l. cum societas. 69. ff. pro socio.

SVMARIA.

- 1 Obscuram & difficilem esse dictæ legis sententiam.
- 2 Parum interesse vtrum in d.l. 69. nundinarius epulas, an verò mundinas simpliciter legas.
- 3 Quid in d.l. significent verba illa eosque à negotio dimitteret, & diuersa horum verborum lectio.
- 4 An in d.l. socius qui iuxta conventionem epulas non soluit, ex vendito vel emptio teneatur?
- 5 Socium qui non emit, ex alterius socij contractu non obligari.
- 6 Cur Vlpianus in d.l. dicat socium qui epulas non prestauit, tam pro socio quam ex vendito socij eo nomine teneri?
- 7 Reijciatur Cuiacij emendatio & interpretatio ad d.l. cum societas.

Obscuram & difficilem esse huius legis sententiam cum ex ipsius contextu & veterum glossis cognosci facile potest, tum vel ex eo maxime quod acutissimus & ingeniosissimus iurium omnium interpret *Iacobus Cuiacius*, cui nihil difficile videri possit, sibi tamen in eius interpretatione minus satisfaci, & à quo tempore iuri civili operam dare cepit, nullo se loco diutius tortum fuisse scriptis suis testatur. Ego verò etsi tantum mihi non tribuo ut facilia esse putem, quæ ille difficilia arbitratur, illud tamen ausim dicere, posse quid excogitari quod & probabilius sit, & ad Vlpiani mentem accommodatius. Vlpianus ita scribit, *Cum societas ad emendum coiret, & conueniret ut vnus reliquis mundinas, id est, epulas præstaret, eosque à negotio dimitteret, si eas eis non soluerit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.* Quamquam autem in quibusdam editionibus aliter legitur, ut vnus reliquis mundinarias epulas præstaret, potest tamen Florentina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas. Idem enim sensus esse videtur, ut de nundinariis epulis ab altero ex sociis præstandis conueniret, & mundinas præstare Vlpianus dixerit, pro ea mundinarum impensa, quæ in epulis consistit. Sicut enim de mercatorum conventionem loquitur, ita mirum videri non debet si minus propriè locutus, ac mercatorum fortassis verbo usus sit. Eamque ob causam cum conuentio ita concepta esset, ut vnus reliquis mundinas præstaret, adiecit Vlpianus, id est epulas, ne cui insolens locutio difficile faceret conuentionis interpretationem. Illa etiam,

quæ sequuntur, eosque à negotio dimitteret, eodem sensu sic intelligo. Conuenisse inter socios ut vnus reliquis præstaret omnia, quæ ad societatis negotium pertinerent, & eos à negotio dimitteret, hoc est efficeret ut à negotio recederent, nulla per eos impensa facta extra pecuniam communem emendis meritis destinata. Quod si malis legere, quomodo quidam legunt, eosque ad negotium dimitteret, non valere repugnabo. Nam & bonum sensum habet hæc lectio, & sine dubio ponendum est in hac specie aliquid quibus epulas præstari conuenerat solos emisse, verò qui epulas præstare debuerat cum vendito non contraxisse, ut & *Cuiacius* fatetur. Totam legis difficultas in eo consistit, quod Vlpianus dicit, Si epulas socius iuxta conuentionem non soluit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est. Illud enim difficile videtur, actionem ex vendito dari sociis qui nihil socio vendiderunt. At neque emptio agere possunt, cum nihil à socio emit, quicquid *Accursio* sentiat, qui verba illa ex vendito ridiculè & perperam interpretatur ex emptio. Quibus rationibus motus vir doctissimus scripsit socios quibus præstita non sunt epula, aduersus socium nomine actionem duntaxat pro socio habere, ex vendito autem agere non posse, sed eum tantum qui vendidit, quasi & emisse videatur is qui hæc de re contracta societate socios in negotium misit, hanc Vlpiani sententiam esse in dicta l. cum societas. Quod mihi probabile non videtur. Cum enim ex vendito actio sit in personam & ex contractu, iuri non potest ut aduersus eum competat, qui non contraxit. Neque verò ex eo solo, quod quis societatem ad emendum coierit, dici potest videri eum emisse ut ex emptio obligetur: quia societas non efficit, ut quod vnus ex sociis emit, omnibus acquisitum esse videatur. Iis enim solis acquiratur, qui em erunt, nec commune sit, ut Paulus ait in d. si quis societatem. 74. ff. eodem tit. Vnde illud etiam bene agere possit is qui non contraxit: quamuis eorum qui contraxerunt socius sit, quia verum est cum eo neque contractum, neque negotium aliquod gestum fuisse. Sed & Vlpianus aperte scribit, socium non nisi propter epulas non præstitas actionem ex vendito teneri, cum ait, Si socius epulas non præstet, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum esse. Atqui secundum *Cuiacij* interpretationem nihil interesset, quod pertinet ad actionem ex vendito an epulas socius præstitisset, necne. Vtroque enim casu putat teneri eum venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non videtur, quin ea Vlpiani sententia sit, ut socius qui epulas non præstitit, tam pro socio quam ex vendito sociis eo nomine teneatur. Sed qua ratione motus Vlpianus ita responderit, difficilis sanè est, & elegantis dubitationis. Puto autem eam potissimum rationem afferri posse, quam supra attigi ex dicta l. si quis societatem, quod cum plures societatem ad emendum contraxerunt, id quod emitur ipsius sit qui emit, nec cæteris sociis acquiritur, quamuis emptor eam rem societatis iudicio cogatur iis communicare. Ea verò communicatio certe alienatio est, quæ porro alienationis species nisi quædam veluti venditio? Rem enim accipit socius, qui prius non emerat, & iis qui pretium soluerunt tantundem præstat, & cum pro pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio est. l. naturalis. 5. §. primo, D. de præscript. verb. leg. prima, D. de rerum permut.

permut. Quemadmodum igitur ad pretium consequendum non minus ex vendito, quam pro socio agi posset, ita & ad epulas, quarum impensa propter venditionem facta est, ac quasi pretij pars quædam videri potest. Et sicut per communicationem rei emptæ socius veluti emptor efficitur, ita socij venditores esse videntur, atque idè equum est habere eos ex vendito actionem, ut consequi possint omne id quod ad rem emendam impenderunt, perinde ac si aliam rem socio vendidissent. Habent igitur actionem pro socio, ut lex societati dicta seruetur. Habent etiam actionem ex vendito, quod eas epularum impensas fecerint ad emendum id, quod societatis iudicio communicare & quasi reuendere compelluntur. Cuiacij verò sententiam & emendationem minimè illud adiuvat, quod idem Vlpianus ex Papi- niano scribit in l. Iulianus. 13. §. si procurator. D. de action. empt. Si procurator vendiderit & emptori cauerit, cum domino ex empto agi posse vtili actione si is rem vendendam mandauerit, exemplo in fitotia actionis, & per contrarium dicendum esse vtilem ei ex vendito actionem competere. Eo enim loco Vlpianus de procuratore loquitur, qui mandato, & nomine domini vendidit, quo casu à domino ipso facta venditio videtur. l. si procurator. 13. D. de acquir. rer. dom. At in specie l. cum societas, de sociis agitur, qui sibi emerunt, & tam empti actionem quam dominium per traditionem iis factam, sibi non socio acquisierunt. d. leg. si quis societatem. l. si patrius. 4. C. commun. v. trusq. iudic. l. 2. Cod. pro socio. Illud verò obseruandum est in d. §. si procurator, erratum esse in iis verbis, ergo & per contrarium dicendum est vtilem ex empto actionem domino competere, & legendum esse, ex vendito, non ex empto, quia domino qui rem suam vendi mandauit, ex vendito non ex empto actio competit. Et cum aduersus eum ex empto actionem dari Vlpianus scripsisset, consequens est ut quam illi ex contrario competere subiicit ex vendito non ex empto actionem intellexerit, & scripserit.

CAPVT V.

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

SVMARIA.

- 1 Fundum instructum legatum & per fideicommissum à legatariis relictum, in fideicommissi causam talem deductum videri, qualis fuerat legatus.
- 2 An in specie. d. l. 3. que medio tempore fundo instructo accesserunt, vel fato diminuta sunt, fideicommissio contineantur?
- 3 Certis rebus per fideicommissum relictis, fructuum accessione fideicommissum non augeri.
- 4 Dissimilem causam esse eorum que viuo testatore, & eorum que post ipsius mortem viuis legatarijs rei per fideicommissum relictæ accesserunt.

Fvndum & instructum libertis patronus testamento legauit, postea codicillis petiit ut morientis superstitibus partes suas fundi restituerent. Papi- niano placet, quamuis testator in fideicommissum instructi mentionem non habuerit, tamen in causam fideicommissi talem deductum videri fundum, qualis fuerat legatus, id est instructum, siue, quod hoc casu idè est, cum instrumeto. In quo dubitatione illud faciebat, quod fideicommissum generalibus verbis relictum

non fuerat. Sed legatarij de suis duntaxat partibus legati fundi, iis qui superstites essent restituendis rogati esse proponebantur, nulla instructi, aut instrumeti habita mentione. Verum coniectura voluntatis facit, ut qualem fundum testator legauit, talem in fideicommissum venire voluisse interpretemur, præsertim cum iis ipsis fideicommissum relictum sit, quibus antea fundi instructi partes fuerant legatæ, indèq. videatur posse conici voluisse testatorem eum fundum talem in familia perpetuo remanere. Sed de iis quæ medio tempore, hoc est ante diem fideicommissi cedentem & post mortem testatoris ac legatariis superstitibus fundo accesserunt, aut fato diminuta sunt, quæstio maior est an fideicommissio contineantur. Quamquam enim Papi- nianus aperte scribit contineri, vix tamen est ut verè dici possit, & probabilius arbitror ut addita negatione receptam lectionem emendemus, & medijs temporis augmenta ut scetuum & partium, itemque detrimenta fatalium fideicommissio non contineri admittamus. Nam & in fideicommissum hereditatis, quod vniuersale est, eamque ob causam recipere facilius augmenta potest, responsum est non venire fructus ab herede perceptos pendente fideicommissi conditione aut die, l. in fideicommissario. 28. D. ad S. C. Trebell. sicut nec detrimenta earum rerum, quæ fato aut quo alio modo sine lata heredis culpa perierunt. leg. mulier. 22. §. sed enim. D. eod. tit. Quo loco etsi partium accessiones in fideicommissum venire Vlpianus ait, speciali tamen ratione id fieri subiicit, quia in fructibus hi non habentur, ut intelligamus cæteras accessiones quæ fructuum appellatione continentur ut scetus & cætera eiusmodi in fideicommissi restitutionem non venire. Quod qua ratione constitutum sit, idem Vlpianus docet in d. l. in fideicommissario. Quoties enim, inquit ille, rogatur quis hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati sed rebus ipsis accepto feruntur. Neque tamen id ita accipi debet si certarum rerum fideicommissum relictum sit, facilius admittendum quis putet fructuum accessione fideicommissum augeri. Cum enim fructus qui pendente fideicommissi conditione percipiuntur, iudicio & voluntate testatoris ad eum pertineant qui fideicommissio oneratus est, quemadmodum Vlpianus ait in d. §. sed enim, nulla ratio est ut fideicommissario restituantur, præsertim cum fundi duntaxat & specialiter mentionem testator fecerit, & ex alijs iuris locis constet, nec si generaliter heredes quicquam quod ad se ex hereditate bonisque testatoris peruenerit, id omne post mortem suam restituere rogatus sit, fructus tamen ante diem fideicommissi perceptos deberi. leg. scribit. 33. leg. heredes mei. 57. Digest. eod. tit. ad S. C. Trebellian. leg. si ita relictum. 43. §. Pegasus de legat. 2. leg. quod his verbis. 83. de legat. 3. Sed & difficilior illud credi potest, in ea specie quam Papi- nianus tractat detrimenta fatalium fideicommissio contineri, & legatarijs cogi reddere id quod non habeat, si neque fideicommissio mora facta sit, neque lata legatarij culpa argui possit, dict. §. sed enim. Ad rem verò non pertinet, nec ad receptæ lectionis confirmationem, quod ex alijs iuris locis nonnulli afferunt, ea quæ post testamentum rei legatæ accesserunt plerumque legato cedente, leg. grege. 21. leg. quod in rerum. 24. §. si quis post testamentum de legat. 1. leg. si mancipia. 29. Digest. de instruct. vel instrum. legat. Non enim de iis loquitur, quæ viuo testatore, sed quæ post ipsius mortem viuis le-

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

SVMARIA.

- 1 Cur ius persequendi fideicommissi à fideicommissario in alium transferri non possit?
- 2 In eos demum transferri hereditarias actiones, quibus fideicommissum ex testamento restitutum fuit.
- 3 Cur in d. §. ex asse. heres fideicommissi grauatus, & misere fideicommissaria marito delegatus ad fideicommissi præstationem actione incerti non teneatur?
- 4 An in e. nouo fideicommissi persequendi ius cedi possit?

Non t. posse fideicommissum cedi, hoc est à fideicommissario in aliū transferri ius persequendi fideicommissi aperte traditū est in l. si mulier. §. 9. de iur. dot. vbi Marcellus scribit, si quis ex asse restitutus rogatusque mulieri hereditatem restituit, iussu eius id quod debet, doti marito promiserit, esse eum obligatum, quoniam mulieri in hoc tenetur ut hereditatem restituendo transferat actiones, quas habet, & quibus obstrictus est, quas porro transferre ad alium non possit, quā cui debet fideicommissum: aded vt nec fideicommissi æstimatione incerti actione præstare debeat, quia non aliter obligari mulieris debitor æquum sit, quā si accipere vir possit id ipsum quod mulieri debetur. Quamquam autē his verbis ratio non obscure à Marcello requiritur propter quam dicendum sit fideicommissum cedi non posse, ea tamē ab interpretibus percepta non est, quibus in difficili esse videtur cur ex iuris communi regula, quæ habet, iura omnia cedi posse, fideicommissi persequendi ius excipiatur. Ratio autem, vera & aperta illa est, quod non nisi legis potestate fieri possit vt qui heres est hereditariis actionibus omnibus & actiuis, & passiuis, vt magistri nostri loquuntur, perpetuò obstrictus non remaneat. Illud enim certissimum est, eum qui semel heres fuit semper heredē manere. l. au. Prator. 7. §. sed quod Papin. de minor. l. ei qui soluendo. 88. D. de hered. instit. eum verò qui heres sit, & iurium & actionum omnium successore esse, quibus poterat defunctus vel experiri vel conueniri. Vt igitur heres qui hereditatem restituere rogatus est, & restituit, hereditariis actionibus post restitutionē non teneatur, constitui necesse fuit lege hoc est Senatusconsulto Trebelliano, quod ius facit, & legis vim obtinet. l. non ambigitur. 9. de leg. Porro Senatusconsulti Trebelliani verba ad eū heredē accommodari non possunt qui hereditatem restituit ei cui fideicommissarius restitui voluit, quē admodū nec ad eum cui cessa est fideicommissi actio vt in eius personam hereditariæ actiones transferantur. Nam de illo heredē dicit Senatusconsultum locutum est, qui fideicommissum sicuti rogatus restituit, & in eos demū transferri actiones senatus voluit quibus fideicommissum ex testamento restitutum fuisset. Atqui non restituit fideicommissum sicuti rogatus est is qui, alteri quā cui debet restituit, sicut nec videri potest ex testamento restitutum ei, cuius nulla in testamento facta mentio est, & de quo testator non cogitauit. Heredem verò qui hereditatem restituit nihilominus damnum sentire, vt restituta hereditas non esset, à creditoribus conueniatur, iniquissimū sanè esset, neque alia res est, quæ Senatusconsulto Trebelliano causam dederit, quā quod huius periculi metu plerique heredes ab aduocandis hereditatibus detererentur, vt & Senatusconsulti

sulti verba illa indicant, quò magis in reliquum confirmetur suprema de iur. dot. voluntates, & Vlpianus scribit in l. quia poterat. 4. D. ad S. C. Trebell. Idque est quod supradicto loco Marcellus ait, non posse heredem transferre actiones ad alium, quā cui fideicommissum debeat, id est, cui testator hereditatem restituit iussit. Et hæc sanè nimia iuris subtilitas est, quemadmodum paulò post Marcellus subiicit, vt qui obligari voluit, obligari tamen non possit, licet neque contra leges, neque contra bonos mores conuentio facta sit. Mortuo enim testatore nihil fit contra Senatusconsultum si ex voluntate fideicommissarii hereditatem alteri, quā cui testator voluerit heres restituat. Sicut non fit contra legis falcidie authoritatem, si defuncto testatore heres de non deducenda falcidia cum legatariis paciscatur, aut si filius defuncto patre heredi scripto legitimæ portionis petitionem remittat, quia legi satisfactum est si heres falcidiam deducere, filius verò legitimam petere potuerit, quam vis viuo testatore pactioes huiusmodi non valerent, quod eo tempore nulla adhuc sit legis potestas, l. quod bonis. 15. D. ad legem Falcidiam. l. si quando. 35. §. illud. C. de inoffic. testam. Sed quoniam sola contrahentium voluntate fieri non potest, vt actiones ab heredē in alium transeant propter eam rationem quam diximus, quod necesse sit liberari iuris potestate eum, qui iuris vi & potestate sit obligatus, euenit necessariò vt conuentio illa, qua per delegationem fideicommissum alteri promittitur quā cui debeatur, quasi iure destituta minus sufficiens sit ad inducendam obligationem, non tam quod contra Senatusconsultum facta sit, quā quod authoritate Senatusconsulti minimè confirmetur. Eamque ob causam cum ad nimiam iuris subtilitatem casus quoque necessitas accedat, dici hinc non potest quod aliis plerisque locis dicimus omnia iuris subtilitate tuendam esse ex bono & æquo conuentionem. Nam sub æquitatis specie ea iniquitas subesset, quod heres etiam post factam marito fideicommissi restitutionē oneribus hereditariis implicitus remaneret contra mulieris & mariti voluntatem. Quemadmodum autem in proposita specie ad fideicommissum præstandum heres non obligatur, ita neque ad fideicommissi præstationē actione incerti tenetur, vt Marcellus subiicit. Quod tamen difficilius videbatur, quia cum in fideicommissi æstimatione id tantum esse possit, quod omni ære alieno, cæterisque oneribus hereditariis deductis reliquū sit, atque ita non tam hereditatem ipsam, quā id quod ex hereditate supererit heres restituere videatur, periculum hoc casu nullum est ne propter non translata actiones damno heres afficiatur, quæ tamen sola ratio facit, vt diximus, ne alteri quā cui testator voluit fideicommissum restitui possit. At neque hoc Marcellus admittendum putauit, motus tamen alia ratione quā superiore. Illa scilicet quod mulieris debitorem ita demum marito obligari æquum sit, si accipere id ipsum quod mulieri debetur vir possit. Necesse enim est vt heres qui fideicommissum quod mulieri debebat, marito promisit, vel obligetur ad id ipsum præstandum quod debet, vel nullo modo. Nam si id ipsum quod promisit præstare non possit cum velit, idque propter mariti ipsius conditionem qui id quod stipulatus est accipere nequeat, iniquum esset eum ad præstandam æstimationem, quoniam ita posito iure fieret vt aliud pro alio soluere teneretur. Verum ne indotata mulier esse videatur, quā sine dote vxorē maritus

non duxisset, Marcellus ait mulieri ex Trebelliano restituendam hereditatem, vt eam marito suo in dotem præstet. Id verò non fit vi, & potestate delegationis, quæ nulla est, licet ex recentioribus quidā contra scripserit (iuris enim effectum nullum producere potest delegatio, quæ iure ipso non substituit) sed quoniam sicut heres Senatusconsulti authoritate hereditatem restituere cogitur, sic mulier dicere non potest cur restitutam sibi hereditatem marito dare non debeat, quā ab heredē dari voluerat, arg. l. cū post mortem. 43. §. ult. D. de administr. & peric. tutor. An verò aliud hodie dicendum sit vt fideicommissi persequendi ius cedi possit, maioris est dubitationis. Et scio esse qui putent correctum hæc parte ius vetus nouā Iustiniani constitutione De heredibus & falcidia, cuius primo capite illud constitutum est, vt si hereditatem adire heres nolit, liceat adire fideicommissario, neque per heredis manus restitui eam necesse sit. Hinc enim fieri videtur vt vel omnino vel saltem potissima ex parte sublatum putent Senatusconsultum Trebellianum, quod sicut diximus in id præcipue factum erat vt ad hereditatis additionem, deinde restitutionem cogi heres posset. Ego tamen contra puto. Eo namque casu quo hereditatem sponte heres adit, & restituit, nihil Iustinianus innouauit, nec quæ ratio eum impulit vt fideicommissario potestatem faceret hereditatis ad eundem repudiante aut cunctante heredē, eadem facere potuit vt constitueret transferri actiones ab heredē in eum cui fideicommissarius hereditatem restitui mandauit. Nam ad solam defunctorum voluntatem tuendam Iustinianus respexit, quæ interdicere non potest siue adita siue repudiata sit hereditas, si modò hereditatis emolumentum, iurisque omnia in fideicommissarium transferantur: quod cum fiat ipso iure & citra restitutionem, vt Iustinianus sanxit, & sancire legemque facere potuit, promptior & expeditior hæc conseruandæ defunctorum voluntatis ratio est, quā si heres ad ad eundem tum ad restituendam ex Trebelliano hereditatem cogeretur. Hoc enim modo fideicommissarius heres sit, & additionis aut pro heredē gestionis ius habet, vt ait Constitutio, quod Senatusconsulti authoritate fieri non potuerat. Quamquam enim sicut legem, ita heredem facere Senatus potuit, §. quos autem. Institut. de bonorum possess. Attamen adita per heredem scriptum hereditate, non potuit Senatus facere vt fideicommissarius quoque heres esset, quoniam eiusdem hereditatis duo in solidum heredes & domini esse non possunt. Ergo cum heres adit hereditatem, dicendum est ad conseruandam defuncti voluntatem non posse alteri fideicommissum restitui, quā cui testator voluit, neque hoc casu quicquam à Iustiniano constitutum fuisse, cum Senatusconsultum Trebellianum sufficeret.

CAPVT VIII.

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

SVMARIA.

- 1 Additur negatio in princ. d. l. Neratius. & emendationis ratio assertur.
- 2 Reuocatur Accursij ad d. l. interpretatio.

P Vto t. corruptum esse textum l. Neratius. ii. D. de seruo corrupt. & in illis verbis, nam & verba e-

gataris accesserunt, quorū longè disparem, & diffimilem rationē esse, nemo est qui non facile animaduertat. Atque huic nostræ emendationi & sententiæ illud valde conuenit, quod Papinianus iis verbis, Sed medijs temporis augmenta, diuersam constituturæ videtur rationem instrumenti fundi, & ceterarum rerum quæ medio tempore fundo legato accesserunt. Cum igitur instrumentum fideicommissi contineri scripserit, & verum sit, probabile est, vt medijs temporis augmenta fortuum, & partuum, itēque detrimenta fatalium fideicommissi non contineri responderit. Idque etiam olim ante nos Martinus docuit, vt Accursius refert, visum est tamen hoc capite pluribus confirmare, vt Martini opinionem, quam nec ipse constanter defendit, nec interpretes communiter sequuntur, verissimam esse omnes posthac intelligant.

CAPVT VI.

De sententia & emendatione §. vlt. l. si mulier. §. 9. D. de iur. dot.

Si eius mulieris nomine, quæ libera videbatur, decem in dotem dederis, Marcellus scribit in §. vlt. l. si mulier. §. 9. D. de iur. dot. & extra dubitationem esse posse te eo casu habere conditionem, quā habere potuisses si libera mulieris nomine dedisses, nec nuptiæ secutæ essent. Verū enim est non esse secutas nuptias, quæ scilicet cū ancilla contractæ non fuerunt. Quod si manumissa nupterit, ita demum doti futurum id quod dedisti, si ea mente dederis vt quando cunque secutis nuptiis dos esset: alioquin non ideò impeditur conditio, quod postea secutæ sint nuptiæ, quæ contractus, & donationis tempore fieri non potuerunt. Igitur, inquit ille, si mulieri donaturus dedisti, dominus mulieris condicet, quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset, mulieri ipsi donare iussisset. Sic enim legendum arbitror, quemadmodum in plerisque libris legitur, non quomodo in Florentinis, mulieri ipsam donare iussisset, quæ nullius sensus lectio est, nec quomodo ex Græcorum interpretatione Cuiacius testituit, mulier ipsa marito donare iussisset. Hæc enim emendatio non solum minus probabilis est, sed etiam facit vt parum elegans Marcelli sententia esse videatur. Quis enim existimaret quicquam interesse an iussu an iniussu mulieri dos marito promissa esset? aut quid ancillæ iussus efficere posset? At neque in præcedentibus Marcelli verbis quicquam est ex quo possit colligi tractare eum de dote marito iniussu mulieris data. Sed & si ponas iussisse mulierem id quod ei donaturus eras, marito suo donari, non puto acquiri domino conditionem. Cur non enim marito acquiratur, quod tu ei donaueris? Nisi forte dicas, quod Cuiacius ait, in illis verbis, marito donare iussisset, dixisse Marcellum donare pro dare, quod etiam minus probabile, & à verbi proprietate satis alienū est. Sed si mulieri donaturus marito dedisti, casus hic longè alius & dubitabilior est, quā si eum domino donare velles iussu eius ancillæ ipsi dederis. Et si enim vtroque casu domino conditio competit, facilius tamen hoc quā illo, quia maior ratio est vt donatum videatur domino, quod iussu eius mulieris donatur, quā quod mulieris nomine incio & ignorante domino, marito donatum est.

Quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt, pro legendum esse nec. Id enim suadent & precedentia, & sequentia. In principio legis Vlpianus ait veram se putare Neratij sententiam, vt si quis agat ex edicto illo Prætoris de seruo corrupto, furta postea facta in æstimationem non veniant. Et huius sententiæ rationem illam reddit, quod nec verba edicti, quanti ea res erit, omne detrimentum recipiant. At ratio repugnatet sententiæ si sic legeremus, nam & verba edicti. Si enim verba edicti omne detrimentum recipere etiam furta postea facta in æstimationem veniant. Sed neque verba edicti lectionem hanc patiuntur. Non enim sic cõcepta sũt simpliciter, quanti ea res erit, sed quanti ea res erit, id est, quanti id est intererit. Ideo, inquam, id est, propter eam persuasionem, & corruptionem, vt ex totius edicti contextu intelligi potest, leg. 1. D. de seruo corrupto. Eamque ob causam si, vt statim exempli causa Vlpianus subiicit, seruo tuo persuaserim vt chirographa debitorum corrumpat, vtique tenebor, quia propter persuasionem meam id factum est. Sed si consuetudine peccandi postea & rationes exteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interleuerit, aut deleuerit, dicendum erit me horum nomine non teneri. Non quod pro his rebus serui corrupti actio non cõpetat, si in his deterior seruus factus sit d. l. 1. §. vltim. sed quia in proposita specie non tam facto meo & persuasione quam peccandi consuetudine seruus ea delicta comisit videatur. Ac sane si hæc quoque omnia in æstimationem veniant, cresceret penè in infinitum eius quod interesset æstimatio: quod ne fiat, prudens legislator cauere semper solet, quia cum in rebus omnibus, tum maxime in æstimatione eo quod interest, honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusq; luxuria subiequenda, l. ex damni. 40. D. de dam. infect. l. Titius. 43. §. vlt. cum, seq. D. de act. empt. ¶ Quæ verò ab Accursio affertur huius loci quem emendamus interpretatio probabilis non est. Ait enim sic debere Vlpianum intelligi vt ea verba edicti quanti ea res erit omne detrimentum præsens recipiant, quod ad Neratij sententiam confirmandam minus sufficeret, nisi diceret præsens dumtaxat, quo admissio tollenda esset vniuersalis illa dictio omne, quæ vtrique Vlpianus malè addidisset si de præsentis duntaxat detrimento sensisset. Sed & cum Neratij sententia vt furta postea facta in æstimationem non veniant, per negationem concepta sit, consequens est vt rationem quoque negatiuè Vlpianus subiecerit, quod nec verba edicti quanti ea res erit, omne detrimentum recipiant. Frequentem verò esse errorem hunc in libris nostris vt pro & scriptum sit nec, vel contra, cum ex Cuiacii aliorumque recentiorum obseruationibus cognosci facillè potest, tum ex his etiam quæ sequenti capite subicemus.

CAPVT IX.

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

SVM MARIA.

1. Res quas ex pecunia dotali maritus suo nomine comparauit, ipsius fieri non vxoris: & responsio ad l. res quæ. ff. de iur. dot.
2. An res ex pecunia minoris ab eius curatore comparata, à minore per vtilem actionem vindicari possint?
3. An res ex pecunia dotali vxoris nomine comparata verè dotales efficiantur?
4. Responsio ad l. vxor marito. 55. de don. int. vir. & vxor. & eius emendatio.

5. Examinantur & explicantur rationes in d. l. 1. vxor à Paulo allata.

Mirari sæpè mihi cõtingit cur ei quod dici solent rem, quam suo nomine maritus ex dotali pecunia comparauit, ipsius fieri non vxoris, l. ex pecunia dotali. 12. C. de iur. dot. l. vlt. C. de seruo pignor. dat. man. interpretes vulgò opponant quod ex Caio scriptum est in leg. res quæ. 54. D. de iur. dot. res quæ ex dotali pecunia comparatae sunt dotales videri. Quid enim facilius, quam illud videre, non loqui Caium de rebus mariti nomine comparatis: Illud namque certissimum & verissimum est, res, quas ex pecunia dotali maritus suo nomine comparauit, ipsius fieri, non vxoris neque ab vxore aut directa aut vtili actione, re vindicari posse, siue ipsius voluntate siue inficia absente ea comparatae sint, quia iuris ratio facit vt aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tã actionem empti quam dominum si tradita fuerit possessio adquirat, adeo vt nec si tẽ vxori tamen acquireret possit, l. si ex ea pecunia. 6. de rei vindicat. l. qui aliena. 8. C. si quis alteri vel sibi in parricid. 4. C. comm. vtriusque iudic. l. 2. C. pro socio. alique innumetis. Neque certissima huic iuris regula exceptio aliqua subiici potest, nisi in re ex pecunia militis empti leg. sicut proponas. 8. C. de rei vindic. quæ cum ait obtentu & fauore militiæ dari vtilem vindicationem militi ex cuius pecunia res empti est, tẽ petere ostendit non idem alio villo casu dici posse. Quod enim plerique tradunt idem minori priuilegium concessum esse si ex eius pecunia rem aliqua curator comparauerit, l. 3. Cod. arbit. iur. falsum mihi videtur, & illius legis responsum specialem sane habet rationem, quod in ea specie decreto Præstidis deposita esset pecunia ad comparandam nomine minoris, vt lex ait possessione, quam tamen curator mala fide suo nomine comparauerat. Inde enim sit vt electio minori detur, vtrum pecuniam suam cum legitimis vsuris à curatore iudicio tutelæ recipere, an verò negotium sibi à curatore in emptione gestum fuisse malit, inspecto scilicet eo, quod curator gerere debuit, potius quam quod mala fide & contra Prætoris decretum gessit. Quemadmodum & quod nonnulli obiciunt ex l. ex facto. 52. vers. scilicet plane, Digest. de pecul. ad rem omnino non pertinet. Ibi enim pupillo datur vindicatio nummorum quos tutor crediderat, aut si consumpti sint, condicatio, quia eos tutor non suo sed pupilli nomine crediderat, & quamuis suo nomine credidisset, sibi tamen actionem quærere non potuisset, cum seruus esse facti proponeretur. Eam verò rem quæ ex dotali pecunia comparata sit à marito proprio suo nomine, dotalem fieri & vxori acquiri nusquam scriptum est & nusquam traditum. Caius enim in d. l. res quæ, loquitur de re vxoris non mariti nomine comparata, vt dictum est, & hanc tamè dotalem duntaxat videri scribit. ¶ Quod si obiciatur ea dictione videtur, significari nõ esse eam verè dotalem, nequè fuisse cur de illo Caius dubitaret, si vxoris nomine res comparata fuisset. Respondeo, quod interpretes non animaduertunt, differentia hæc esse. Rem ex dotali pecunia vxoris nomine comparatam vxori acquiri, & dotalem effici. Vxori acquiri certissimum est, atque ita certum est vt à Iureconsulto doceri id necesse non fuerit. Sed quia non quicquid vxoris est continuo & dotale dici potest, dubitari poterat non ineleganter an ea res dotalis esset. Videbatur enim dotalem eam non esse, quia post dotem consti-

tutam acquisita fuisset, quamuis ex pecunia dotali: sicut nec pretium ex re furtiua redactum furtiuum dicimus, l. qui vas. 46. §. vltim. D. de furt. nec rem pignoratam, quæ ex nummis pignoratim empta est, l. idemque 7. §. vltim. D. qui potior. in pign. habeant. nec communem vsuram, quæ ex communi pecunia ab altero sociis proprio nomine foenerata debetur, l. si vnus. 67. §. 1. D. pro socio. Ac sanè dotalis reuera non est res quæ ex dotali pecunia empta est, sed tamen videtur esse, vt perinde ac si in dotem data esset dotis iudicio peti possit. Idque siue maritus soluendo sit siue non, cuiusque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti subrogata est, nec male quis dixerit extare adhuc videri pecuniam, quæ in rem & corpus verba est, arg. l. Imperator. 70. cum seq. de legat. 2. Quod si pacto inter virum, & vxorem conuenient, vt dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, & transferretur in corpora, certum est non solum valere pactiõnem si mulieri proficit, sed etiam corpora effici verè dotalia, l. ut constant. 26. cum l. sequent. D. de iur. dot. l. si mulier. 21. D. de pact. dotal. scilicet si ex ea pecunia vxoris nomine empta sint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum d. l. si ex ea pecunia. & aliis supradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam non esse verè dotalem, siue maritus soluendo sit, siue non, vt eos refellam qui putant eo casu quo maritus soluendo non sit, posse rem quam ille suo nomine emerit, vindicari ab vxore vtili in rem actione ex l. vxor marito. 55. in fin. D. de don. inter vir. & vxor. idque adeo ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res est, si emptor soluendo non sit: quod tamen & sine lege dicunt & sine ratione. Tantum enim abest vt eo nomine vtilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta est, vt nec Seruiana agere possit nisi specialiter vel generaliter de pignore conuenient, l. quantum. 17. Cod. de pignor. Tamen cum de pignore conuenient in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur, l. licet. 7. Cod. qui potior. in pign. habeant. Et vt breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ, sed si expressam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo illud concessum est vt ex eius pecunia empta res illi tacitè sit obligata, d. l. idemque in princip. & l. 3. D. de reb. cor. qui sub iur. vel cur. at. sunt. Ex quo magis intelligitur verum esse quod dicimus, rem ex pecunia minoris emptam ipsius non fieri sed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum esset, cum pupillus fauorabilior sit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem suam posset, l. neque pignus. 45. D. de regul. iur. ¶ Quod autem obicitur ex d. l. vxor marito, ad rem non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat, sed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritum locupletiorum factum ex donatione si ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus soluendo non sit, quia hinc non quæramus quod ille deducto are alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat: & idèõ teneri cum condicatio actione, si mulier donationem reuocet, quasi nihil intersit, an ei pecuniam, an rem ipsam vxor donauerit, nisi quod illo casu vindicare rem directò posset, quam isto non potest, quia maritus sibi non vxori rem emisse proponitur. Nec erit, inquit Paulus, deterior conditio viri si ei pecunia quatenus res valet non vltra id tamen quod donatum est condicatur, quam si dotis

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

CAPVT X.

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

SVM MARIA.

1. Diuiditur dicta lex in duas partes, & prima partis sententia proponitur.
2. Quid per substantiam obligationis in prima legis parte intelligatur?
3. Quenam fuerit Imperatorum sententia in posteriori dicta legis parte.
4. An in secunda dicta legis specie vsura ex pacto non debita actione ex vendito peti possint.
5. Non observatio ad posteriorem dicta legis partem.
6. Cur in dicta posteriori specie ex stipulatione peti non possint vsurae vi & potestate pacti, quod in commenta appositum est?
7. An si in eadem specie debita fuisset ex mutuo pecunia, & post debiti nouationem factam in continenti de vsuris pacto nudo conuenisset, vsurae ex stipulatione peti possint?
8. An ex hac lege colligi possit, hodie ex quacunque causa creditam fieri nuda pactiõne pecuniam, que ante credita non erat?
9. Male à nonnullis interpretibus formatam fuisse huius legis speciem.

Legis verba hæc sunt, Si ex pretio debita quatuordecim facta nouatione per stipulationem vsuras licit-

tas ab eo contra quæ supplicas, stipulatus es, falsa mutuo data quantitatis demonstratio præmissa, cum obligationis substantia non defecerit, quominus vsque ad placitum modum vsuræ possint exigi, nihil nocet. Si verò citra vinculum stipulationis tatum mutuam pecuniam datam conscriptum est & eius præstari fœnus conuenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione. Apparet igitur legem hanc duabus sententiis & partibus contineri: quarum prior minus difficilis est, & ab omnibus ferè interpretibus rectè sic accipitur, vt si venditor cui pretium ex causa vèditionis debebatur animo nouandæ obligationis vèditi pretium stipulatus postea vsuras stipuletur tanquã mutuo data pecuniã & fœnoris nomine, mutua namq. pecuniã duntaxat fœnus proprie est, alterius verò pecuniã vsura nõ fœnus vsuras ex stipulatu petere possit. Quãquã enim falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa est, cù pecunia ex stipulatione non ex mutuo debeatur, tamen vt promissæ vsuræ exigi possint, satis est non deficere vt substantiam obligationis, id est, vt ego interpretor, stipulationem interuenisse, per quam certum est rectè contrahi fœnoris præstandi obligationem. *l. idemque 10. §. si Titio. D. mandat. l. si pro patre. 10. §. sed utrum. D. de in rem verso. l. Titius. 24. de præscr. verb. leg. 3. C. de vsur.* Obligationis enim substantia in eo consistit, vt alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, *l. 3. D. de obligat. & action. eamque ob causam obligationem iuris vinculum esse diffinimus.* Neque eorũ interpretatio recipi potest qui hinc obligationis substantiã de pecunia debita dici arbitrantur. Sic enim fiet vt neq. in posteriore legis parte obligationis substantiam deficere dici possit: quam tamẽ deficere, & ex solius stipulationis vinculo & potestate æstimandam esse probat aperte verba illa. *Si verò citra vinculum stipulationis.* quæ ad posteriorem legis partem pertinent. Si igitur citra vinculum stipulationis, duntaxat mutuam pecuniam datam esse conscriptum sit, eiusque præstari fœnus conuenit; maior dubitatio est an vsuræ peti possint. Obscurum enim videtur, quod ad quæstionem hanc Imperatores respondent simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutasse obligatione. Nam præcedentem obligationem interpretes omnes intelligunt obligationem venditi, cum ex pretio debitam fuisse quantitatem in legis principio scriptum sit. Indeque nimirum dubitandi causa nascitur, an vsuræ debeantur necne, quia obligationis venditi natura vtramque interpretationem admittere videatur, cum actione ex vendito vsuræ quæ promissæ non sunt, non aliter peti possint, quam si in soluendo pretio mora facta sit, *l. ult. ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. qui per collusionem. 49. §. ult. D. de action. emp. leg. mora. 32. §. in bona fidei. D. de vsur.* Debeantur verò etiam, quæ nudo pacto promissæ sunt, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. *l. Lucius. 24. in fin. l. Publia. 26. §. 1. D. de positi. l. qui negotia. 34. D. mandat.* Communiter tamen & rectè creditum est eam esse Imperatorum sententiam vt in ea specie ad quam posterioribus verbis respondent, vsuræ non debeantur. Illud enim manifestum est non nisi de vsuris consultos eos fuisse: de iis verò aliter in posteriori quam in priori specie respondisse: in illa scilicet vsuras deberi, in hac non deberi, quod simulatis pro infectis habitis debetur, in hac non debetur, quod pactum nullum intercessisset. Sed non probo quod vulgo interpretes sentiunt, in ea facti specie de qua ab imperatoribus responderi existimant, hoc est, cum

venditor pecuniæ, quæ sibi ex pretio & venditione debebatur, tanquam mutua fœnus præstari citra stipulationem pactus est, promissas vsuras non deberi. Dico enim deberi eas, & actione ex vendito peti posse: exemplo & argumento eius quod in quæstione non dissimili Africanus respondet in *d. l. qui negotia. 34. D. mandat.* vsuras promissas quasi ex pecunia credita, quæ tamen re vera non ex mutuo, sed mandati iudicio debebatur, eadem mandati actione peti nihilominus posse. Cur non igitur, & in ea specie de qua disputamus venditori ex vendito agendi præstabuntur? Nam si pactum hoc pro infecto habitis, quia simulatum sit, vt lex ait, nec simulationem aliam adferas, quàm quod pecunia ex mutuo non deberetur, dicam & in eo pacto quod Africanus valere vult, idem tractari posse, & in prioribus huius legis parte eandem rationem si recta esset, fecerunt, vt neque ex stipulatione deberi vsuræ possint, quod ea quoque simulata, & pro infecta habitis, cum in stipulationem deducta sint vsuræ vel mutuo data pecuniã, quæ tamen non fuit data. Non enim possis respondere, maiorem vim esse stipulationis quàm pacti quod post bonæ fidei contractum incontinenti factum est, quodque ipsi contractui in esse dicitur, vt ex contractu actio detur in id quod pacto est comprehensum. *l. iuris gentium. 7. §. quum. & §. adeo. D. de pact. l. in bona fidei. 13. C. eod.* Neque minus, simulatam stipulationem potius quàm simulatum pactum tueri possis, cum in stipulationibus cæteriisque contractibus id perpetuum sit, vt quæ simulatè gesta sunt pro infectis habeantur, nec nisi rei veritas inspicatur. *l. i. & tot. tit. C. plus valet. quod agit. quam quod simulat. concip.* Ergo quemadmodum non eò minus utilis vsurarum stipulatio est, quod pecunia mutuo data non sit, cum verè non simulate vsuras emptor promiserit, ita cum pacto nudo promissæ sunt vsuræ tanquam pecuniã creditæ quæ credita non est, dicendum est promissionem hanc veram esse non simulatam, illud verò duntaxat simulatum esse, mutuo datam pecuniam, quæ data non fuit, & fœnus promissum quod fœnus esse non potest, sed vsura. Ac proinde sicut quæ per stipulationem, sic quæ pacto nudo statim post venditionem adiecto promissæ sunt vsuræ, licet falsa credita pecuniã demonstratio præcesserit, debentur & actione ex vendito peti possunt. Alia igitur legis huius interpretatio quærenda est, & illud obseruandum quod nondum quisquam fortassis obseruauit, in vtraque specie de qua quæritur proponi factam nouationem obligationis venditi, totamque eam translatam esse in verborum obligationem, vt probant verba illa, *novatione facta,* quæ in principio legis posita in fine repetita intelligi debent. Non enim Imperatores distinguunt an quæ ex pretio debebatur pecunia per stipulationem facta nouatione promissa sit, necne: Sed an facta nouatione obligationis venditi vsuræ quasi mutuo data pecuniã per stipulationem promissæ sint, an pacto nudo, vt ex stipulatione peti possint, ex pacto nudo nõ possint. Cum igitur nouatio facta esse proponatur, atque ita venditi obligatio perrepta, quæri amplius nõ oportet cur vsuræ pacto vèditioni adiecto promissæ actione ex vèditi minime debeantur. Sublata enim obligatione, quæ actionis veluti mater est, nulla aut ad pretiũ aut ad pretij vsuras ex vèditi actio superesse potest. At neque ex stipulatione peti vsuræ poterunt, cum in eã rem nulla stipulatio interuenierit. Restat vt nulla actione peti eas posse cõcludamus. Nam pactũ quo promissæ sunt

quia

quia nudũ est, nec stipulatione aut contractus coherentia confirmatum, vtile & efficax esse non potest, præsertim ad inducendam obligationem, & actionem: ac simulatis pro infectis habitis, hoc est sublata causa pacti quo de fœnore præstando conuenerat ac si pecunia credita fuisset, quæ non fuerat credita quod superest scilicet nuda vsurarum promissio nihil de præcedenti mutare potuit obligatione, id est, efficere non potuit, vt obligatio pretij quod iam non ex vendito sed ex stipulatu deberet vsurarum accessione & obligatione augeatur. Alioqui eueniret vt vsuræ nudo pacto & sine causa promissæ, atque obligationis substantia deficiente nihilominus deberentur, quod iuris ratio non admittit. Non ergo pactum ipsum vsurarum simulatum est, sicut nec in prioribus legis parte vsurarum stipulatio simulata, sed tantum causa pacti, quoniam nulla mutuo data fuerit pecunia: quæ res facit vt pactum prorsus nudum & inutile sit. Ex præcedenti autem obligatione hoc est ex stipulatu præstandæ non sint vsuræ, quæ in stipulationem non sunt deductæ. Sed hinc non inelegans dubitatio illa incurrit. Cur non ex stipulatione peti possint vsuræ vi & potestate pacti, quod incontinenti appositum est, cum dici soleat pacta incontinenti facta etiam stipulationibus inesse. *l. lecta. 40. D. de reb. cred. l. si ita quis. 13. §. Seia. D. de verb. oblig.* Nam de pacto incontinenti appposito rescriptum hoc intelligi debere verisimilius est, & solent plerumque venditores qui pretium nouandi animo stipulantur vt sibi emptorem strictius obligent, de pretij quoque vsuris eodem tempore pacisci, ne dum conditionem suam meliorem facere volunt, deteriorem constituent in eò quod ex stipulatu non nisi post litem contestatam consequi vsuras possent, quas ex venditi aut alio bonæ fidei iudicio saltem a tempore moræ consequerentur. Verum responderi potest, pactum huiusmodi de præstando fœnore stipulationi pretij non inesse, quoniam nec expressis verbis ita cõcipi stipulatio potuisset, vt pecunia ex pretio deberetur, fœnus vero mutuo datæ pecuniã præstaretur: at potius inepta esset ea stipulatio. *Centum que mihi ex fundi Corneliani pretio debes Cal. Ianuariis proximis dare, & eius pecuniã nomine quã tibi mutuam dedi, fœnoris nomine in singulos menses denarios tot dare spondes.* Solemus autem dicere eadem pacta stipulationi inesse, quæ ipsis stipulationis verbis aptè comprehendere potuissent, ne alioqui plus pacto, quàm stipulationi tribuamus. Vnde sit, vt quod in prioribus rescripti parte traditur falsam mutuo datæ quantitatis demonstrationem non nocere, quominus in stipulatu deductæ vsuræ peti possint, ita accipiendum putem, si altera stipulatione promissæ sint non illa ipsa quæ actionem venditi in verborum obligationem facta nouatione transtulit. Idque legis verba non obscure demonstrant, quæ nouationem primũ factam, deinde vsuras per stipulationem promissas esse ponunt. Non eadem ratio est pacti, quod statim post bonæ fidei contractum interuenit: hoc enim non ex verbis quibus conceptum est æstimatur, sed ex natura contractus cui adicitur, quæ conventionem illam & promissionem vsurarum quibuscũque verbis facta sit, facile admittit. Planè si quis proponeret in specie quam tractamus debitam fuisse ex mutuo pecuniam & nouatione debiti facta per stipulationem, incontinenti de vsuris pacto nudo conuenisse tanquam de fœnore pecuniã creditæ, non dubitarem quin ex stipulatione vsuræ peti possent: quia licet credita dici non possit amplius pecunia,

quæ ex stipulatione non certi conditione propter nouationem deberetur, falsum tamen aut simulatum dici in totum non posset quod veritatis primordio adiuuaretur, vt in simili specie Papinianus respondit in *l. cum filius. 76. §. heres meus. de leg. 2.* neque hinc ratio vlla esset, cur non stipulationi pactum inesse dici posset. *d. l. lecta. & d. §. Seia.* Cùm enim pactum, & stipulatio verbis fiant, nec ferè in alio inter se differant nisi quod aliis paciscendi, alius stipulandi animus est. *d. l. iuris gentium. 7. §. quod ferè. D. de pact. l. 1. §. eum qui. D. de consi. pec.* facile fit vt stipulationi in fine pacta incontinenti facta, quasi animus ille stipulandi & voluntas, quæ stipulantium fuit in stipulando, in pacto quod statim factum est subesse adhuc, & durare videatur. Idque fortassis non malè quis colligat ex illis verbis, *simulatis pro infectis habitis.* Simulatio enim nulla esset, si verè pecunia credita fuisset, ideoque illud de præcedenti obligatione pactum immutasset, quod ex stipulatione vsuræ peti possent, quæ alioqui non potuissent. Sanè in certi conditione, quæ ex mutuo competit, aliud iuris est. Si enim pecunia mutuo data sit, & de præstando fœnore tametsi statim, & incontinenti conuenierit, certi tamen conditio ad vsuras minimè extendetur, quoniam re contrahi obligatio non potest, nisi quatenus datum est. *l. si tibi. 17. D. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi. D. de reb. cred. l. cum vtra. 9. Cod. de non numerat. pecuniã.* Hinc porro intelligimus, quàm magno in errore ij versentur, qui scripserunt hoc Imperatorum rescripto confirmatam esse Vlpiani opinionem in *l. singularia. 15. D. hoc tit.* & hodie dici posse ex quacũque causa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ antè credita non erat. Id enim à veritate, iurisque ratione adco alienum est vt nec Vlpianus ipse ita dici posse crediderit, nisi duobus illis casibus, quos refert in *d. l. singularia.* hoc est, si debitorem meum tibi pecuniam dare iussero, & si quam à me ex causa mandati pecuniam habes, consentiam vt crediti nomine retineas. Quorum alterum Africanus in *d. l. qui negotia. ff. mandat.* fatetur benignè receptum esse: alterum verò negat recipiendum: & ab absurdo sic argumētatur vt facile sit intelligere nulli vnquam Iuriconsulto in mentem venisse vt diceret nuda pactione ex quacumque causa creditum fieri posse. Non enim nisi re contrahitur, vt omnia omnino iure testantur, nec vetera duntaxat, sed ea etiam quæ post hanc Diocletiani & Maximiani legem Iustinianus in Institutionibus aliisque locis conscripsit. Et verò quid absurdius dici potest, quàm ab Imperatoribus confirmatum, aut inductum esse id, de quo ne per somnium quidem cogitauerunt. Neque enim de illo consulebantur, an mutuum contractum esset, sed an fœnus promissum deberetur. Nec, si nuda pactione fieri creditum posset, rescriptum falsam mutuo datæ quantitatis demonstrationem præmissam fuisse: neque item verba illa subiecissent *simulatis pro infectis habitis.* Siquidem in ea vsurarum conventionem nihil erat, quod simulatum dici posset, nisi quod pecuniam creditam esse scriptum fuerat, quæ tamen credita non erat. Non possis in ea specie aliam simulationis rationem comminisci, quæ porro nulla esset si nuda conventionem creditum fieri potuisset. Illud certè Imperatores inueniunt, nulla interueniente simulatione, si vsuræ promissa fuisset non fœnus, futurum fuisse vt deberetur, quia tale pactum incontinenti factum stipulationi inesset. At longè improbabilius est, ne dicam absurdius, quod eruditè quidã viri & bene alio-

30
 quin de iure nostro meriti tradiderunt, ita consti-
 tuendam esse huius legis speciem, ut Nicander ad
 quem Imperatores rescribunt maiorem summam à
 suo debitore stipulatus quàm ei mutualet, paulò
 post ab eodem ex eadem summa licitas vsuras esset
 stipulatus. In qua specie priorem contractum vsu-
 rarium esse dicunt, secundum non item nisi pro ea
 parte pecuniæ quæ debitori verè numerata nõ fuit:
 ac si vsuræ pacto nudo promissæ sint, eas non debe-
 ri. Quorum omnium nihil est quod ad rescripti ver-
 ba, & sententiam accommodatum videri possit. Lex
 ait debitam fuisse ex pretio quantitatem, & falsam
 mutuò datæ quantitatis demonstrationis præmis-
 sam esse. Isti contrà ex mutuo debitam fuisse aiunt,
 de pretio tacent. Lex ponit factam fuisse nouatio-
 nem, isti præmittunt. Lex ait vsuras in stipulatio-
 nem deductas vsque ad placitum modum peti posse,
 isti contrà illicitas vsuras fuisse præmissas pro ea par-
 te quam debitori numeratam non esse comminif-
 cuntur. Lex ait obligationis substantiam non deficere,
 isti pro parte deficere interpretantur. Lex dicit si-
 mulatis pro infectis habitis vsuras nudo pacto pro-
 missas non deberi, isti simulationem nullam agnos-
 cunt nisi pro parte vsurarum, neque tamen vsuras a-
 liquas ex pacto nudo deberi volunt. Denique aper-
 tissimum est, quod iam docuimus, non de illo quæsi-
 tum ab Imperatoribus fuisse an contractus vsura-
 rius esset, necne, sed an sub falsa mutui pecuniæ de-
 monstratione promissæ vsuræ ex stipulatione aut
 nudo pacto deberentur. Quod à summis viris acuti
 & perspicacis ingenij animaduersum non fuisse mi-
 nor. Alias aliorum interpretationes equè aut magis
 ineptas nec referre nec refellere operæ est.

CAPVT XI.

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

SYMMARIA.

- 1 Eum qui per plurimum prædia aquam iure seruitutis ducit, neque eorum cuius, neque alteri vicino haustum ex riuo cedere posse.
- 2 Huius iuris rationes ab Africano redditas ab Accursianis bene intellectas non fuisse.
- 3 Cur ex bono & aquo non valeat illa conuentio, qua illi ipsi per cuius prædium aqua ducitur, haurienda ex riuo aque ius conceditur.
- 4 Quid si in imponenda seruitute per pactum aut stipulationem ita conuenierit, an stricto iure valebit illa conuentio?
- 5 Emendatur ultima verba d. l. cum esset. & emendationis ratio affertur.
- 6 Pauli Castrensis ad illa ultima verba interpretatio rejicitur.

SI per plurimum prædia aquam ducis iure seruitutis constitute, quoquomodo ea seruitutis imposita sit, neque eorum cuius, neque alij vicino haustum ex riuo cedere poteris, nisi cum seruitus constitueretur pacto vel stipulatione conuenierit vt id tibi liceret, quemadmodum Africanus respondit in l. cum essent 33. §. 1. D. de seruit. rustic. prædior. vbi eius sententiæ duplicè esse rationè demonstrat, nèpe quod neque prædiũ sibi ipsum seruire, neque seruitutis seruitus constitui possit. Nam siue alteri ex dominis per quorum prædia aquam ducis, siue alij vicino aquæ haustum cedas ex riuo per quem aqua ducitur, vtroque casu euenit, vt prædiũ ipsum quod aquæ ductus seruitutem debet sibi seruire, & seruitutis seruitus

constitui videatur. † In quo sanè errant Accursiani, qui putant ex his duabus Africanis rationibus priorem ostendere, domino prædij in quo riuus est, non rectè haustum ex riuo concedi, posteriorem vero, nulli. Etenim illo etiam casu quo haustum ex riuo cedere vis alij quàm ei per cuius prædiũ aquam ducis, vera & recta ratio illa est, quæ cessionem hanc impediatur, quòd ita fieret vt vicini prædiũ quod riuo seruitutem aquæ ductus debet ipsum sibi seruiret, quia licet haustus aquæ alteri fundo proficit, ipsum tamen prædiũ per quod aqua ducitur sibi ipsi ad haustum aquæ seruire necesse est, cum in eodem fundo aqua & ducitur & hauritur. Hoc verò à stricto, subtili, & vera iuris ratione omnino abhorret, quoniam fieri non potest, vt prædiũ vel domino suo, vel, quod adhuc absurdus est, sibi ipsi seruiat. Præter has rationes, illa quoque afferri potest, quod cum alij quàm ei per cuius prædiũ aquam ducis haustum ex riuo concedis, seruitutis conditionem efficit durior, quod tamen concedendum tibi non est, præsertim si ita facias ignorante aut contradicente eo cuius prædiũ illud est, quod seruitutem debet. † Sed difficilius illud est, cur non ex bono & æquo valere admittamus conuentionem si illi ipsi per cuius prædiũ aqua ducitur, haurienda ex riuo aquæ ius concedatur. Plurisque enim aliis exemplis probari possent conuentiones multas in constituendis seruitutibus ipso iure non valere, quæ tamen æquitatis ratione & Prætoris auxilio defenduntur. Vt contingit si in diem, vel ad diem, aut sub cõditione vel ad conditionem seruitus imposita sit. l. 4. D. de seruit. Aut si conuenierit ne emptor fundi Geroniani contra fundum Botroianum quem venditor retinebat piscationem thynnariam exerceat. l. venditor. 13. D. commun. præd. Responderi tamen meo iudicio potest, quod Papinianus ait in leg. obligationes. 27. D. de obligat. & action. obligationes quæ propriis viribus non consistunt, neque officio iudicis neq. Prætoris imperio, neque legis potestate confirmari. Hactenus enim æquas & iustas cõuentiones Prætor tuetur, vt ex iis det exceptiones ad elidendã actionem, aut replicationes ad elidendam exceptionem: non autem vt inducere possint obligationem, & actionem, cum lex iurisque ratio resistit. † Planè si in imponenda seruitute aquæ ductus conuenierit per pactum aut stipulationem vt tibi liceat haustum ex riuo cedere, siue illi ipsi per cuius prædiũ aquam ducis, siue alij vicino cuiilibet: Africanus ait valere conuentionem idque, vt ego interpretor, non ex æquitate duntaxat, sed stricto etiam iure, quia hoc casu dici non potest prædiũ ipsum sibi seruire, an seruitutis seruitutem constitutam esse, aut prædij seruiantis conditionem fieri durior. Vnica enim aquæ ductus seruitus est certa conditione & lege constituta, quam neque seruitutis natura, neque alia ratio vlla impedit. Et in eo etiam Accursius errauit, qui scripsit prædiũ in quo aqua nascitur hanc haustum seruitutem præstare, possetque eam constitui à domino prædij cui aquæ ductus debetur, licet fundi seruiantis dominus non sit, quoniam ita faciat domini voluntate. Hoc enim si verè diceretur, negari certè non posset quin prædiũ seruiens sibi ipsi seruiret, & seruitutis seruitus constituta videretur. Aut alia ratio quærenda erit, cur eum aquæ haustum cedere non liceat, nisi constitutæ seruitutis tempore vt licet conuenierit, maxime verò si cedatur ei per cuius prædiũ aqua ducitur: quod cum sit, eius voluntas requiri profecto non potest, cuius commodo & vtilitati cessio ipsa cederet si

ret si valerè, Neque tamen Africanus dubitet inutilem & nullius momenti esse cessionem, si ex interuallo post constitutam aquæ ductus seruitutem facta sit. Non igitur ad voluntatem domini fundi seruiantis respicit, sed ad licitam conditionem & legem iure constitutam seruitutis. vt in leg. 2. D. de riuis. † Hæc cum ita sint, apparet manifestè erratum esse in posterem illis Africanis verbis, neque seruitutis fructus constitui potest, & pro fructus potius legendum, seruitus. Nam præter id quod ex vtriusque dictionis affinitate facile error nasci potuit, vt nemo non videt, illud etiam me mouet, quod de seruitutis seruitute Africanus in ea quæstione disputat, neque de seruitutis fructu intelligi commodè potest. Si enim admitteres posse cedi haustum aquæ ex riuo per quem aqua ducitur, seruitutis seruitutem efficeret, nec tamen seruitutis fructum constitueret. † Nisi fructum accipias, pro cõcessione commoditatis quæ seruitus quædam esse videatur. Sic enim Paulus Castrensis interpretatur, Quæ tamen interpretatio ex eo refellitur, quod quamuis seruitutis vsus fructus constitui non possit sicut nec alia seruitus. l. 1. D. de vsu. leg. de illo tamen fructu non loquimur, qui sit seruitus, nec possit quis rectè dicere concessionem commoditatis alicuius, vt ille loquitur, seruitutem esse, nisi cætera omnia concurrant, quæ ad seruitutis constitutionem requiruntur. Sed neque illud verum est seruitutis fructum constitui non posse. Quid enim si fundi cui seruitus debetur, vsus fructus sit constitutus? Aut quid si vicino meo inferiori potestatem fecerim ducendi in suum fundũ partem aquæ quæ ex tuo fundo in meum seruitutis iure deriuabat? Vtique enim aquam, quæ fundum meum ingressa est possim alteri vicino concedere in eamque rem fundo meo seruitutem imponere, quæ tamen seruitutis seruitus non erit, sed duorum fundorum duæ erunt seruitutes, quarũ posterior quæ à me constitueretur, fructus sanè erit illius quæ fundo meo debetur. Rursus, quis nescit rusticarum seruitutum oppignerationem valere? leg. sed an vie 12. D. de pign. fructum autem esse vel pignori dare licere, leg. vlt. D. de vsu. & fruct. Seruitutis ergo fructus constitui potest, sed seruitus non potest.

CAPVT XII.

Nihil à Pandectarum compositoribus immutatum esse in l. ante tabulas. 5. ff. de iur. co.

SYMMARIA.

- 1 Ex codicillis ante tabulas testamenti factis, licet alia dispositione non confirmatis fideicommissum peti posse.
- 2 Huic iuri contrariam esse Papiniani sententiam in d. l. ante tabulas.
- 3 Quomodo accipienda sint illa Papiniani verba in d. l. 5. aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur?
- 4 Cur Papinianus specialem codicillorum in testamento confirmationem requisierit.
- 5 Qua ratione nitatur Seueri & Antonini rescriptum Papiniani sententia contrariam?
- 6 Illud rescriptum ad fideicommissorum dumtaxat confirmationem pertinere.
- 7 Dicti rescripti ratio à quibusdam Interpretibus allata rejicitur.
- 8 Diferentiam esse rationem codicillorum qui post testamentum, & eorum qui ante testamentum facti sunt.

PAPINIANUS scribit in leg. ante tabulas. 5. D. de iur. co. codicillos ante tabulas testamenti factos nõ

aliter valere, quàm si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmetur, aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur. Quæ tamè sententia non obrinuit, & ipsis Papiniani temporibus abolita est rescripto Imperatorum Seueri & Antonini quo constitutum fuit, vt ex codicillis qui testamentum præcedunt fideicommissum peti possit, si modo appareat eum, qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse vt Iustinianus refert in §. sed cum ante. Instr. cod. de codicillis. † Ex quo apparet Papiniani sententiã quæ adhuc extat in d. l. ante tabulas, ex diametro aduersari rescripto Seueri, duplicemque Francisci Duarenii errorem esse qui à Pandectarum compositoribus immutatam esse eam scripsit, ne Seueri rescripto aduersaretur. Nam quod Iustinianus supradicto loco refert, Papinianum existimasse codicillos ante testamentum factos non aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmetur: idem profus, in dict. l. ante tabulas. iisdem ferè verbis, sanè eodem sensu ex Papiniano traditur. Quid enim aliud est codicillis confirmari speciali postea voluntate, quàm confirmari testamento, quod postea factum sit, aut codicillis postea etiam factis? † Quod verò Papinianus adiicit, aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur, non ita accipiendum est, vt codicilli ante testamentum facti ex eo solo confirmari intelligatur, quòd à prior voluntate testator non recesserit, sed ita potius, vt quamuis nec testamento nec codicillis testator eos postea confirmauerit, si tamen extra testamentum vel codicillos dixerit, nil velle se prius factis codicillis derogare, aut alio quouis iudicio de ipsius voluntate appareat, perinde codicilli ante testamentum facti valeant, ac si specialiter testamento aut codicillis postea factis confirmati essent. † Cæterum confirmationem specialem Papinianus omnimodo requirebat, siue ex testamento, siue ex codicillis, siue ex alio quocumque voluntatis iudicio colligeretur. Ac Papinianum ea fortassis ratio mouebat, quòd is qui post factos codicillos testamentum aut alios codicillos facit, nec præcedentes vel confirmat, vel reuocat, eorum oblitus fuisse videatur, quorum si meminisset, voluntatis suæ iudicium aliquod verisimiliter reliquisset, vtrum eos confirmatos vellet an reuocatos. At cum post obligationem prioris scripturæ codicillos quis facit, aut testamentum, prioris scripturam contemnimus, & posterio rem solam attendimus, quia in vltimis defunctorum voluntatibus, non quid aliquando testatores voluerint, sed quid eo tempore quo suprema ordinarunt, inspiciendum & considerandum est, l. Seia. 20. D. de instrum. & instrum. legat. l. quingenta. 12. D. de probat. Placuit tamen Seueri & Antonino requirendum non esse, vt priores codicilli testamento vel codicillis postea factis confirmentur, at illud duntaxat, vt testator à prior voluntate non recesserit, hoc est expresse prioribus codicillis non derogauerit. † Quamquam autem huius rescripti, quod à Papiniani sententia alienum est, vix alia ratio reddi potest, illa tamen æquitatis & rationis species subesse videntur, quòd cum vtraque defuncti voluntas commodè seruari potest, nec altera alteri contraria est, vtramque seruari humanius, & vltimis testatorum voluntatibus fauorabilis esse videatur. † Præsertim cum ea Seueri constitutio ad fideicommissorum duntaxat confirmationem pertineat, vt Iustiniani verba satis aperte demonstrant, & iuris ratio euincit, quæ non patitur vt ea quæ prioribus codicillis scripta sunt verbis directis, aliter ya-

leant quam si specialiter codicillis testamento confirmati sint, quemadmodum ante nos superioribus annis alter ætatis nostræ Papinianus *Iacobus Cuiacius* ingeniosè & eruditè, vt omnia solet, obseruauit. Fideicommissa autem vt relinquuntur, ita confirmantur facilius quam cætera quæ nec in codicillis nudè relinqui possunt nec nisi verbis directis, cuiusmodi sunt legata, tutelæ, libertates, aliaque si quæ sunt id genus. Ad rē verò non pertinet Imperatorū Diocletiani & Maximiani rescriptū in *l. suo initio. 6. C. de codicill.* quo *Accursus* sic vitur, quasi cum illa Seueri constitutione congruat, cum tamen Papiniani sententiam potius adiuuet & confirmet. Eo namque loco illud tantum rescribitur, siue testator initio testamenti ea omnia generaliter quæ codicillis relicta fuerat, siue nouissimè relicta seruari mandauerit, confirmatione munitum legatum non iustam gerere sollicitudinem an quæ sibi relicta sunt debeantur. Id enim est quod Papinianus dicebat tutum esse legatarium, aut fideicommissarium si confirmatione munitus sit. Ex quo inferri magis potest ex codicillis non confirmatis nihil peti posse. Et cum ea lex sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui post Seueri & Antonini tempora imperarunt, facile ex eo intelligimus ea Seueri constitutione quam diximus non fuisse inductum generaliter vt quæcumque codicillis ante testamentum factis relicta sunt, valeant citra confirmationem. Alioqui neque illud Diocletiani rescriptum dubitandi rationem aliquam haberet, neque fuisset cur id Tribonianus in Codice relinqueret. Debet igitur Seueri constitutio de fideicommissis tantum intelligi sicut diximus, non de cæteris quæ in testamento & directis verbis relinquuntur. † Nec tamen satis peritè facere mihi videntur qui eius constitutionis rationem illam afferunt, quod fideicommissa in codicillis relicta valeant, licet nullum post eam testamentum factum sit. Maior enim ratio suadere videtur vt non valeant si post codicillos testamentum factum sit, & eo testamento codicilli non sint confirmati, quasi eorum oblitus omnino testator existimetur, quæ tota Papiniani sententiæ ratio est. Porro non illud Seueri & Antonini rescripto factum est, nec vero fieri potuit, vt codicilli ante testamentum facti eo solo confirmarentur quod postea testamentum vel alij codicillifacti sint, sed illud duntaxat vt quamuis confirmati non sint, perinde tamen fideicommissum ex iis peti possit, si appareat eum, qui testamentum vel codicillos fecit, à priore voluntate non recessisse, ac si confirmati essent, quomodo Iustinianus loquitur in *d. §. sed cum ante.* † In eoque diuersa ratio est codicillorum qui post testamentum facti sunt. Hi enim præcedentis testamenti potestate, omnimodo confirmantur, quamuis testamenti tempore de iis testator non cogitauerit, quia neque eorum oblitus fuisse videri potest, quod & iam olim *Accursus* rectè tradidit ex *l. 3. §. vltim. D. de iure codicill.* Cui sententiæ non refragatur quod Paulus ait in *l. ab intestato. 16. D. eodem.* ad testamentum quod quoquo tempore quis fecisset, codicillos pertinere. Id enim ita accipi debet, vt codicilli qui valent, & testamento confirmati sunt, testamenti ius & conditionem sequantur siue ante siue post testamentum facti sint, nõ autem ita, vt ad codicillorum validitatem & confirmationem nihil intersit an testamentum subsecuti sint, an præcesserint.

CAPVT XIII.

De questione *l. si duo. 16. D. de legat. præst. ad.*

SUMMARI A.

- 1 *Filium suum præteritum, si cum emancipato instituto bonorum possessionem contra tabulas petierit, legata exceptis personis præstare non teneri.*
- 2 *An emancipatus post acceptam bonorum possessionem liberis & parentibus legata præstare debeat?*
- 3 *An emancipatus institutus, qui contra tabulas petere potuit, si testatoris voluntatem retineat, pro ea parte quam ex institutione retinuit legata etiam extraneis personis præstare teneatur?*
- 4 *Ratio dubitandi in proposita questione ex Pauli sententia petita.*
- 5 *Præualuisse in dicta questione Vlpiani & Africani sententiam.*
- 6 *Pauli cum Africano & Vlpiano conciliatio ab Accursio & sequacibus allata reuocatur.*
- 7 *Diuersam esse rationem eius qui in fraudem testamenti & eius qui in fraudem duntaxat edicti de bonorum possessione contra tabulas ab intestato succedit.*

SI duo proponantur esse, vnus in potestate præteritus, alius emancipatus institutus, constat, eum, qui in potestate est commissum esse edictum vt siue is bonorum possessionem petat, contra tabulas, siue non petat, emancipatus licet institutus agnoscere eam possit. Vtroque verò agnoscente, dubitatio nulla esse potest quod ad eum pertinet qui in potestate est, quin nec liberis, nec parentibus carisque exceptis personis legata præstet, quoniam rem ab intestato habere intelligitur, & quemadmodum Paulus ait in *l. is qui. 15. D. de legat. præst. ab intestato.* idem cogi eum legata præstare quod bonorum possessionem contra tabulas acceperit, quam etsi non accepisset, nihilominus hereditatē suo iure habiturus fuisset. † Sed de emancipato maior dubitatio est, an post acceptam bonorum possessionem liberis & parentibus legata præstare debeat. Dubitandi verò causa illa est, quod si omnia institutione bonorum quoque possessionem repudiaret, vniuersa hereditas ad suum pertineret, quem diximus nec parentibus nec liberis legata debere. Verius tamen esse Vlpianus ait in *l. si duo. 16. D. de legat. præst. ad.* vt saltem liberis parentibusque præstet, neque inter iuris auctores controuersum hoc fuit. Manifestam enim rationem habet, quod emancipatus citra bonorum possessionem omnia institutione hereditatem suo iure obtinere nõ potuisset. † Sed & si petita per eum, qui in potestate est bonorum possessione, emancipatus hereditatis partem quam rupto per bonorum possessionem testamento consequi potuerat ex institutione retinuerit, æquè dicendum est legata eum liberis parentibusque debere, vt ibidem Vlpianus ait, multoque magis hoc casu, quam superiore, quoniam æquius sit non omnino à legatorum præstatione liberari eum, qui ex testamento succedat. Eaque ratio facit vt dubitari probabiliter possit, an non exceptis tantum, sed etiam extraneis & personis omnibus præstare debeat. Cum enim plena fruatur testatoris voluntate, plenum etiam obsequium præstare testatoris iudicio pro sua parte debet. Atque ita tandem Vlpianus suprascripto loco concludit, licet primùm addubitet. † Magna autē duditationis ratio videbatur, quia bonorum possessionem contra tabulas per fratrem præteritum petita, Prætor non aliam ob causam emancipatum institutum in partem hereditatis tueatur quam quod ex liberis sit, qui contra tabulas petere potuerunt. Qua ratione motus Paulus in *l. is qui. §. sed si scriptus*, ait veriorē sibi videri complurium senten-

sententiam, qui putant emancipatum institutum certis & exceptis personis, in hac specie legata præstare debere. Quod ego sic intelligo vt iis duntaxat non etiam extraneis præstet. Nam, & dubitatio longè minor est, quin exceptis præstet quibus præstaret, etsi bonorum possessionem accepisset. Et ratio illa Pauli non tam eò pertinet, vt exceptis saltem personis legata ab emancipato præstentur, quam vt ne extraneis præstentur. Hoc enim magis probatum esse idē Vlpianus testis est in *l. filium. 5. §. vlt. D. eo. titul.* & Paulus in *d. §. sed si scriptus*, ait ita complures putare. Sed quod subiicit id sibi quoque verius videri, Vlpianus in *dict. §. vltim.* non adiicit, nec quid sentiat exprimit, sed communiorem aliorum opinionem duntaxat refert in Edicti interpretatione. Quam tamen improbat libris Disputationum, in quibus non tam quid ab aliis proberetur, quam quid ipse sentiat, & sentiendum putet, diligentius exponit, in *dict. l. si duo*, vbi suæ sententiæ rationem illam adfert, quod æquū sit, eum qui plena testatoris voluntate fruatur, plenum quoque obsequium eiusdem iudicio pro sua parte præstare. Ac sanè ita ius est, vt qui à causa testamenti discedere potuit, si eam nõ omiserit, voluntati defuncti parere & obsequi habeat necesse. *l. Caij Cassij. 35. C. de fideic. liber.* Sed Pauli ratiocinatio hanc cõuincere & refellere videtur: quia q̄ institutus rupto per contra tabulas testamento nihilominus partem hereditatis ex testamento retinet, sit beneficio Prætoris qui testamenti ius iis conseruat, quibus si id maluissent, bonorum possessionem contra tabulas dedisset. Proinde eodem iure ceteri debent, ac si contra tabulas agnouissent, quemadmodum eadem ratio facit vt certis saltem personis legata præstent, quæ vtique præstarent si bonorum possessionem contra tabulas accepissent. † Vlpianus tamen sententia Africani quoque fuit, qui in *l. si ex duobus. 14. D. de bonor. possess. contr. tabul.* aperte scribit, emancipatum institutum, qui contra tabulas petere potuit, si testatoris voluntatem retineat hætenus conditionem suam deteriorem facere, quod extraneis quoque legata præstet. Frustrà itaque diuixus quis labore in iis conciliandis, qui vltro & ex proposito dissentiant, in ea præsertim questione, de qua magnis vtrinque rationibus disputari probabiliter possit. † Valeat ergo *Accursus*, qui Paulum loqui ait de suo herede instituto, aut de iis liberis, qui contra tabulas petere non possunt, cum apertissimè & de emancipato loquat, & sententiam suam ex eo confirmet, quod is de quo loquitur sit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt. Valeant etiam, qui distinguunt inter eum, qui plena testatoris voluntate fruatur, & eum qui non fruatur, interpretantes plena voluntate frui eum, cuius portio cõkursu præteriti non minuat: nec animaduertentes in specie ab Vlpiano tractata, concursu præteriti bonorum possessionem contra tabulas agnoscantis minui portionem eius: quem tamē omnibus legata debere ait, quod plena fruatur testatoris voluntate. Plena enim voluntate frui intelligi cum, qui que quid habet, ex testatoris iudicio, & voluntate habet, non qui id omne habet, quod sibi testamento relicto est. His verò quæ diximus finitimum illud est, quod idem Vlpianus scribit in *l. si filius. 23. D. si quis omis. caus. test.* Si filius qui patris potestate mansit heres institutus præterito fratre emancipato qui contra tabulas possessionem accipere potuit, vt intestati patris hereditatem agnouerit, legata omnibus eum præstare ex illo edicto, Si quis omnia causa testamenti: quod tanquam scriptus & ex testamento

hereditatem habere videatur. Nec est contrarium quod idem Vlpianus scribit in *l. quia autem. 6. §. pen. eo.* ex illo edicto fieri, vt qui accipiendo contra tabulas bonorum possessionem liberis parentibusque legata præstaret, si eam bonorum possessionem omiserit, & ab intestato successerit, cogatur ea præstare, quæ præstaret si contra tabulas accepisset, ac proinde ea duntaxat, quæ exceptis personis legata sunt, non quæ extraneis. † Alia enim ratio est eius qui in fraudem testamenti, alia verò eius qui in fraudem duntaxat edicti De bonorum possessione contra tabulas ab intestato succedit. Nam eum qui in fraudem testamenti ab intestato succedere maluerit, æquissimum est obligari ad ea omnia, quæ ex testamento debuisset. Eum verò qui aliter quam per bonorum possessionem contra tabulas aut ab intestato succedere non poterat, si in fraudem edicti possessionem omittat, & intestati successionem amplectatur, æquum non est plus debere quam si bonorum possessionem contra tabulas agnouisset. Vterque igitur fraudis suæ pœnas illas luit, vt tantum præstet, quantum si fraudem non fecisset.

CAPVT XIV.

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

SUMMARI A.

- 1 *Emptor rei sibi sub conditione legata, an existente conditione rem illam ex causa emptionis, an legati habere videatur?*
- 2 *De rei pretium solutum qua actione emptor repetat, an ex empto, an ex testamento?*
- 3 *Quenam actio emptori competat si rem illam legatam venditor nondum tradiderit, & pretium tamen accepit?*
- 4 *Examinantur & emendantur verba illa *d. l. is cui res. 29.* quia non ex causa legati rem habet.*
- 5 *An ei qui sciens rem sibi sub conditione legatam emit, existente conditione pretij soluti repetitio ex empto vel ex testamento actione competat?*

IS t̄ cui res sub conditione legata erat, si pendente legati conditione imprudens eam ab herede emerit, deinde legati conditio extiterit, quæri potest vtrū habere rem videatur ex causa emptionis, an legati. Etsi enim prius legata fuit res, quam emptoria tamen emptionis, quam legati iure acquisita est: quia eius legati, quod sub conditione relicto est neque dies cedit, neque acquisitio vlla intelligitur prius quam conditio extiterit *l. si ita sit scriptum. 45. §. si sub conditione. D. de legat. 2. l. is cui. 42. D. de oblig. & action. l. cedere diem. 213. D. de verbor. signific. Sed verius est legati & priorem, & potiore esse causam quam emptionis, quoniam existens conditio facit, vt perinde legatum debeatur ac si purè relicto fuisse, nec tã eius temporis, quo conditio extitit, quam quo testator mortuus est ratio habeatur, *l. si fundum. 105. D. de condit. & demonstr.* Vnde fit, vt si fundo legato mihi sub conditione pendente legati conditione heres me heredem instituat, ac postea legati conditio existat, in falcidiæ ratione fundus non iure hereditario sed legati meus esse intelligatur. *l. fundo. 4. D. ad leg. falcid.* Eum siquidem eram habiturus etiam alio herede existente, ideoque quo tempore mihi deferretur heredis hereditas, extra causam bonorum eius computatur, argum. *l. sequens questio. 68. de legat. 2.* Cum igitur in proposita questione rem legatam emptor habeat ex causa legati non emptionis, dubitatio illa nascitur, Si pretium rei venditæ solutum sit qua actione repetatur, an ex empto, an ex testamento. Et*

placet posse vtraque actione emptorem experiri, ita ut vtrum volet eligat: diuersa tamen ratione. Nam actionem ex empto illud inducit, quod cum eam rem existente legati conditione ex causa legata habere videatur, ut diximus, ex ea causa videtur illi euinci, quam scilicet non esset habiturus si alij legata fuisset. Euictionis autem nomine vel hoc saltem confecti debet ut ei pretium restituatur, quod iam penes venditorem sine causa esse incipit. Satisque venditori in eo parcurit, quod cetera non prestat, quae ratione euictionis praestari alias solent, quoniam scilicet emptori qui rem emptam possidet, licet ex alia quam emptionis causa, nihil nisi pretium abesse videtur. Quam ob causam non de euictione, sed ex empto agendum esse dicimus, quoniam res ipsa hoc casu non euincitur, imò sic emptori acquiritur ut euinci ei nunquam possit, quomodo Paulus in illa specie respondit, si seruum Titij mihi vendideris, deinde Titius me heredem reliquerit, in *l. si vendideris. 9. D. de euct.* Actionem verò ex testamento idem emptori accommodamus, quod cum rem habet, eiuusque pretium soluit, non prius habere eam videatur ex testamento, & testatoris iudicio satisfactum esse, quam ei pretium sit restitutum. Itaque licet ex testamento ad pretium agi non possit: quia testamento legata res est non eius pretium, neque item ad rem ipsam, quam iam habeat, rectè tamen & vtiliter agatur ex testamento ut testatoris voluntati pareatur, neque prius absolui herede oportebit quam si pretium restituerit, & hominem emptoris fecerit, ut Iulianus ait in *l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. D. de leg. 1.*

3 Quod si rem illam legatam emptori venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit, duplici actione ad duplicem causam emptori tenebitur, nepe ex testamento ut rem praestet, & ex empto ut acceptum pretium restituat: neque enim hoc casu actione ex testamento pretij restitutionem consequi emptor potest, cum testatoris iudicio satisfieri omnino possit rei ipsius, quae legata est, praestatione, ut idem Iulianus supradicto loco scribit. Ex quibus intelligi potest verum esse quod scriptum est in *l. cui res. 29. D. de action. empt.* eum cui res sub conditione legata erit, si imprudens eam ab herede emerit, actione ex empto pretium consequi posse: sed tamen falsam & ineptam esse rationem quae sequitur illis verbis *quia non ex causa legati rem habet.* Imò verò existente conditione legati incipit ex causa legati rem habere. *d. l. 4. D. ad leg. falc.* indeque nimirum euenit, ut ad pretium consequendum habeat emptor actionem ex empto quam utique non haberet si ex causa emptionis non legati rem possideret. Nec est, quod cum Ioanne & *Accursio* eam rationem sic interpretè. quasi Iulianus sententia sit non aliter videri emptorem ex causa legati rem habere, quam si pretium ei restituatur. Hoc enim supplere est non interpretari, eaque interpretatio committit licet rectam habeat sententiam, ad id tamen de quo quaerimus non est accommodata. Nam quod dicimus non prius satisfactum videri voluntati testatoris, quam si pretium emptori restituatur, actionem ex testamento duntaxat, non etiam ex empto inducit, ut scriptum est in *dict. §. qui seruum.* Idque iam ante nos Paulus Castrensis disputauit, sed quomodo locus restituendus esset ignorauit, ita ut Iulianum potius, quam *Accursium* aut Ioannem reprehendisse videatur. Puto autem legendum esse, *quia nunc ex causa legati rem habet.* Nunc, inquam, id est existente legati conditione: neque enim in praecedentibus verbum vllum

est, ex quo possit colligi conditionem legati existisse, quod tamen in illa quaestione necessariò ponendum est. Id verò neque breuius, neque elegantius exprimi potuit, quam dicti one illa nunc, quae sic accipi debet, ac si pluribus verbis scriptum fuisset, *stare legati conditione.* Similem errorem superiorum libro obseruauimus, & emendauimus in *l. 2. D. ad leg. Treb.* Mirum verò videri possit, quod Iulianus rem legatam emptam esse ab imprudente legato pendente legati conditione, cum etiam factum emisset, non ideo tamen aliud iuris constitutum haberet, quando nec volens legatarius relicta legati conditione legatum repudiare prius posset, quam conditio existeret. *d. l. 45. §. si sub conditione, de leg. 2.* Atque ita interpretibus omnibus placet in illi Iuliani quaestione, nihil interesse an sciens an ignorans rem sibi sub conditione legatam legatarius pendente conditione emerit. Quod tamen mihi probabile non videtur, quia neque Iulianum frustra de improdente locutum fuisse puto, neque dubito quin legatario qui sciens rem sibi legatam ante conditionis aduentum emit, si postea conditio existat solati prius repetitio siue ex empto siue ex testamento actione denegetur. Quamuis enim traditum sit neminem posse rem suam emere, siue sciens, siue ignorans emerit, illud tamen certissimum est ei qui sciens emere non restitui pretium, quod ignorantem emptori restituatur, *l. sua res. 16. D. de contra. empt.* Cuius namque per errorem soluti repetitio est eius consulto data. *l. obatio est. l. cuius per errorem. 53. D. de regulis iuris.* Quod si obiciamus non fuisse illicitam & inutilem venditionem quo tempore contracta est, quòd tunc nondum legati conditio extitisset, respondebo fuisse quidem ab initio vtilem, sed prudentem & scientem emptorem iam illud prauidisse aut prauidere potuisse futurum ut quocumque legati conditio existeret rem illam legati potius, quam emptionis iure haberet: ideoque si pretium libens soluerit nec quicquam de eius repetitione sit protestatus, videtur id donasse & omnem repetendi spem abiicisse. Quamquam autem verum est quod interpretes obiciunt, non potuisse eo tempore legatum conditionale repudiari, inde tamen non rectè inferas actionem ex testamento ad pretij repetitionem superesse. Iniquum enim esset non aliter absolui herede ab actione ex testamento, quam si emptori restitueret pretium quod sibi ab emptore ipso donatum fuisse intelligitur: neque enim de ea donatione testator quicquam cogitauit: & obseruandum est, etiam in *dict. §. qui seruum,* de ignorante non de sciente emptore Iulianum loqui. Illud sanè facilius concedam etiam cum sciens legatarius rem legatam emit, haec tenus superesse est testamento actionem, ut heres, idemque venditor rem illam emptoris facere teneatur, eiusque dominium in emptorem transferre, quam actione ex empto tradere duntaxat non dare debuisset.

CAPVT XV.

Explicatio noua l. cum bona. 16. D. de reb. aucthor. iudic. possid.

SVM MARIA.

- 1 Nullum esse in Pandectis titulum de privilegiis creditorum.
- 2 Duplex Accursij ad d. l. interpretatio reuocatur.
- 3 Bartoli lapsus in dicta legis explicatione.
- 4 Vera Caij sententia in d. l. cum bona.
- 5 Sabaudae statutum de privilegiis creditorum cum dispositione d. l. cum bona. conuenire.

6 Aliud esse, creditorem admitti ad licitationem, aliud vero facta licitatione habere eum ius praelationis.

Sequitur et libenter ut in ceteris ferè omnibus, ita in titulorum ordine & inscriptione Pandectas Florentinorum, in quibus de priuilegiis creditorum titulus nullus est, sed quae in veteribus codicibus eius tituli prima lex erat, decimam sextam efficit tituli, *De reb. aucthor. iudic. possid.* Et est *l. cum bona* cuius nouam explicationem pollicemur, ab *Accursij*, & veterum omnium interpretationibus alienam. Sic autem Caius scribit, Cum bona ueniant debitoris, in comparationem extranei, & eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor, cognatusve, magis tamen creditor quam cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur. *Accursij* duplicem interpretationem afferri posse ait. Primam illam, ut si bona debitoris contingat addici creditoribus, & ex creditoribus alij sint, debitoris cognati, alij extranei, hoc est, creditores quidem, sed non cognati, potior causa sit eorum, qui & creditores sunt & cognati: inter eos verò qui creditores tantum sunt, non etiam cognati, praerantur ceteris ijs quibus maior pecuniae quantitas debetur. Alteram hanc, ut si inter plures creditores disputetur an bona debitoris vendenda sint necne, eorum creditorum sententia sequenda sit qui vel cognati quoque sunt, vel maioris pecuniae creditores. Vtramque verò interpretationem illud refellit, quod prima legis verba ostendunt manifestè, neque de addendis, neque de vendendis, sed de venditis debitoris bonis eo loco tractari: nec de illo disputationem institui cui addicenda sint bona, aut quorum voluntate vendenda, sed de hoc potius, cum postulantibus creditoribus venduntur, quis in eorum emptione sit praerendus. Verba enim haec sunt, *Cum bona ueniant debitoris.* quibus neutra *Accursij* interpretatio conuenire potest. Aliud enim est bona debitoris vendi, ut ex re dato pretio creditoribus satisfiat: aliud verò creditoribus ipsis addici, & velut in solutum acquiri, quod aliter fieri non potest, quam si nullum emptorem bona inueniant. *l. ult. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Quemadmodum & aliud est bona debitoris vendi, aliud de iis vendendis aut non vendendis disputari. Sed & de illo ridiculum est dubitare, an bonorum debitoris venditio, per aliquos ex creditoribus quantumuis creditores cognatique sint impediri possit. Siue enim anterior sit creditor qui bonorum venditionem postulat, cuiuscumque tandem summa sit creditor, ceteri quominus is debitoris bona distrahat nisi debitum offerant, interpellare non possunt. *l. ult. C. tot. tit. C. si antiq. credit. pign. vendider.* Siue posterior sit creditor, etiam aduersus anteriores pignoratitios ius offerendi habet, neque anteriorum quicquam interesse videtur, at potius iis prodesse ut bona distrahantur, in quibus praeter ius ipsum debiti nullum aliud habeant. *d. l. ult. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Illud quoque apertum est, non de creditoribus duntaxat cognatique loqui iureconsultum, sed etiam de extraneis, cum ait, in comparationem extranei, & eius qui creditor cognatusve sit. Comparat enim creditore aut cognatum cum eo qui extraneus sit, id est, neque creditor neque cognatus, ut valde ineptum sit quod *Accursius* extraneum interpretatur eum, qui & creditor sit, non tamen cognatus. Nam extraneum neque rectè dicimus eum qui non sit cognatus, neque Caius comparat cum eo qui sit creditor cognatusque, sed cum eo qui sit creditor, vel cognatus, siue creditor

tantum sit, siue cognatus tantum. *Bartolus* autè et si rectè animaduertit non de iis duntaxat intelligi legem debere, qui sunt creditores, in eo tamè labitur, quod veteris cuiusdam interpretis sententiam secutus, putat eum legis sensum esse, ut in comparatione creditorum inter se, praeratur is qui creditor cognatusque sit. Quasi verò iure creditoris ius cognitionis aliquid possit addere, cum de iure & priuilegio aut dispendio creditorum disputatur. At qui non ita Caius loquitur, ut eum qui creditor, cognatusque sit praerendum dicat ei, qui non nisi creditor sit, sed ex contrario scribit, extraneo, id est, ei qui neque creditor neque cognatus sit praerferri eum, qui sit creditor, aut cognatus, ut si cetera omnia sint paria, puta si vterque bonorum quae venduntur par pretium offerat, is qui creditor est, non cognatus, aut cognatus non creditor ei qui neque creditor neque cognatus sit, omnino antepōnatur. Prius enim habenda ratio est necessarium perforanum si idonea sint, *l. Imperator. 60. D. de pact.* Sed si inter eos quorum alter creditor alter cognatus debitoris est, de iure & priuilegio praelationis disputetur, id obseruabimus, ut potiore faciamus causam creditoris quam cognati. Aequissimum enim est praerferri in emptione creditores, quorum praecipue negotium geritur, ac quibus postulantibus bona venduntur. Verum si inter creditores tantum res agatur, nec quicumque alius qui creditor non sit, ad emptionem accedat, magis placet praerferri eum, qui maioris pecuniae sit creditor, idque ut ego quidem arbitror, licet ex aliis creditoribus quidam sint etiam cognati debitoris: quoniam hac parte, ut dixi, ius crediti proculdubio potentius est quam ius cognitionis. In eoque cum vel maximè eluceat creditorum priuilegium, inde fortassis sumpta à veteribus interpretibus occasio distinguendi commentitium illum titulum De priuilegiis creditorum, ab eo qui praecedat De rebus auctoritate iudicis possidendis, vel venundandis. Denique nullum in tota ea lege verbum est, quo probari possit potiore esse causam eius qui creditor cognatusque sit, quam eius qui sit creditor tantum: neque enim de creditore, & cognato coniunctim Caius loquitur, sed disiunctim his verbis, *creditor cognatusve*, quod ab interpretibus non obseruatum communi omnium errori causam dedit. Huic verò explicationi nostrae valde conuenit, quod Sabaudiae statuto non dissimiliter cautum est, de priuilegio creditoris cuius nomine bona sub hasta venduntur, ut extraneus emptori si par pretium vterque offerat, praeratur, Statuti verba quamuis minus elegancia, quia tamen non omnibus sunt in promptu haec quae ad rem pertinere videntur: subiiciemus. Et in ipso tertio & ultimo foro seu sub vltima subhastatione, & crida lapsis dictis terminis plus offerenti vendantur & expediatur ipsa bona pro pretio maiori inde oblato soluendo victori, seu creditori, in cuius fauorem fuerit lata sententia. Et fiet huiusmodi executio, vel expediatur ipsa bona eidem creditori seu victori si maluerit, & ea retinere voluerit pro maiore pretio inde oblato. Ad rem verò non pertinet si quis obiciat, quod *Accursius* sefellisse videtur, non admitti creditorem ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores inueniuntur. *l. 2. C. si in caus. pignus capt. sit. l. 3. Cod. de execut. rei iudic. l. vlt. §. si in vero nemo de iur. domini interpretando.* Haec enim differentia sunt, admitti creditorem ad licitationem, & facta licitatione habere eum ius in praelationis, aut, ut statutum nostrum loquitur, retentionis. Non admittitur ad li-

citationem quandiu alij emptores inueniatur, quoniam absurdum videretur constitui ab eo pretium rei alienę que postulante ipso, & ipsius veluti nomine vendatur. Sed facta licitatione habere eum ius prelationis, nec absurdum, nec iniquum est, cum neque debitoris quicquam interfit, ad quem res sua perueniat, dummodo debiti liberationem, & si quid præterea ex pretio supererit consequatur, neque extranei emptoris, cui nihil deperit, liberumque est si velit maius pretium offerre, vt creditor qui tantumdem offerre nolit, licitatione superetur. Idque debitoris commodo prætorumque cedit, cum extraneus emptor vt creditor retentionis, & prælationis ius auferat, pluris rem licetur, quam quanti reuera sit. Hoc verò nec Bartolus ipse animaduertit, certè non explicauit.

CAPVT XVI.

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

SUMMARI A.

- 1 An aliqua actio creditori competat aduersus eum qui cum bona pignori capta emerit eorum pretium non soluit?
- 2 An venditio ab executore facta ius aliquod creditori aduersus emptorem acquirat?
- 3 Vera Vlpiani sententia in d. §. sed si emptor.
- 4 Quanam actio creditori aduersus emptorem pretium non soluentem datur?
- 5 Confirmatur interpretatio d. §. sed si emptor.
- 6 Cur iudices qui sententiam exequentur, aduersus emptorem rei distractę pretium non soluentem, manus porrigere non debeant?
- 7 Magistratus non per seipfos, sed per alios iudices datos sententias olim exequi solitos fuisse.

At quid si in iudicati executione debitoris condempnati bona pignori capta sint, tum distracta, & extraneo emptori addicta, neque tamen emptor pretium soluat? qua tandem actione aut ratione creditori consulatur? Hęc quæstio pertinet ad ea, quæ Vlpianus tractat in l. à Diuo Pio. 15. D. de re iudic. in qua cum multa perobscura sunt, & difficilia, tū illud meo iudicio pessimè ab interpretibus omnibus acceptū est, quod scribitur in §. sed si emptor, iudices qui sententiā exequentur, non debere aduersus emptorē qui pretiū non soluit, manus porrigere, & vltra procedere, ne vel longè res abeat, si fortè emptor neget se emisse, aut exsoluisse contēdat, vel nimis propere iudicetur ac contra solitū iuris ordinem si in dicta causa statim emptor condēnetur & pro iudicato habeatur, maxime, inquit Vlpianus, cum nec habeat actionem aduersus eum is, cui iudicatum fieri desideratur. Sic enim ab interpretibus omnibus verba hæc sumpta sunt, quasi Vlpiani sententia sit, victorē creditorem qui sententiā obtinuit, nullā habere actionē aduersus emptorē, quod scilicet emptor non ab eo emerit, sed ab executore. Quod si verè diceretur, non video quo sensu possit ea ratio ad id quod Vlp. tractat accommodari. Nam rationē reddere Vlpianus voluit, cur iudicati executores melius faciant si se non interponāt, & manus nō porrigāt aduersus emptorem qui pretiū nō soluit. Quid verò commune cū eo habet quod aiunt interpretes, nullam creditori contra emptorē actionem dari? Imò potius ea ratio facere deberet vt executores emptorē ad pretij solutionē compellerent, si nulla creditori ad pretiū recipiendum actio competere potest. Alioqui iniuria proculdubio afficietur is, qui creditor est & iudicatum

fieri desiderat, si neque aduersus emptorem agere possit, neque ab executore petere, vt ex officio suo emptorem condemnet. Atquin Vlpian. aperte scribit nullam ex eo fieri iniuriā creditori. † Deinde nō puto verum, quod illi sine lege comminiscuntur, venditionem ab executore factam nullum creditori aduersus emptorem ius acquirere. Parum enim videtur interesse an creditor ipse pignus vendat, an eo postulante magistratus, qui sententiam exequitur vendi iubeat: & hoc casu, vt aliis plerisque nō tradunt, factum iudicis est factum partis, aut potius vt scriptum est in l. i. C. si in caus. iudicat. pig. cap. si vicem iustę obligationis succedit ex causa condempnatus autoritas iubentis. Et eo sanè iure utimur, vt pretium non soluat, actio creditori aduersus emptorem eo nomine datur, neque alius iuris locus querendus est qui id apertius probet, quam hic de iud. disputamus. † Ea enim haud dubiè Vlpiani sententia est, creditori qui iudicatum fieri desiderat, nō competere actionem aduersus executorem, nec creditori executorem fecisse litem suam, licet is emptorem pignoris ad pretij solutionem non coegerit, que tamen ideo iniuria affici creditorem, qui sol. prompta & parata sit actio contra emptorem, qui nihil possit dicere, cur non ad pretium condempnari debeat, quando quidem ea est publicarum venditionum conditio, vt res pignori captas & distractas presentem pecunia distrahi oporteat, non sic vt post tempus pecunia soluat. Neque enim ea mente venditio fit vt debitoris persona mutetur, sed vt debitor liberetur, & vt vetus obligatio perimatur, non noua contrahatur. Emptor igitur, qui ad publicam venditionem accessit, eius leges & conditiones vel ignorauit, vel certè ignorare non debuit, ideoque recusare non potest, quominus agenti creditori pretium soluat. † Actio autem dabitur, vt opinor, in factum, quæ ex iudicato datur. l. actori. 3. C. de reb. cred. neque enim vlla alia actio competit quæ nomen habeat, quod cum accedit, subsidiaria in factum necessaria est. l. quia actionem. 11. D. de præscript. verb. Fefellit verò Accursus, ceterosque omnes interpretes, quod in libris quibus utebantur scriptum erat, vt in plerisque etiamnum scriptum legimus, melius igitur erit si se non interponant. Ea enim lectio faciebat vt verba quæ sequuntur, aduersus eum, ad executorem referre non possent de quo non in singulari sed in plurali numero dictum fuisset. Sed in Florentinis, aliisque emendationibus non interponant legitur, sed interponat, mutato plurali casu in singularem, vt aliàs plerumque fieri adsolet, & in præcedente eodemque §. ita ab Vlpiano usurpatum & factum animaduertimus. † Nostram verò interpretationem illud quoque omnino confirmat, quod ea Vlpiani ratio, quæ sequitur, oportet enim res pignori captas, & distractas presentem pecunia distrahi non sic vt post tempus pecunia soluat, alium sensum recipere non potest, quam vt propter eam causam, creditori aduersus emptorem actio competat, quæ competere non possit si res pignori captas & distractas presentem pecunia distrahi necesse non esset. Facilius autem est, quod Vlpianus subiicit si iudices qui sententiam exequentur, velint se interponere in coercionem a mora emptoris qui pretium nolit soluere, hæctenus debere interuenire vt ipsam rem addictam capiant, & distrahant, quasi non vinculo pignoris liberatam, Neque. n. ad inducendam liberationem sola venditio sufficit, nisi pretium creditori soluat, cui ea res prius erat obligata. † Verum illud magis mirari quis possit,

possit, cur iudices qui sententiam exequentur aduersus emptorem, porrigere manus nō debeant. Cum. n. à Diuo Pio rescriptum sit, magistratus populi Romani iudiciorū à se datorum sententiā exequi debeant, magistratum verò plenissima esset potestas, dici sanè vix potest, cur non in executione facere poterint ea omnia, quæ ex ratione & æquitate faciendā viderentur. Nisi fortè quis dicat, eo Diui Pij rescripto sublatam potius fuisse iudicibus qui de facto cognouissent, & sententiam tulissent, exequendi potestatem, quam impositam magistratibus qui iudices dederant, eorum sententiā exequendi necessitatem. † Et magistratus nō per seipfos sed per alios iudices datos sententiā exequi solitos fuisse, & verisimilius est, & ex ipsis verbis Vlpiani in d. l. à Diuo Pio. cognosci faciliè potest præsertim ex §. vlt. vbi scriptum est pupillarem pecuniam, licet in arca reposita sit, ad comparationem prædiorum, & citra permissum prætoris ab eo qui exequitur iudicatum solere capi, & in iudicati causam conuerti. Frustra enim de Prætoris permissu quæretur, si Prætor ipse sententiam iudicis à se dati exequeretur. Iudex igitur à Prætorē datus neque pro iudicato habere poterat emptorē qui non erat condemnatus, neque condempnare statim & in dicta causa eum qui aut non emisse aut pretium exsoluisse se contendisset, nec denique de facto cognoscere qui non ad cognoscendum, sed ad exequendum datus fuisset. Quamquā & in magistratu si quis volet idem ferè dici potest, quia nec pro iudicato habere nec condempnare potest prius quam prospecta sit rei & facti veritas: neque item de facto cognoscere & iudicare, quod id à maiorum magistratum imperio & dignitate alienius videretur in id vsque tempus quo ius illud vetus posteriorum Imperatorum constitutione abrogatum est in l. 2. Cod. de pedan. iud. Vnde illud est quod Cicero ad Quintum fratrem scribit, Prætorē non solere iudicare deberi.

CAPVT XVII.

Varie emendationes.

SUMMARI A.

- 1 Quanam mihi actio competat, ob nauem alienam que in meam scapham impacta, damnata dedit.
- 2 Tollitur negatio ex sine §. 2. l. quemadmodum. 29. ff. ad l. Aquil.
- 3 Quoties nauis damnatum facit, toties eo nomine actionem dari.
- 4 Respondetur ad leges contra superiorem emendationem ab Accursio allatas.
- 5 Vera lectio §. si nurus. 18. in fin. l. cum hic status. de dont. int. vir & vx. & eius quæstio.
- 6 Quando donatio à nuro in socerum collata confirmetur?
- 7 Cur in d. §. si nurus, Seneri & Antonini constitutio noua cratio appelletur?
- 8 Emendatur & explicatur l. 1. de in lit. iur.
- 9 Quæstio & emendatio duplex §. vlt. l. ex facto. 43. ff. de vulg. & pupill. sublit.

SI tu nauis tua impacta in meam scapham damnatum mihi dederit, quæsitum est, quanam mihi actio competat. Et placet Vlpiano ex Proculi sententia in leg. quemadmodum. 29. §. si nauis tua. Digest. ad l. Aquil. ita distinguendum esse, vt si in potestate nautarum fuerit, ne id accideret, & culpa eorum factum sit. lege Aquilia cum nautis agatur, quod parum referat an nauem immittendo aut seruaculum ad nauem ducendo, an tua manu damnatum mihi dederis: quia his omnibus modis per te damno adfi-

eior. Sed si fune rupto, aut cum à nullo regetetur nauis, incurrisset, quia his casibus cum nautis agi non potest, quorum scilicet culpa nulla argui possit, cum dominio agendum esse videatur. Sic enim locus ille sublata negatione, quæ in postremis verbis est, legendus videtur, & explicandus. Nam cum ruptis funibus, aut quod à nullo nauis regetetur damnatum datum est, imputari certè domino potest, qui non prospexerit vt & ab aliquo nauis regetetur, & bonis funibus esset instructa: ideoque à domino nauis factum damnatum videtur, quod ipsius culpa contingit. Ex quo responderi potest, ad id quod Accursus obiicit, pro rebus inanimatis neque noxaliter, neque Aquilia lege agi posse. Est enim nauis inanimata res est, vsu tamen & vtilitate nullam præstat, nisi ab homine regatur & gubernetur: † vnde fit vt generaliter diffiniri possit, quoties nauis damnū facit dari eo nomine actionē vel aduersus nautas, si eorum culpa factum sit, vel aduersus dominum, si nihil sit quod nauis imputetur. Nec video qui casus excipi debeat, nisi cum tanta vis nauis facta est, vt temperari non potuerit, quomodo idem Vlpianus in eadem lege scribit §. si nauis alteram, vbi & Accursus ipse sui, vt videtur, immemor, notat teneri dominum de damno, quod nauis dedit, nisi casu fortuito id contigerit. An autem dici potest casu fortuito fieri vt fune rupto, aut cum à nullo regitur nauis incurrat & damnatum faciat An non potius culpa domini est, qui præuidere potuit, & debuit futurū vt si non bonis funibus instructa esset nauis, aut à nullo regetetur, facile in aliam nauim incurere, damnūque afferre possit? Sed & contextus ipse verborū si propius inspicias, id planè demonstrat. Distinguit enim Vlpianus an nautarum culpa damnatum factū sit, necne, & cum illo casu dicat cum nautis agendum esse, consequens est vt altero scripserit, non generaliter actionem nullā superesse, sed cum ipsis agi non posse, at cum domino agendum esse, alioqui ita scribere debuerat, Sed & si fune rupto, non ita vt scriptum est aduersariū. Sed si etc. † Quas verò leges Accursus ad receptæ lectionis confirmationem adducit, tam apertum est ad rē non facere: vt in eo pluribus demonstrando operam ponere nil sit necesse. In l. si quis cum. 39. D. de cond. indeb. abundant & tollenda sunt verba illa, plus debito, vt pote quæ ex interpretis alicuius glossa & interpretatione ad præcedentia illa, quasi indebitum, in textū irreperint. Senlus enim est heredem qui poterat sibi cauere à fideicommissario, si non cauerit, & totā hereditatem sine cautione restituerit, posse fideicommissum repetere conditione indebiti, tanquā indebitum solutum. Non enim tantum plus debito solutum videri potest ex eo quod cautio prætermissa est, l. 3. §. vlti. D. si cui plus quam per leg. facit. Sed & totum ipsum fideicommissum indebitum fuit: quoniam quibus casibus cautionem præstare fideicommissarius debet, puta cum periculum est ne heres qui ante restitutionem multa administravit, iudicis quibus conuentus est, aut stipulationibus quibus necesse habuit promittere, obstrictus remaneat, non prius fideicommissum debere videtur, neque id restituere cogitur, quam si ei caueatur. l. cum hereditas. 36. D. ad S. C. Trebell. Quamquam & si malit, ipsam duntaxat cautionem, quam omisit, condicet, incerti conditione. argum. l. hoc Senarij consultum. 5. §. 1. D. de usufruct. ear. rer. que vsu consum.

† In l. cū hic status. 32. §. si nurus 18. in fin. D. de donat. int. vir. & vx. malè & corruptè nunc in omnibus

libris legitur *ratione noua*. Legendum enim est, *oratione*, quomodo veteres interpretes legisse *Accursij* glossa testatur, & ita legendum esse quæstio ipsa quæ in eo tractatur, ostendit. Querit enim Vlpianus an si nurus focero donauerit, & focer superstitite filio, nurusque decesserit donatio confirmetur, an extinguatur & finiatur oratione noua Seueri & Antonini, cuius tota ea lege interpretationem facit. Nam quemadmodum ante eam orationem ita ius erat, & adhuc est, vt non solum inter coniuges prohibita sint quæ inter viuos fiunt donationes, sed inter eos etiam omnes, in quorum coniuges sunt potestate, vt neque focer nurus, neque nurus focero donate possit. Ita factum est ea Seueri oratione, vt donatoris aut donatricis morte, hoc est, perseverante ad mortem vsque voluntate confirmetur sicut catera donationes, quæ fiunt inter virum & uxorem, sic ea quas focer in nurus aut nurus in focerum contulerit, & vt Papinianus dicebat eleganter, quæ ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum implorauit. Sed tamen multum interest, an nurus focero, an marito suo inter viuos donauerit. Etenim si in matrimonium collata donatio sit, & vxor constante matrimonio & durante voluntate decesserit, donatio omnimodo confirmatur. At cum focero hoc est patri mariti donatum est, non aliter confirmatur donatio, quam si nurus ante maritum & focerum decesserit non mutata donationis voluntate: quemadmodum ex contrario si focer nuri donauerit, tum donatoris filius decesserit, non ideo confirmatur donatio, sed illud præterea exigimus, vt focer ante nurus durante voluntate decedat. *d. l. cum hic status. 32. §. oratio. 16. vbi Papiniani sententiam Vlpianus refert, & probat.* Verum quod dicimus donationem à nuro in focerum collatam non aliter confirmari quam si nurus ante maritum focerumque decesserit, perpetuum non est. Quid enim si focer ante nurus quid decesserit, sed filium heredem ex asse scripserit, quo superstitite nec reuocata donatione nurus postea moriatur? Placet Vlpiano valere donationem, sed ita tamen, vt non iam illa ipsa donatio videatur, quæ in focerum collata fuerat, sed noua potius quam in mariti personam contulisse videtur vxor, quæ cum sciret aut scire deberet extinctam morte foceri priorē donationem, passam tamen est res donatas à focero ad filium eundemque heredem peruenire, neque donationem reuocauit quam iam olim in focerum mariti sui contemplatione & fauore, vt lex præsumit contulerat. Ergo si maritus non sit à focero institutus, sed extraneus, neque prior donatio valebit, neque noua facta esse intelligetur, quoniam nec sola maritalis affectio sufficit ad inducendam mariti fauore donationem, nisi ad eum donatæ res perueniat, nec eas res donatas ad extraneum peruenisse sufficit, vt donatum ei videatur, id quod non ipse sed mariti causa donatum fuerat prius. Idque est, quod Vlpianus ait si filius heres patri non sit, finitam id est extinctam esse, & non confirmatam donationem oratione noua Seueri, & Antonini. Quod si ex parte tantum filius sit à patre institutus, non nisi pro parte donatio valebit, vt rectè *Accursij* admittit. Quo exemplo illud quoque dici potest, si filio pater res sibi à nuro donatas legauerit aut quo alio titulo reliquerit, nouam videri in eum collatam donationem, licet nulla ex parte patris heres sit: quia non ex institutionis titulo donationem inducimus, sed ex eo duntaxat, quod donatæ res ad maritum perueniunt, volente & sciente uxore, quæ iam eius intuitu

& fauore donasse eas focero videbatur. † Illam autē Seueri, & Antonini constitutionem & orationem Vlpianus nouam appellat, quod suis temporibus facta esset & ius vetus cortexisset. Sic nouam clausulam Marcellus dixit in l. 3. *D. de coniung. cum em. cip. liber. eius.* & idem Vlpianus nouum edictum in l. 1. *D. de in iur. and.* puto sic legendum esse in fine, *non enim pluris sit per hoc, sed contumacia æstimatur ultra pretium.* expuncta particula *ex*: quæ si retineretur ineptam efficeret adeoque falsam legis sententiam. Quamuis enim crescere possit condemnatio potest iurandum in litem ex contumacia non restituendis, non ideo tamen dicendum est pluris esse re, quæ in iudicium deducta est, & cuius nomine iudicandum deferretur, quia, inquit Vlpianus, non plaris res sit per hoc, sed contumacia æstimatur ultra rei pretium. Atqui hæc omnino contraria sunt, cum ex contumacia æstimari ultra verum rei pretium rem non fieri pluris per contumaciam. Deinde quis sic loquitur, re ex contumacia æstimari ultra rei pretium? Quare & in quibusdam libris pro rei scriptum vidiemus, quod ab aliquo Grammatico correctum esse videtur, eoque impetito. Debuerat enim scribere *suum non eius*. Confirmat etiam emendationem & opinionem nostram, quod scriptum est in l. *inter hæc verba 179. de verbor. significat.* quam cum hæc coniungendam esse vtriusque inscriptio demonstrat. Est autem sic coniungenda, vt iuramento in litem æstimetur primum *quanti res est*, id est verum rei pretium, deinde & ultra pretium, contumacia non restituendis. Cæterum fieri nunquam potest vt res pluris quam quanti re vera est æstimetur, idque Vlpianus dicere voluit in *d. l. 1. de in lit. iurand.* † In *leg. factio. 43. §. ult. D. de vulgar. & pupill. substitut.* scio esse qui putant traiecta esse verba illa, *virum pro ea parte pro qua scriptus fuit veniat, an vero pro ea, quam cepit, & ita reponenda, virum pro ea parte quam cepit, veniat, an pro ea parte pro qua scriptus fuit.* Sequitur enim, *ita vt augeatur eius pars in substitutione.* Tractat verò eo loco Paulus de patre qui plures sibi heredes instituerat eosque filio ita substituerat, *quisquis sibi heres esset.* Cum autem vnus ex heredibus institutus, qui tacitam fidem testatoris accomodauerat, vt non capienti partem ex eo quod acceperat daret, deinde ad substitutionem impuberis admissus esset, quarit Paulus vtrum ex substitutione admittendus sit, pro qua parte scriptus fuit & institutus, an verò pro ea parte, quam cepit. Neque enim omnem eam partem accepit, ex qua scriptus erat, quia quod ei datum fuerat, vt fraus legi fieret, ab eo tanquam indigno ablatum est. Itaque augebitur pars eius in substitutione si ad substitutionem admittatur, pro ea parte ex qua scriptus fuit, non pro ea duntaxat, quam cepit. Vnde moueor vt illam receptæ lectionis emendatione facile adprobem, nisi quis probabilius existimet addendam esse negationem in illis verbis, *ita vt augeatur, & legendum non augeatur, quomodo Melchiori de Fillion. Viennensi ornatissimo & accuratissimo Iuriconsulto mecum ea de re aliquando disputanti videbatur.* Alterutram enim emendationem non solum probabilem, sed etiam necessariam & omnino comprobendam esse puto. Respondet verò Paulus augeri partem in substitutione, quoniam is qui in fraudem legum fidem accomodat, heres efficitur nec ideo definit heres esse, quod res, quæ ita relicta sunt ab eo auferantur. Sed etsi desineret heres esse, idem nihilominus iuris constitueretur fortè si post aditam

aditam hereditatem, in seruitutem redactus esset, deinde libertate donatus. Sufficit. n. ex verbis substitutionis heredem fuisse patri eum qui ad substitutionem vocatus est, satisque is qui tacitam fidem accomodauit punitur in eo quod contra leges facit.

CAPVT XVIII.

Alia emendationes.

SVM MARIA.

- 1 *An fideicommissum valeat si heres rogatus sit post mortem suam hereditatis suæ quartam partem restituere?*
- 2 *An dicto casu eatenus tantum restitutio fieri debeat quatenus testatoris hereditas patitur, an vero heres de suo aliquid prestare debeat?*
- 3 *Verba illa, secundum vulgarem formam iuris, quid significent in l. filiusfam. 114. §. vt quis heredem de leg. 1.*
- 4 *Emendatur §. quid ergo. 7. d. l. filiusfam.*
- 5 *In l. si qui. 23. §. 2. & 3. de hered. instit. legendum esse curatores, non procuratores.*
- 6 *In l. 108. §. penult. de leg. 1. pro aptè legendum esse appetè.*
- 7 *Restituitur negatio in l. 1. verfic. planè. ff. de diuerf. temp. præscrip.*
- 8 *Restituitur receptæ lectionis ordo in l. solidum. 85. ff. de solut.*

Nota est iuris regula, quæ habet testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non alieno arbitrio pendere, *l. illa institutio. 32. ff. de her. inst.* Ea res facit ne testamento rogati heres possit, vt aliquem heredem instituat, *leg. filiusfamilias. 114. §. vt quis heredem. D. de leg. 1.* vbi tamen Marcianus monet perinde esse id habendum atque si testator hereditatem restitui rogasset, idque Senatorem censuisse. Neque enim verba spectamus fideicommissi sed sententiam quibuscumque verbis conceptam, dum testator senserit vt hereditas restitueretur, *leg. vbi pure. 19. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* & in fideicommissis vtrumque precaria voluntas quaratur, coniectura potest admitti. *l. cum proponebat. 64. de leg. 2.* † Quid ergo si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? Nam vti que permillum est testatori ab herede legatum vt fideicommissum de ipsius heredis rebus relinquere, *leg. vnum ex familia. 67. §. si rem tuam. eod. l. heredem. 25. Cod. de fideicom.* neque hoc casu de testatoris hereditate restituenda rogatus heres videri potest quem suam propriam restituere rogatum proponimus. Sed verius esse Marcianum existimat, quod & Scæuolæ, & Papirio Frontoni placuisse scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda testator rogasset. Ac cur valeat fideicommissum, dubitari certè propter ea, quæ diximus minus potest. Sed cur de testatoris potius quam de sua hereditate restituenda rogatus heres videatur, id verò maiorem habet atque elegantem dubitationem. Dicit tamen possit hereditatem testatoris ab herede aditam ita confundi cum patrimonio heredis, vt cum heredis hereditatem eo mortuo dicimus, nō minus eam, quam à testatore accepit, quam cætera omnia quæ aliunde quæ sita moriens reliquit, intelligamus. † Vnde fit vt herede rogato restituere quartam partem hereditatis suæ, eam interpretatiōnem accipiamus quæ & verbis non repugnat, & heredi fauorabilior est, cumque de illa duntaxat hereditate quam à testatore habuit non de reliqua restituenda rogatum interpretemur. Nulla enim ratio

est, vt fideicommissi nomine plus præstet, quam ad eum à testatore peruenit *leg. 1. §. si vs qui quadraginta. Digest. ad S. C. Trebell. §. hoc solum obseruandum est. Institut. de singul. reb. per fideicommiss. relact. præsertim cum ea aperta non est testatoris voluntas. leg. Imperator. 70. §. cum quidam. de legat. 2.* Cum igitur heredem rogatum post mortem suam hereditatis suæ quartam partem restituere, videatur testator de sua duntaxat hereditate restituenda rogasse: fit, vt eatenus restitutio fieri debeat, quatenus hereditas testatoris patitur, nec de suo præstare heres debeat quicquam. Imò & hereditatis quadrantem Senatusconsulti auctoritate retinebit. Id enim est quod Marcianus ait, eatenus faciendam esse restitutionem, quatenus hereditas patitur, secundum vulgarem formam iuris. † Vulgaris namque forma iuris est vt hereditas ex causa fideicommissi retenta quarta restituatur. Hoc verò *Accursius* non intellexit, qui cum mendoso codice vteretur, ea verba secundum vulgarem formam iuris, retulit ad principium §. sequentis, in quo tractatur de patre, qui filios suos emancipare rogatus est, & acsi ea inter sese commune aliquid haberent, vulgarem formam iuris ridiculè, interpretatur, strictam, nec quis eorum verborum sensus sit explicat, qui tamen ex interpretatione nostra & Florentina emendatiorique lectione facillimus est. † Verum in eo §. quem explicamus miror neminem hætenus emendasse verba illa, *valere fideicommissum atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset, cum manifestissimum sit pro his postremis verbis legendum esse rogasset.* Quis enim sensus esse potest, cum dicis heredem qui post mortem suam rogatus est hereditatis suæ quartam partem restituere, videri de hereditate sua restituenda rogatum esse? An non ea locutio absurda & inepta est. Quare & *Accursius* ipse Iuriconsulti sententiam, magis quam vim verborum intelligens, verba illa, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset, de rogantis hereditate interpretatur, quod à dictionis illius sua, proprietate adeo abhorret, & à latini sermonis ratione, vt nihil dici possit alienius. Si cui verò duriusculum videatur quod emendamus, rogasset, cum in præcedentibus verbis nulla testatoris mentio facta sit, cogitare is debet non dissimili locutione vsum esse Marcianum in principio §. iis verbis *perinde habendum atque si rogasset hereditatem restituere*: quæ ad alium, quam testatorem referri non possunt, vt & ipsa legis sententia probat, & quod Vlpianus de eadem questione eodemq. sensu pluribus verbis scribit in *l. ex factio. 17. in prin. ff. ad S. C. Trebell. in l. si quis instituitur. 23. §. item si conditio. D. de hered. insti.* Erratum etiam est in postremis §. verbis, & legendum *curatores non procuratores*. Tractat enim eo loco Pomponius de herede instituto sub conditione cui parere non possit, quod in alterius fortè factum, aut in quendam casum collata sit. Et ait tunc postulantis creditoribus constitutè Prætorem, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere, iussurum, & interim, id est, quandiu bona possidebuntur, necdum vendentur, ea, quæ urgebunt per curatores distrahi curaturum. Solet enim hoc casu curator bonis dari, non procurator, cum nemo dominus sit, qui procuratorem constituere possit. *l. 1. & 2. D. de curat. bon. dand.* alitque locis quos in hæc rem *Accursius* citat, vt facile ex eo appareat legisse illum *curatores*: quomodo & in §. seq. cum in quibusdam libris scriptum sit *per procuratorem soluendum as alienum*, in alijs emendatioribus legimus *curatorem*.

nato fortassis errore ex particula illa, *per*, quam breui nota scriptam cum quidam existimarent significare *pro*, ceperunt legere *procuratores*: deinde, ut ea lectio sensum aliquem haberet scripserunt *per procuratores*. In *l. si seruus*. 108. §. *pen. de leg. 1.* puto in illis verbis, *parum quidem apte scribi*, legendum esse, *aperte non apte*. Nam & sic quidam codices habent, & Africani sententiam esse, cum in testamento scribitur, *Te Titio rogo, ut acceptis centum, illum seruum manumittas, vel Sempronio quid prestes*, intelligendum esse heredis fideicommissum ut pecuniam Titio praestet, quamuis id parum aperte scriptum sit. Apte quidem id scriptum est, sed non satis aperte: quia propositis verbis heres pecuniam Titio dare neque iussus neque rogatus est. Erroris autem causa eadem fuit quae in *d. l. si quis instituitur*, quod in dictione illa aperte, syllaba *per*, notata esset vnica litera *p*. & breuiter scripta. In *l. cum centum*. 9. *D. de adm. legat.* manifestum est in illis verbis, *si quidem voluit esse haec quinquaginta*. legendum esse *centum quinquaginta debebuntur*. Et mox, *si vero quinquaginta tantum debentur*. Id enim Vlp. agit ut doceat tantum deberi quantum testator voluerit. In *l. i. vers. plane. D. de diuer. temp. praescrip.* non dubito quin addita negatione legendum sit, *Plane is, qui valetudine impeditur ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi non habeat potestatem*. Mouet me quod paulo ante lex ait experiundi potestatem non habere eum, qui neque experiri ipse potest, neque alteri mandare ut experiat. At qui valetudine impeditur, ut mandare possit, is neque ipse experiri, neque alteri mandare potest. Necessario igitur consequens est, ut experiundi non habeat potestatem. Idque adeo aperte est ut facile appareat ab imperito aliquo interprete detractam esse negationem, quam restituiimus, cum forte homo ille minime malus, sed parum bene loquendi peritus, iis verbis, *qui valetudine impeditur, ut mandare possit*, eum significari crederet, qui valetudine quidem impediatur, sed ea tamen ut mandare possit. At contra dixit Vlp. ut pro modo loquendi Latinis omnibus sed Ciceroni maxime familiari, quemadmodum pluribus locis qui omnibus in promptu confirmari facile posset. Scio factum postea esse, a politiori, aliquo interprete, ut legi ceperit, *is qui ea valetudine impeditur, ut mandare possit*: quae lectio recepte lectionis sententia sic immutat ut negationem quam deesse dicimus non patiat. Sed praeter id quod locum hunc ab interpretibus corruptum esse vel ex eo intelligere possumus, quod in plerisque libris scriptum legimus in ea causa est ut experiundi non habeat potestatem, pro eo quod nunc ante *d. vers. plane* in Pand. Fl. legitur, *experiundi potestatem non habet*. Illud etiam memouet, quod in *d. vers. plane* probabilius videatur tractare Vlpianum de eo qui experiundi non habeat potestatem, de quo & in praecedentibus loquitur, & in sequentibus. Denique tota ea lex est de eo qui experiundi potestatem non habet, ac cui proinde vitales dies, de quibus eo loco disputatio instituitur, cedere non possunt. Progre ditur autem Vlpianus a facilibus ad faciliora hoc modo: *Is, inquit, experiundi potestatem non habet, qui vel apud hostes, vel in vinculis, vel Reip. causa abest, vel tempestate in aliquo loco detinetur, ut neque experiri, neque mandare possit*. Illud vero apertius est, eum, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, experiri non posse. Hoc autem cur apertius est? Nimirum, quia difficilius credatur eum, qui Reip. causa abest, mandare

non potuisse, quam eum, qui valetudine impeditus est ut id faceret. Verum illud utique neminem fugit hoc est, omnium apertissimum est, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habeat, quoniam experiri de iure suo nisi apud Praetorem non potest. In *l. solidum*. 85. *D. de solut. iam pridem* obseruaui restituendum esse receptae lectionis inuersum ordinem, & sic legendum, *Solidum non soluitur non minus die, quam quantitate*. Nam certe minus soluit, qui tardius soluit, & tempore sicut quantitate minus soluit. *l. ut si cui. 12. §. ult. D. de verb. signifi.* Ridicula vero esset sententia & indigna omnino elegantia Callistrati, si quis diceret solidum non solui, non minus quantitate, quam die. Quis enim de hoc dubitet? Sed postea comperi *Petrum Fabrum* singularis eruditionis & exiltimationis virum, iuris scientia & clarissimorum honorum gloria praefulgentem, locum hunc iam ante nos eadem omnino felicitate, & ratione emendasse. Quo nomine tantum abest, ut obseruati erroris, & elegantis emendationis laudem nobis peremptam esse doleamus, quin potius gloriemur, idem nobis hac in re, quod tanto viro iudicium extitisse, idque his nostris scriptis publice testatum facere voluimus, ut debuimus, ne in plagij crimen quod bene natis omnibus maxime fugiendum putamus, vltro incidisse videamur.

CAPVT XIX.

Indicantur Triboniani additiones quibusdam Digestorum locis.

SUMMARI A.

1. Plerosque iuris veteris locos à Triboniano interpolatos & immutatos esse.
2. Varia & elegantia de dotis profectitiae exactione, in *l. si cum dotem sol. matrim.*
3. Inducitur Tribonianismus in *d. l. si cum dotem à §. si maritus vsque ad §. item pater furiosae.*
4. Qua occasione Tribonianus dictum locum interpolauerit?
5. Indicantur verba à Triboniano adiecta in *l. in tempus. §. 1. de hered. insti. & in l. 29. ff. ad S.C. Treb. & huius legis sententia enarratur.*

Rectè tunc ac verè doctissimi plerique aetatis nostrae Iurisconsulti obseruarunt multos iuris veteris locos à Triboniano pro arbitrio interpolatos esse, & immutatos, quibusdam verbis, atque interdum sententiis integris vel additis, vel detractis, vel denique intermixtis. Quod quaquam per multis aut parum aut nihil curandum videtur, quorum imperitia & negligentia ceterorum eruditioni atque diligentiae fortassis velit inuidere. Ego tamen non solum ad diligentiae laudem, sed etiam ad ipsam iuris in quo versamur cognitionem assequendam valde referre arbitror, ut sciamus quid quoque loco ab ipsis iuris authoribus scriptum sit, quidve in eorum responsis à Triboniano immutatum. Atque huius quidem rei exemplum elegans, & ut mihi videtur, non obscurum indicauit superiore libro, in interpretatione *leg. actio. 47. D. de neg. gest.* Sed addam hoc capite alia pleraque, nec obscuriora, meo iudicio, nec obseruatione indigniora, quae à nemine adhuc animaduersa fuisse non minus mirandum sit, quam mihi quod ea primus obseruaerim gratulandum. In *l. si cum dotem. 22. D. solut. matrim.* manifestum est, Vlpianum cuius

ea lex est, nihil aliud agere quam ut tractet & doceat à principio vsque ad §. *transgrediamur*, cui competat profectitiae dotis restituendae exactio, patrine, an filiae iis casibus quibus vtriusque voluntas, & concurrere non potest. Etsi enim dici solet communem esse patris, & filiae dotis profectitiae repetitionem, tamen id perpetuum non est. Quid enim si cum dotem daret pater, in vnum duntaxat casum pepigerit sibi reddi, puta in diuortium vel in mortem? Nemo dubitat quin in alium casum in quem non pepigit, mulieris non patris sit actio. Aut quid si post solum matrimonium, ac citra patris voluntatem maritus dotem, soluerit filiae familiae, non perditur sed ex iustis causis, forte ut liberis aut fratribus egentibus consuleret, ut eos ab hostibus redimeret, in easque res dos consumpta sit, quis dicat patri aut eius heredibus villam dotis nomine actionem lupere? Quid item si pater filia absente de dote egerit, ommissa satisfactione quae interponi debuerat de rato, deinde filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum in legato acceperit quantum dotis nomine satis esset, an non aequissimum sit compensari ei in dotem quod à patre accepit, ut si aduersus maritum agere velit doli mali exceptione repellatur? At ex contrario si patri propter condemnationem Romae, vbi dos petatur, esse non liceat, cur non admittamus filiae dotis nomine satisfieri oportere, si modo caueat rem patrem habiturum? Quid item si patris persona tam turpis sit, ut vereri debeat iudex ne acceptam dotem male consumat, atque ideo filia latitet ne tali patri consentire cogatur, atque ut potius per absentiam ei vterecundè contradicere videatur? Quis eo casu putet patri agere permittendum citra filiae voluntatem? Rursus quid si constante matrimonio filia furere ceperit, ac diuortij causa pater nuncium miserit? At non ei concedendum est, ut soluto per diuortium matrimonio sibi filiae suae dotem reddi intendere possit? Quid contra si pater ipse furiosus existat, nec curatoris sit copia? (sic. n. legendum est, non culpa) Cur non filiae liceat agere, ita ut caueat de rato, quemadmodum si ab hostibus pater captus esset? Hi omnes casus sunt quos dicit *leg. si cum dotem*. Vlpianus sigillatim & recto ordine prosequitur, breuiusque ac elegantibus verbis & sententiis quid iuris in singulis statuendum sit explicat & demonstrat. Neque aliud quicquam ab eo tota illa lege tradita arbitror vsque ad dicit. §. *transgrediamur*, nisi quod in §. *eo tempore*, apertissime monuit eo tempore patri consentire filiam oportere, quo lis contestatur: atque adeo si quae prius dixerat se consentire ante litis contestationem voluntatem mutauerit, aut emancipata sit, frustra patrem acturum, nisi nouus filiae consensus accedat. Nam intermixtae illae quaestiones, An propter superuenientem furorem alterutrius coniugum, aut ex eo quod à marito vxor negligatur, vel dotem maritus dissipet, dotis repetitionis locus esse possit, & caetera huiusmodi quaerantur à §. *si maritus. vsque ad §. item pater furiosae*. Ea inquam omnia tam aperte Tribonianum redolent, & ab Vlpiani elegantia abhorrent, ut nihil mihi videatur dici posse apertius. Etenim praeter id quod ex disputationibus à praecedentibus & sequentibus omnibus prorsus alienae sunt, & discrepantes, ipsa quoque orationis structura longis verborum inuolutorum ambagibus nouisque & parum elegantibus loquendi formulis referta & inuoluta se prodit satis. Neque puto, de illo quisquam dubitabit, qui eum textum cum Iustiniani Constitutionibus à Tri-

boniano compositis conferre velit, & illud etiam animaduertere, Imperatoris nouum ius constituentis, potius quam Iurisconsulti de iure respondētis videri verba illa, *licentia erit comporimentis persona*, itēmq. illa sequentia *tunc licentiam habeat*, quae imprudenti Triboniano neque ad id quod agebat satis attendēti excidisse videntur. Sumpsit verò ille occasionem hae intermiscendi ex eo quod in *d. si item pater*. Vlpianus de patre filiae furiosae loquitur, quem nuntium mittere posse, & filiae nomine diuortium, facere breuiter, & quasi extra rem docet: quoniam, ut diximus tota ea lege tractat de dote soluto matrimonio, repetenda, solui verò matrimonio non posset nisi patri furiosae filiae nuntium mittere liceret, cum filia quae propter furorem sensu carere intelligitur, mittere ipsa non possit. Sed cogitare Tribonianus debebat, planè diuersum esse tractatum, si quis quaerat, cum maritus, vel vxor constante matrimonio furere ceperint, quid faciendum sit, & an ea iusta diuortij causa esse videatur. De quo tamē nec dubitandi causa vlla erat Vlpiani temporibus, quibus libera erant diuortia, adeo ut furiosae quoque vxori maritus, & contra furioso marito vxor repudium mittere posset, ut idem Vlpianus ex Iuliano sine distinctione scribit in *l. Iulianus. 4. D. de diuort.* Quamquam ea Triboniani distinctio non est sine ratione, in eamque rem certum ac speciale ius constitui non erat inutile, si accommodare loco id Tribonianus fecisset. Sed & in praecedenti §. *nec non illud quoque*, valde suspecta mihi sunt verba illa, *ideoq. officium iudicis interponendum est quatenus & filiae & patri competenter consulatur*, neque possum mihi persuadere ita locutum esse Vlpianum, sed potius Tribonianum cui familiare est eas dictiones quatenus & competenter in Constitutionibus frequentissime vlturpare, quae vix ac ne vix quidem eo sensu in Iureconsultorum scriptis adeoque priorum Imperatorum responsis reperias. Idēq. ferè mihi iudicium est de caeteris, quae in eo §. sequuntur, aut si quid est quod Vlpiani elegantiam sapiat, id ego Triboniani additionibus, & distinctionibus sic conspurcatum & immutatum esse arbitror, ut vix dignosci possit. In *l. in tempus. 62. §. 1. D. de hered. insti.* imperitè etiam adiecta est à Triboniano ea exceptio nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum pro qua persona restator senserit. Nam & verba ipsa Tribonianum sapiunt, & ad regulam quam eo loco Modestinus tradit, quoties non apparet quis heres institutus sit, institutione non valere, puta si testator complures habens eodem nomine amicos ad designationem vnus singulari nomine vtatur, non potuit exceptio illa adici, nisi eodem sensu ac si scriptum esset, non valere institutionem, quoties non apparet quis heres institutus sit, nisi appareat quis sit institutus: quod quam ineptum & ridiculum sit, nemo non videt. Praesertim cum in apertissima voluntate testatoris nullus dubitationi locus reliquus esse possit. Nec valde dissimile est quod idem Tribonianus, ut arbitror, adiecit ad *l. si quis priore. 29. D. ad S.C. Treb.* iis verbis, *Et hoc ita intelligendum est si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum*. Quod fiet manifestius si tota eius legis sententia breuiter enarratur. Scribit Marcianus, Si quis priore facto testamento posterius aliud fecerit, in eoque ex certis duntaxat rebus heredes instituerit, superius testamentum rumpi, & tolli, nempe quod instituti in certis rebus videantur ex toto esse instituti *l. coheredi. 41. §. ult. D. de vulg. & pup. substit. l. 1. §. si ex fundo. D. de hered. insti.* Sed tamen si posteriore testa-

mento fideicommissi verbis testator expresserit vel se prius valere, teneri heredem scriptum ad hoc ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege falcidia hereditate restituat his qui priore testamento fuerant instituti. Quod Imperatorū Seueri & Antonini ad Cocceium Campanum rescripto confirmatum est, cuius verba eo loco Marcianus refert, itemque Iustinianus in §. sed & si quis. Instit. quib. mod. testam. infirmant. vbi cum Imperator scribit iussisse se inferi verba constitutionis, neque tamen exceptionem illam adiciat, quæ in Marciani lege extat, facile ex eo intelligitur, non esse verba illa, quæ tollimus, Imperatorum Seueri & Antonini, adeoque malè & perperam adiecta esse, quoniam cum secundo testamento inserta sunt fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, fieri non potest ut aliquid specialiter contrarium eodem testamento scriptum sit. Nisi fortè stultum & ridiculum proponas testatorem qui sibi non constet, ac cui proinde interdicenda potius testamenti factio, quam repugnantes, & ineptas voluntates dictandi potestas danda esse videatur.

CAPVT XX.

De sententia, & emendatione l. item quod Sabinus. 17. §. vlt. & l. ex facto. D. de hered. instit.

SVM MARIA.

- 1 Quam in partem veniat tertius sine parte heres scriptus, si testator dupondium iam distribuerit?
- 2 Eandem rationem in diuidendo iuris assè seruari debere quæ diuidendorum inter coheredes plurium assium à testatore præscripta est.
- 3 Obiectio contra interpretationem d. §. vlt. l. item quod Sabinus, ab autore propositam.
- 4 Vera sententia l. ex facto. 19. ff. de hered. instit. contra Accursium & alios interpretes.
- 5 Tolluntur verba irreptitia ex d. l. ex facto. & Antonij Augustini ad eam emendatio rejicitur.
- 6 Qua ratione motus Pegasus in d. l. ex facto. Sempronium ad vacantem portionem admiserit?
- 7 Ratio cur reiecta sit Pegasi sententia, & eius rationis explicatio.
- 8 Differentia inter speciem d. l. ex facto, & casum l. item quod Sabinus. §. sed si. versic. aliter atque.

Certissimi iuris est si testator primo assè expleto alium sine parte heredem scripserit, vocari eum, qui secundo loco scriptus est in secundum assè, ac duobus assibus iuris potestate ad vnum reuocatum fieri duos semisses, quorum vnum primus heres ferat, alterum secundus. Idque Vlpianus docet in l. item quod Sabinus. 17. §. sed si ex assè expleto. D. de hered. instit. nec vllam res habet dubitationem. † Sed si testator dupondium distribuerit, & tertium sine parte heredem scripserit, quæstio difficilior est quam in partem venire debeat, utrumne in trientem, an in semissem, ut tantumdem habeat solus, quantum vteruis, an quantum vterque eorum, qui ex duobus primis assibus sunt instituti. Quamquam enim Vlpianus aperte scribit hunc, qui tertio loco scriptus est, non in alium assè venire, sed in trientem, eamque fuisse probabilem Labeonis, Aristonis & Auli Casellij sententiam, sunt tamen eruditi quidam viri, nec insubtiles quibus id falsum videatur, quique probabilius putent non in alium assè venire eum, sed in tressem, hoc est ut illi interpretantur, in summam trium assium coniunctorum, ita ut huius sum-

mæ dimidiam partem solus ille habeat, altera dimidia reliquis duobus attribuat. In quam sententiam ex eo precipue mouentur, quod queadmodum assè completo is qui sine parte nominatus est in alterum assè vocatur, reque ad vnum assè reuocata semissem aufert, ita, eodemque modo completo dupondio qui sine parte institutus est re ad assè vnum reuocata semissem quoque debeat obtinere. Indèque occasionem sumunt emendandæ vulgaris lectionis, & pro trientem reponunt tressem. Quod est doctissimis quibusdam viris probari scio, mihi tamen neque verum, neque probabile vnquam visum est. † Cum enim pluribus assibus à testatore inter heredes distributis tota hereditas iuris potestate in vnum assè resoluitur, id semper ac diligenter obseruandum est, ut quæ ratio diuidendorum inter coheredes plurium assium à testatore præscripta est, eadem in assè iuris (sic enim appellare placet) diuidendo seruetur. Alioquin fieret contra testatoris voluntatem si iuris assè aliter diuideremus, quam si de omnibus iis assibus, qui à testatore facti sunt, diuidendis ageretur. Inde verò fit, ut cum primo assè expleto testator transit ad dupondium, & secundum sine parte instituit heredem, duobus illis testatoris assibus ad vnum iuris assè reuocatis, semisses fiant, quia eadem sit proportio semisses ad semissem, quæ est assis ad assè: ac vtroque casu tantumdem habeat Secundus heres, quantum Primus. Nam quemadmodum qui in primo assè instituitur sine parte ex toto assè institutus intelligitur: ita posteaquam placuit posse testatorem, in quot velit asses hereditatem suam distribuere, qui expleto primo assè sine parte heres scribitur in toto secundo assè scriptus videtur, ut eadem ratio sit in secundo assè, quæ in primo: atque idèd sicut vniciuique assè integrum testator dederat, ita singulis semissem præstamus, ne inæquales assis partes demus iis quibus æquales hereditatis suæ portiones testator dedit. Et verò, quam obsecro ei qui post completum primum assè sine parte scriptus est portio dari potest, nisi semis daretur? At si expleto dupondio Tertius sine parte instituitur, nulla ratio est, ut ei semissem demus, quem testator non in duobus assibus sed in vno duntaxat hoc est in tertio heredem instituit. Alioquin eueniret ut contra mentem ac sententiam testatoris tantumdem haberet ille solus, quantum Primus & Secundus simul, quibus tamen dimidio plus testator dedit, nempe duos asses, Tertio verò non nisi vnum. Alia igitur ratio est eius qui sine parte in secundo assè heres scribitur, alia eius qui in tertio. Illi enim testator tantumdem dat quantum ei quæ ex primo assè scripserat, huic verò tantumdem duntaxat quantum Primo aut Secundo, non quantum duobus simul. Neque enim sicut in dupondio duplex as inest, ita in tertio assè duplex dupondium inesse dici potest. Et qui expleto dupondio heredem sine parte instituit, non transit ad quartum assè, sed ad tertium tantum, quem expleri quoque necesse est, priusquam quarti ratio vlla habeatur. Sic fit ut qui ex verbis testatoris tertium assè habiturus erat, ex eiusdem voluntate vnus assis ad quem tres illi reuocandi sunt trientem solum habeat, hoc est totius hereditatis quam in tres quoque partes ipse testator diuiserat, partè tertiam. † Nec ad rem pertinet quod Vlpianus in d. l. item quod Sabinus. §. vlt. negat hunc qui expleto dupondio sine parte scriptus est, vocari in alium assè. Id enim non ita accipi debet ut non vocetur in tertium assè, sed sic potius ut dupondio in quo

Primus & Secundus instituti fuerant ad vnum assè reuocato, & in semisses diuiso, Tertius non admittatur in alium assè, ut tantumdem solus habeat quantum ex duobus primis assibus instituti, sed trientem duntaxat. Quæ enim ratio & proportio est tertij assis ad tres asses, eadem proculdubio est trientis ad assè semissem: scilicet partis tertie ad totam hereditatem. † At difficilior quæstio esse videtur, quam Vlpianus subnectit in l. ex facto. 19. D. de hered. instit. Si quis vacua parte relicta, puta instituto Titio ex semisse, & Mauius ex quadrante duntaxat, nullo iis coherede dato heredem ita instituerit. Si mihi Seius heres non erit (quem non instituerat) Sempronius heres esto. An hic occupare possit vacantem portionem, hoc est an Sempronius ad eum quadrantem in quo nemo est institutus admittendus videatur. Neque enim dubito quin de Sempronio, non de Seio accipienda quæstio sit, ut quæ sequuntur apud Vlpianum expliant, & probant. Sed tamen interpretibus nostris post Accursium vulgo contra visum est, adeo ut in proposita specie si de Sempronio quæreretur, eum putent ad vacantem portionem admitti debere, quoniam institutus sit sub ea conditione, Si mihi Seius heres non erit. quæ haud dubie, videtur extitisse, cum heres esse non possit Seius qui non est institutus. † Atque hic error adèd communis est & inueteratus, ut ex interpretum glossis in textum irrepsit, & plerisque libris legi cœperit an hic Seius occupare possit vacantem portionem, ac si de Seio Vlpianus quæsisset, qui certè non nisi de Sempronio dubitauit. Et quod magis mirandum puto, imposuit ea res doctissimo, & magni nominis Iuriconsulto Antonio Augustino, qui cum nullius dubitationis quæstionem esse videret si sic conciperetur, An Seius heres esse posset, qui nullo modo esset institutus, putauit tollendâ negationem ex primis illis institutionis verbis, Si mihi Seius heres non erit. quod ea sublata probabilius dubitari possit, an ex ea conditione delata Seio hereditas, eiusque adeundâ potestas data esse intelligatur. Quasi verò tam imperitus iuris fuerit Pegasus, quem Vlpianus refert existimasse eum de quo quæritur ad vacantem portionem admitti debere, ut crediderit ex ea conditione, Si mihi Seius heres erit, induci Seij institutionem. Cum tamen certissimum sit non nisi ciuilibus, directis, imperatiuis, & ut nostri loquuntur, dispositiuis verbis institui heredem posse. leg. Gallus. 29. §. in omnibus. D. de libe. & posthum. l. si quis eum. 16. §. vlt. D. de vulg. & pup. substit. l. si quis sub conditione. 8. D. si quis omni. cau. testam. Verum tamen est multò minorem, adeoque absurdiorē fore dubitationem, si quis ab Vlpiano quæri putet ex iis verbis, Si mihi Seius heres non erit, Seius heres scriptus videatur. Ac proinde multoque magis facias deridiculum Pegasum si putes ex eius sententia admittendum esse Seium ad vacantem portionem tanquam institutum. Ut vel ex eo maximè intelligi debeat, non de Seio, sed de Sempronio apud Vlpianum disputari, ac dubitationis plenam esse quæstionem, de qua diuersa

& discrepantes fuerint nobiliorum iuris authorum sententiæ. † Nam quæ ratio ab interpretibus afferatur ut probent in specie de qua quærimus, Sempronium admitti ad vacantem portionem, ea iam olim mouisse Pegasum videtur, neque omnino improbabilis est, nempe, quod illa conditio, Si mihi Seius heres non erit, existat, cum Seius non est institutus, videaturque esse ex eo genere conditionum, quæ necessaria dicuntur, nec possunt non existere, cum fieri non possit, ut heres sit extraneus, qui scriptus non est. † Sed Aristonem, Ianolenum, Pomponium, Arrianum & Vlpianum, elegantior ratio mouit, ut Pegasi sententiam probare non potuerint. Illa nimirum quod huic Sempronio ea pars data videatur, quæ nulla est, ac si scriptum fuisset, Ex qua parte Seium heredem scripsit, si ille heres non erit, Sempronius heres esto, quo casu nemo dubitaret quin si nulla parte Seius heres scriptus esset, nec Sempronius quoque institutus videretur. l. 2. D. de her. instit. Ea namque pars Sempronio data est, quæ Seio data fuerat, proindeque nulla, cum Seio nulla data esset. Caue tamen ne Vlpiani rationem sic explices, ut Sempronius idèd non admittatur, quod substitutus sit in ea parte in qua nemo erat institutus. Neque enim substitutum eum, sed institutum fuisse Vlpianus ait, & si substitutus proponeretur, minus elegans esset quæstio, minorisque difficultatis, cum substitutus dici nemo possit nisi qui secundo gradu sit institutus, ac cui secundo loco hereditas deferatur: quod hic in persona Seij manifestè non contingerat, ante quem nemo esset institutus. At, quoniam institutus non substitutus proponebatur, eò facilius sustinenda institutio videbatur, neque ex eo solo infirmanda quod Seius heres scriptus non fuisset. Quod verò dici solet eam vulgaris substitutionis formulam esse, Si mihi Seius heres non erit, ita verum est, si Seius sit institutus. Alioquin certo certius est ei qui institutus non sit vulgariter substitui non posse. Quod à doctissimis viris in huius loci interpretatione obseruatum non fuisse miror. † Caue etiam ne Sempronium hunc de quo quærimus, similem esse dicas ei, qui assè iam expleto & distributo ex reliqua parte scriptus est, quem ex nulla parte heredem esse Vlpianus ait in d. l. idem quod Sabinus. §. aliter atque. si ita scripsisset, Est enim neutro casu institutio valet, diuersa tamen huius & illius ratio est. Qui namque assè iam expleto ex reliqua parte scriptus est, ideo heres esse nequit, quod reliquum nihil sit ut Vlpianus eo loco scribit. At in proposita quæstione hereditatis partem à testatore vacantem relictam fuisse ponimus, in qua proculdubio vtiliter institui Sempronius potuisset, nisi institutionem ea ratio nullam faceret, quod ex testamèti verbis illa testatoris voluntas fuisse videatur, ut non aliam hereditatis partem Sempronius haberet, quam quæ data esset Seio, cui tamen nulla data esse proponitur. Atque ita locum hunc satis alioquin obscurum contra interpretum omnium opinionès explicandum arbitramur.



ANTONII FABRI IC. CONIE- CTVRARVM LIBER VI.

CAPVT I.

De legatis ex vetere & nouo iure elegantia quædam necdum ab interpretibus rectè explicata.

SVMARIA.

- 1 Duo tantum præcipua legatorum genera olim fuisse, per vindicationem & per damnationem.
- 2 Quatuor præcipua differentia inter legata per vindicationem & legata per damnationem.
- 3 Cur res aliena per vindicationem legari non possit, per damnationem possit?
- 4 Legatario licere rem sibi per vindicationem legatam propria auctoritate & sine heredis factò capere.
- 5 Legatum per vindicationem hereditate ex testamento non adita, non valere.
- 6 Eodem fundo per vindicationem pluribus legato, an à singulis legatariis partes duntaxat sumantur, an vero singulis solidus debeatur?
- 7 Caij & Vlpiani in hac questione conciliatio.
- 8 Differentia inter legatarios re tantum, aut verbis tantum, aut re & verbo coniunctos.
- 9 Re & verbo coniunctos legatarios siue per vindicationem siue per damnationem concursu tantum partes facere.
- 10 Re eadem duobus separatim per vindicationem legata, singulos legatarios non nisi partes viriles sumere.
- 11 Quando in legato damnationis coniunctim relicto locus sit iuri accrescendi?
- 12 In quo differant verbis duntaxat coniuncti ab ijs qui re tantum coniuncti sunt?
- 13 De legatariis re & verbo coniunctis accipiendam esse l. duobus. 85. de leg. 1. & l. coniunctim. 80. de leg. 3.
- 14 Differentia inter legatum damnationis, & legatum vindicationis pluribus separatim relicto, quoad ius accrescendi.
- 15 Vera sententia s. si coniunctim & seq. l. planè. 34. de leg. 1.
- 16 Perperam à nonnullis d. s. emendatum fuisse.
- 17 Sententia l. si ex pluribus. 33. de leg. 1. & Triboniani in ea vestitium.
- 18 In quo sublata sit nouo iure vetus legatorum differentia.
- 19 Examinatur definitio legati à Triboniano tradita.
- 20 Indicatur veteris inter legata differentie vestigium in l. 80. de leg. 2. & in l. à Titio 64. de furt.
- 21 Cur iure nouo legatarius rei sibi legate possessionem propria auctoritate accipere non possit?
- 22 Interpolatum esse à Triboniano s. qui verò ex causa. l. 1. ff. quod legat.
- 23 An sicut vetere, ita & nouo iure homine vel genere per vindicationem legato legatarij electio sit, per damnationem verò heredis?
- 24 Multum olim interfuisse an tacitè, an expresse legata optio esset.

- 25 Explicatur l. illud aut illud. 19. ff. de opt. legat.
- 26 An iure vetere optionis legatum conditionale esset, nec ad heredem transmitteretur?



ARIAS olim fuisse legatorum formulas ac differentias easque omnes Constantini & Iustiniani legibus sublatas esse, vt hodie legatorum omnium, vna eademque sit vis & substantia, nemo est qui ex Vlpiani titulis, Pauli sententiis, Caij & Triboniani Institutionibus non didicerit. Sed & quæ & quales fuerint ex differentia, quæ ab Imperatoribus natura legis omnibus tributa sit nescio an rectè & diligenter ab vilo interprete hæcenus explicatum sit: ob eamque rem operæpretium visum est si de illo à nobis disputatio hoc capite instituat. Quamquam autem quatuor legatorum genera fuisse traditum est, Vindicationis, Damnationis, Sinendi modo, & Præceptionis, mihi tamen attentius intuenti duo tantum probantur. Eorum scilicet quæ per vindicationem & per damnationem dicebantur. Cætera verò quæ sinendi & præceptionis modo fiebant, priorum species fuisse arbitror & differentias, potius quam distincta genera & separata. Constat enim vindicationis verbo concipi solitum fuisse præceptionis legatum, neque à legato vindicationis differentiam aliã habuisse, quàm quòd per vindicationem legari cui libet poterat, per præceptionem verò non nisi vni ex heredibus. Formulam autem quæ in legatis per sinendi modum vsurpabatur, eandem fuisse quæ in legatis per damnationem, nisi quòd sinendi verbum adiceretur, cuius vis ea esset, vt legati modo eæ duntaxat res legari possent, quæ testatoris propriæ essent aut heredis, nempe quòd non nisi frustra & ineptè damnaretur heres sinere vt alienam rem legatam legatarius haberet, quam ne haberet prohibere non potuisset: Cùm tamen si sinendi verbum adiectum non fuisset, heres alienam rem dare damnatus eam redimere, aut si voluntate domini vel iusto pretio id facere non posset eius pretium, & æstimationem præstare cogere. Dicemus igitur tantum de legatorum Per vindicationem & Per damnationem differentiis, quæ obscuriores erunt, & difficiliore. Eas verò quatuor præcipuas fuisse animaduerti, quarum prima illa erat quòd per vindicationem legari duntaxat poterant testatoris res, quæ in rerum natura essent. Per damnationem verò res omnes, atque adeò eæ quas nondum natura prædi-

diffet, si modò separentur, puta *Quod ex illa ancilla natum erit, aut fructus, qui ex illo fundo nascentur.*

Secunda, quòd per vindicationem legata res statim & ipso iure fiebant legatarij mortuo testatore, ita vt non expectato herede rem legatam propria auctoritate vindicare & occupare ei liceret. Cùm tamen is cui per damnationem legatum erat per manus heredis legatum accipere cogere, neque legatario vlla in rem ipsam actio, sed ex testamento tantum in heredis personam competere. Tertia, quòd eadè re pluribus, per vindicationem legata distinguebatur, an coniunctim, an disunctim seu separatim, hoc est an vna pluribusve orationibus legata esset, vt posteriore casu solidum legatariis deberetur, altero verò còcurfu partes fieret quæadmodum Vlpianus scribit. At si per dånationem eadè res pluribus legata esset. Si cõiunctim quidem partes duntaxat viriles præstaretur, si verò disunctim & separatim còcurfus nullus fieret, sed heres vni re alteri æstimationem deberet. Quarta denique, & si cui generaliter homo aut alia res per vindicationem legaretur, legatarij erat electio vtrã petere & vindicare velle. Si verò hominè aut gen^o aliud heres dare dånatus fuisset, optionem habebat vtrã ex pluribus speciebus præstare mallet. Atque hæc omnes differentie, & si quæ aliæ fuerint, licet ex verbis potissimum descendere videbatur, nõ tamè ex nudis verborum differentiis, sed ex ipsa etiam testatoris voluntate proculdubio dimanabat, cum vt plurimum id quicquid demum voluisse videatur, & verbis expresserit, & Na, vt primã repetam, ex illis verbis quibus legatum per vindicationem cõcipi solebat, *Do, lego, capito, sumo, habeto, vindicato*, apparet sanè testatoris ita legatis voluntatè eã esse vt post ei⁹ mortè legatarij cõfessim legati dominiũ & possessionem cõsequatur, eoque nomine vindicationem habeat, quæ nõ nisi domino ad auferendã possessionem datur, adeò vt in eã rem nullo heredis factò opus sit, cũ quo scilicet testator nõ est locu⁹. Atqui ratio iuris minimè patitur vt ei⁹ rei dominiũ à testatore in legatariũ trãferatur, cuius testator ipse dominus non erat ne alioqui pl⁹ in aliũ iuris trãtulisse eũ dicam⁹, q̃ ipse habuisset. Sũma igitur ratione fiebat vt neq. aliena res, neq. ea, quæ nõdũ in rerũ natura existeret, hoc legati genere relinquere posset, quia nec in alienã re, nec in eã, quæ non sit, cadere possint solemnia illa vindicationis verba. *Hæc re ex iure Quiritũ meã esse aio.* Cùm verò per damnationem legatũ est, nullum testator legatario ius tribuit in re aut ad re ipsam quã legat, nec cũ legatario loquitur, sed tantum obligat & dånat heredem ad quæ verba dirigit vt ex testamento eã re præstet quæ legatur. Vnde fit vt tã aliena res, q̃ ea quæ nondũ in rerũ natura sit, & aliã id genus quarũ dominiũ tã citò legatari⁹ nãcisci nõ potest, quæq. idè per vindicationem legari nõ possent, hoc tamè legati genere vtilliter relinquuntur, quoniã aliud est præstari quid ab herede, aliud à legatario vindicari: hoc difficilius, illud facilius est. Et si quãdò cõtingit re ipsa quæ legata est ab herede præstari nõ posse, ad æstimationis præstationem quæ nõquã difficilis est, recurrimus, vt vice rei cedat. Hinc potro cætera etiam differentie fluxerunt, quas supra retulimus. Fieret enim contra testatoris voluntatem si legatarium vindicationis per manus heredis legatũ accipere cogere cui testator nulla facta mentione vindicandi facultè iusq. cõcessit. Nec miremur quis dominium hoc casu sine traditione ac nuda quodãmodo testatoris voluntate in legatarium trãferri. Nõ enim nuda voluntas dici potest, quæ legis auctoritate cõfirmatur. Eadè verò lex, quæ supremas defunctorũ voluntates confirmat ac cuius potestas tã-

ta est quãta esse publicè expedit, sicut cætera omnia, ita dominiũ trãferre sola potest & inter sex illos veteris iure Quiritiũ dominiij acquirèdi modos ab Vlpiano in Tit. enumeratur, tñec rursus obici possit, nõ esse permittèdũ legatario propria auctoritate legatũ capere, ac sibi ipsi cõdenãdo ius dicere. Frustra nõq. heredis voluntatè, requirat legatarius, cui potestãtas à testatore facta est fieri q. potuit legatũ sine aliquo heredis factò occupãdi. Ac tũ demũ inciuile esse dicimus re legata sine traditione, & voluntate heredis ad legatariũ peruenire, cũ ea testatoris voluntas fuit, vt ab herede præstaretur, quæadmodum in legatis per dånationem cõtingit. Quod autè ex Caij diximus, nõ esse expectãdũ heredem, vt q. per vindicationem legatũ est legatario acquiratur, nõ sic accipiendũ est, quãsi huius generis legata valeant, quãuis postea ex testamento hereditas adita nõ sit. (Certissimũ. n. nõ valere, & irritò factò testamento irrita quoq. fieri omnia quæ in eo relicta sũt.) Sed id significare volumus, si quãdò cõtingat ab herede scripto adiri hereditatem ex testamento, legati vindicationem quã antè legatarius fecerit perinde valere ac si post hereditatis aditionem, facta esset: quia eã fuisse testatoris voluntatè ex legati verbis dignoscimus. Eadèq. testatoris voluntas facit vt multũ referat an pluribus eadè res per vindicationem an per dånationem relicta & cõiunctim disunctimve legata sit. Qui, n. per vindicationem disunctim legat, is vniciq. ex legatariis dominium rei legatæ in solidum tribuit, vt non malè Vlpianus scripserit singulis legatariis solidum deberi, scilicet ex testamenti verbis, & iudicio testatoris. Sed quoniã fieri nõ potest vt eiuisdè rei dominiũ duob. in solidũ acquiratur, duplex hoc legatũ ita interpretatur, vt quib. singulis testator totũ fundũ dedit, is iã inde ab initio semilles tãtũ dedisse videatur. Et quæadmodũ cũ expleto primo asse testator transit ad dupodiũ, vnũquẽq. ex heredib. in toto asse instituisse intelligitur, ita tamè vt iuris potestate duo asses ad vnũ reuocetur, & singuli in semilles resoluatur. *l. in erdũ. 13. §. pater familias. l. iurè qd. Sabinus. 17. §. sed si asse expleto. D. de her. inst.* Sic eũ, qui toto fundo iã vni legato eũdè alteri solidũ legat, veluti fundi duplicis rationem habere dicimus, vt si rerũ natura pateretur singuli legatarij solidũ fundũ perciperet ex eius voluntate, quæ tamè cũ effectũ sortiri nequeat ppter difficultatè, aut potius, si dice- re liceat, impossibilitatè præstationis, inde nimirũ fit vt iuris potestate duo illa eiuisdè fundi legata ad vnũ reuoluatur, & nõ iã singulos fundos singulis legatariis, sed vniciq. dimidiã duntaxat datã interpretemur. Rationi nõq. apprimè cõsentaneũ est, vt defunctorũ voluntates quæ sine legis auctoritate valere nõ possunt, in id scil. tẽpus collatae quo rerũ suarũ dominus amplius nemo est, iuris potestate ac veluti tẽperamẽto ad eũ modũ redigatur, quo effectum sortiri possint. Quod igitur Caius scribit eadè re pluribus per vindicationem disunctim legata, partes duntaxat sumi à legatariis, cõtrariũ nõ est ei q. ex Vlpiano retulimus solidũ singulis deberi. Lõgè siquidè differentia hæc sunt, Deberi, & Sumi. Nã deberi singulis fundũ integrũ cũ dicimus, ad testatoris iudiciũ & voluntatè respicimus Sumi verò tãtũ partes adicimus, vt eũ effectũ significemus, quẽ sortiri testatoris voluntas potest. Ex quo intelligere licet, quãta inter cõiunctos legatarios differentia sit, si aut re tãtũ, aut verbis duntaxat, aut re & verbo cõiuncti proponatur. Si, n. re tãtũ cõiuncti sint, ea locũ habet quæ diximus, vt legatarij qui ex testamẽtu verbis singulis totũ fundũ haberet, si fieri id posset partes duntaxat viriles sumant nõ ab ipso testatore, sed à iure necessitate cõfessas.

Quod si non nisi verbis eos testator coniunxerit, necesse est iam inde ab initio partes iis testamento factas esse, quoniam ut ingenio sissimè ante nos *Goneanus* obseruauit, verbis tantum coniungi non possunt nisi quibus testator æquas partes adscripsit hoc modo, *Titio & Seio fundum pro æquis partibus do, lego. l. paul. D. de usufructu. accresc. l. re coniu. 89. de legat. 3.* Nisi forte proponas communi plurium seruo legatum esse, quod cum sit sicut legatum dominis acquiratur, ita coniu. domini videntur non re, sed verbo tantum, nec pro æquis, sed pro dominicis & in æquis portionibus, *l. & Proculo. 20. de legat. 2.* † At si re & verbo coniu. sint legatarij, siue per vindicationem siue per damnationem, dici non potest partes eos ab initio habere quibus testator totum legauit, ac quorum singulorum ratione testatoris voluntas effectum sortiri potest, quousque alter alteri concurrat: neque enim hoc casu separatim singulis solidum fundum præstari testator voluit, cui voluntati ipsa rerum natura, & consequenter lex quoque resistit: sed duobus simul eundem fundum legauit: in quo nihil est absurdi aut incommodi prius quam legatarius quisque fundum solidum vindicare, aut ex testamento petere velit. Quare nec ratio aut necessitas vlla est propter quam ius interponere debeat, ut quibus testator totum fundum dedit, iis partes duntaxat adiudicet. Alioquin ne à testamenti verbis recederetur, dicendum esset vi & potestate iuris in id reduci legatum, ac si Titio & Seio fundi semis legatus esset, vnde fieret ut ex iis quisque dimidia parte minus perciperet quam ei legatum esset. Non enim possis dicere ita interpretandum legatum ac si Titio & Seio fundi semisses legati essent. Nam cum testator in eo legato fundi mentionem semel duntaxat fecerit, certè vel nullo modo vel in vnum duntaxat semissem fundi legatum resolui necesse est. Quid enim inter fundum & duos fundi semisses interesset? Neque sanè vnquam reperias resolui assensum in duos semisses, sed ita demum duos semisses fieri si in duos asses testator hereditatem distribuerit: nec proinde fundum vnum semel legatum in duas dimidias reduci, sed tunc tantum cum duobus dupli. legato idem fundus datus est. Quo casu non ut vulgo creditur partes per concursum fieri possunt, sed iam inde ab initio testatoris voluntatem lex adiuvat, & partes facit, ut legatum valeat, quod alioquin propter legatariorum concursum, qui in ipsa datione sit non valeret. Idque est quod *Vlpianus* docere voluit in *Titul. D. de legatis*. multum interesse an coniu. an disiunctim pluribus per vindicationem eadem res relicta sit, & vno casu solidum cuique deberi, id est ut explicauimus, singulis ab initio iuris potestate partes fieri: altero verò partes fieri duntaxat per concursum. Quam differentiam non agnoscunt neque explicant, qui vtroque casu partes concursu fieri arbitrantur: neque animaduertunt in genere legatorum per damnationem idem contingere, ut si quid pluribus coniu. relicta sit, singulis legatariis pro parte virili duntaxat legatum debeatur, quibus tamen singulis tota res hoc est vni res ipsa alteri æstimatio præstanda esset si disiunctim & separatim legatum fuisset. *l. duos. 14. D. de usufructu. leg.* † Nempe aliud est legatum esse rem duobus simul, aliud verò legatum singulis separatim. Et si autem in legato per vindicationem illud iuris est, ut siue coniu. siue disiunctim legatum sit, ius accrescendi locum habeat, quia neutro casu partes testator fecit, quæ verò iuris potestate factæ sunt, ex voluntatem testatoris ex

qua ius accrescendi æstimandum ac metiendum est non impediunt. Attamen eius differentia quam *Vlpianus* tradit effectus ille erit, ut legatarius quisque partem tantum rei legatæ vindicare possit ac si non nisi semis legatus esset quibus eadem res tota separatim legata est. Cum si coniu. legatum esset solidam quisque rem vindicaret, nec nisi concurrente altero legatario parte contentus esse cogere. Quod satis aperte *Caius* docet cum legatorum per vindicationem & per damnationem similitudinem illam esse dicit quod eadem re pluribus legata partes tantum sumunt legatarij. Nemo autem dixerit quemque ex iis quibus eadem res per damnationem coniu. legata est, totam rem ex testamento petere posse. Alioquin cum prius agenti data esset, alteri eiusdem rei æstimatio præstari deberet, ut si re disiunctim legata quod tamen fecus est. † Vnde etiam moueor ut putè in legato damnationis coniu. relicto, non minus quam in legato vindicationis iuri accrescendi locum esse si forte vnus ex legatariis legatum repudauerit, aut ante diem eius cedentem decesserit. Perpetuè enim verum est quod recentiores iuris magistri tradiderunt toties inter legatarios iuri accrescendi locum esse, quoties ab initio qui primus egit minus percepit aut agendo minus percepisset quam ei à testatore relicta esset. Illa verò cautio duntaxat diligenter adhiberi debet, ne ipso testatore liberaliores simus, hoc est ne totum demus ei cui testator partem tantum dedit, neve partem augeamus eius, qui ex testamenti verbis & de functi iudicio minorem consequi debeat. Quæ ratio facit ut inter eos qui verbis tantum coniu. sunt iuri accrescendi locus esse nunquam possit, ita enim fieret contra voluntatem, quod ex voluntate proficiscitur, & ineptus esset qui totum daret ei, cui testator disertis verbis non nisi partem dedit: cum ut supra diximus verbis coniu. dicantur non etiam re, quibus testator eiusdem rei partes æquas adscripsit. *l. re coniu. 89. de legat. 3.* † Atque in eo differunt qui verbis duntaxat ab iis qui re tantum coniu. sunt, quod quanquam omnes ab initio partes habent non expectato concursu, hi tamen eas habent quasi iuris potestas fecit: illi verò non à iure, sed à testatore factas petunt, vnde illa etiam manat differentia, quæ pertinet ad ius accrescendi. Ergo quod *Vlpianus* scribit in *l. plan. 34. §. si coniu. de legat. 1.* si coniu. legatur partes ab initio fieri, nec solè eos partes facere in quorum persona legatum constitit, sed eos quoque in quorum persona non constitit, putè si quis Titio, & seruo proprio sine libertate legauerit, de iis legatariis proculdubio accipiendum est qui verbis tantum coniu. sunt, quod diximus partes habere ab initio datas, ob eamque causam nullo vnquam casu inter eos accretioni locum esse. Nec me mouet quod in contrariam, ut videtur, sententiam, † *Celsus* scribit in *l. coniu. 80. de leg. 3.* Coniu. heredes institui aut coniu. legari hoc esse, totam hereditatem, & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Non enim de verbo tantum coniu. id accipiendum est, quibus ab initio semper partes dantur, neque rursus de iis quibus disiunctim eadem res legata est. Sunt enim hæc plane differentia, Legari quid coniu., & legari disiunctim. *§. si eadem res. Instit. de legat.* At tamen iis quibus disiunctim eadem res legatur, singulis tota res datur, disiunctim tamen non coniu. datur, atque ideò non concursu, sed statim partes sunt ne alioquin concurrere necesse esset eos, quibus testator ne concurreret disiunctim, & separatim legauit.

Superest

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

est: cum *Vlpianus* scribat partem fieri etiam ab eo, qui nunquam possit concurrere hoc est à seruo proprio, cui sine libertate legatum est. At qui re & verbis coniu. sunt, mutuo sese non impediunt, quominus qui primus agit totum legatum consequatur quandiu alter non concurrat, licet concurrere possit. *d. l. coniu. 80. de leg. 3. l. vnic. §. vbi autem. C. de cad. toll.* † Et quod scriptum est à *Paulo* in *leg. si ex pluribus. 33. de leg. 1.* Si pluribus eadem res coniu. legata sit, etiam si alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habiturum eum, qui ex testamento agat: de concurrentibus legatariis, & de ipso concursu effectum omnino accipiendum est. Sanè quæ in eadem lege distinctio subiicitur in legato pluribus disiunctim relicto, an testator adimendiam nimo Secundo legauerit, an verò vni rem, alteri æstimationem præstari manifestissimè voluerit, ut si ea non appareat voluntas, viles duntaxat portiones cuique præstentur. Mihi non placet, neque verò ex iuris veteris ratione ita distinguere *Paulus* potuisset, sed tantum vindicationis legatum ab eo quod per damnationem relicta esset scernere: quemadmodum *Vlpianus* & *Caius* supra dictis locis distinguunt. Neque dubitari oportet locum illum, *Triboniani* arbitrio & iudicio immutatam esse ex *Iustiniani* Constitutione in *d. l. vnic. §. si autem disiunctim*, vbi eadem distinctio ex nouo iure contra veteris auctoritatem proponitur, ut eo loco *Iustinianus* ipse gloriatur: quod etiam si non moneremus, tamen *Triboniani* stylum agnoscere difficile non esset. † Apparet igitur ex ea *Iustiniani* lege ita sublatas esse hac parte legatorum differentias ut hodie siue per vindicationis siue per damnationis verba legatum sit, idem iuris obseruetur quod olim constitutum erat in legatis per vindicationem: ac proinde distinctio illam *Vlpiani* quæ in vindicationis legato obtinebat, etiam hodie superesse, non scilicet coniu. an disiunctim legatum proponatur. Sed quod ad priores duas differentias pertinet à nobis supra explicatas data ex contrario est legatis omnibus ea vis & natura quæ iure vetere fuerat legatorum tantum per damnationem. Etenim res omnes tam alienæ, quam quæ nondum in rerum natura existunt, ac quarum dominium tam citò in legatarium transferri non potest quibuscunque verbis legari possunt, ut non voluntatem ex verbis, sed verba ex voluntate æstimemus. *§. non solum & §. ea quoque res. Instit. de legat.* Sic enim puto, tradere eo loco *Tribonianum* ius illud quod hodie legatis omnibus commune est, non quod olim singulare & proprium erat singulorum generum. Ac quemadmodum iure Digestorum legata, quæ per damnationem relicta essent per manus heredis præstari necesse erat, ita *Iustiniano* placuit idè in legatis per vindicationem constituendum esse: † ut verè dici possit legatis omnibus conuenire definitionem illam quæ ponitur in princ. *tit. Inst. de legatis*. qua legatum diffinitur donatio quædam à defuncto relicta ab herede præstata. Nec iis assentior qui postrema hæc verba respuunt, moti ex eo quod non sint addita in *l. legatum. 36. de legat. 2.* ex qua ille Institutionum locus desumptus videtur. Nam quod *Modestinus* addere non potuit propter veteres illas quæ suis temporibus obtinebant legatorum differentias, id *Tribonianum* addere necesse fuit ut ex legatis diffinitione quænam hodie legatorum omnium hac parte natura esset intelligeretur. † Neque rursus contrarium est, quod *Papinianus* scribit in *l. legatum. 80. eod. tit.* legatum ita dominium rei legatæ legatæ

N

rij facere, & hereditatem heredis res singulas. Idque eo pertinere ut si pure legatum sit, nec legatarius repudiauere defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat quasi nunquam factum heredis: quod & traditum est in *l. a Titio. 64. in fr. D. de fer.* Nam de vindicationis tantum legato quod magis proprie legatum dicitur, locus ille intelligi debet. Aut si de omni genere legatorum accipere malis, admittendum est, aliam rationem esse dominij, aliam possessionis. Certum enim est non licuisse legatario rei legata cuius dominus esset possessionem propria autoritate occupare nisi cui per vindicationem legatum fuisset. Eum vero cui per damnationem legatum erat per manus heredis possessionem accipere debuisse contendo. Alioqui euentum fuisse ut in edictum Prætoris incidere quo propositum est interdictum. Quod legatorum, adipiscendæ per heredem possessionis gratia, & reuocandæ à legatariis qui eam propria autoritate, non ex voluntate heredis occupassent. Non enim verum esse potest, quod quibusdam placet, eo tantum casu interdicto locum esse, quo legata per legem falcidiam minui necesse sit, ut eam retinere possit heres, qui vindicare non posset. Nam & legatorum falcidiam vindicari non posse dubito. *l. l. neam. 26. D. ad leg. falcid. l. penultim. C. eod.* & alia ratio edicti quærenda non est quam quæ ab Vlpiano traditur in *l. illo tit.* Quod legat. nempe quod æquissimum Prætori visum sit vnumquemque non sibi ipsius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere: quæ ratio non minus recta est si legi falcidie locus non sit quam si de ea retinenda discrepetur. Eamque ob causam eleganter meo iudicio, Caius in Institutionibus dicebat eum cui per vindicationem legatum esset, posse rem legatam statim post mortem testatoris non expectato herede sibi præsumere: quod si fecerit non posse eum pro præsumpto legato calumniam ab herede sustinere, hoc est ut ego interpretor, non posse eum teneri interdicto Quod legatorum: ut intelligamus in alio genere legati quod per damnationem dicebatur, calumnie heredis obnoxium fuisse legatariū, si non expectato herede legatum occupasset. Nam certe per calumniam facere heres videtur qui rei legata à legatario occupatæ possessionem sibi restituere postulat, quam mox eidem legatario restituere teneatur, *l. dolo facit. D. de dol. mal. excep.* Quis vero calumniam esse diceret, si ea res ad falcidiam quam heres iure publico habere debet retentionem necessaria esset? At etiam cum heredis nihil interest, visum est Prætori facilius ferendam eam calumniam, quæ legatario permittendum ut propria autoritate legatum occupet quod ex testatoris voluntate ab herede præstandum fuit: illud enim ad priuatum legatarij, hoc vero ad reipublicæ iniuriam pertinet, cui periculosissimum futurum sit si singulis concedatur ea facere quæ per magistratum publice fieri oporteat. *l. non est singularis 176. de regul. iur.* Quæ tamen ratio in vindicationis legato heredi prodesse non poterat, cuius voluntatem frustra legatarius expectasset, cui scilicet nulla heredis mentione facta legata rei vindicandæ, & occupandæ potestatem testator fecisset, ut iam supra explicauimus. Idque apertius ex Edicti verbis intelligeretur, si extarent, quæ ab Vlpiano non fuisse prætermissa apparet cum ex præcedentibus, & sequentibus edictis quorum verba idem Vlpianus refert & explicat, tum ex *§. quod aut prætor, aut dolo desit possidere. & ex §. quod aut Prætor voluntate eius ad quem ea res pertinet. & rursus ex §. quod aut Prætor*

nisi satisdatum sit. d. l. i. ill. tit. quibus locis quædam Edicti verba ac veluti fragmenta proponuntur. Sed à Triboniano Edicti contextum sublatum esse verisimile est, ut facilius ei esset quod in legatis per damnationem duntaxat aut etiam sinendi modo Prætor constituerat ad cætera quoque legatorum genera protrahere, & hac parte ius idem in legatis omnibus constituere. Quod apertius ab eo factum est in *§. qui vero ex ea præceptionis*, ubi cum Vlpianus scripsisset, quantum ex aliis eius scriptis & certissimis iuris veteris ratione coniectura assequi possumus, illo interdicto non teneri eum qui ex causâ præceptionis, & legati per vindicationem relictæ rem legatam occupauit, Tribonianus contra sic emendauit. Eum qui ex causâ præceptionis rem possidet utique teneri eo interdicto sed pro ea scilicet parte quam iure legati habet, non pro ea quam quasi heres à semetipso percipit. Idemque dicendum esse et si alio genere legati vni ex heredibus legatum sit, ut hoc etiam casu pro ea parte qua heres est cesset interdictum. Quasi vero eam distinctionem scire multum interesset, de qua ne anus quidem dubitaret. Quid enim apertius quam re aliqua vni de heredibus legata, non contineri legato eam partem quam capit à seipso, atque idcirco non posse pro ea parte interdicto locum esse? Planè Vlpiani temporibus interdicto Quod legatorum locum non fuisse aduersus eum cui per præceptionem legatum esset manifestè probatur ex eo, quod idem Vlpianus pro Titulis scribit, & nosiam supra retulimus in hoc legati genere, vindicationis verba usurpata fuisse, ac proinde non alio iure legatum hoc quam quod per vindicationem relictum erat ceteri potuisse. Sed illud magis mirari quis possit cur aliud iuris constitutum sit in mortis causa donationibus quam in legatis. De quo tamen in sequenti capite dicemus. Superest ut subiiciamus de postrema legatorum differentia, quæ in eo elucebat, ut si cui homo aut genus aliud vel duæ res disiunctim per vindicationem legarentur, legatarij electio esset, quam ex contrario heres habebat si per damnationem ab eo legatum fuisset. *l. legato. 37. l. si à substituto. 45. §. i. l. plane. 34. §. pen. de leg. 1. l. si is cui. 19. l. Lucio. 23. l. si ita relictum. 43. §. ultim. de legat. 2.* Et hanc differentiam hodie sublatam non esse docti plerique viri existimant, cum quibus & ego sentio, non ea tantum ratione quod ex testatoris voluntate potius quam ex verbis descendat (idem enim de cæteris dici posse, nec aded iuris authores verbis hæsisse, ut voluntatis rationem semper præcipuam non habuerint apertissimum est) sed quod apertioribus verbis non potuerit testator exprimere vtri electionem datam vellet, heredine an legatario, quam cum vel legatariū vindicare iussit, vel heredem dare damnauit. Idque est quod Iustinianus scribit in *§. si generaliter. 22. Inst. de leg.* Si generaliter seruus vel alia res legatur electionem esse legatarij, nisi aliud testator dixerit, hoc est nisi ab ipso herede legatum dari testator iusserit. Plerumque enim legata relinquuntur hoc verbo, lego, quomodo per vindicationem olim legabatur. At quid si testator ita legauerit, deinde ab herede legatum præstari iusserit? ut hodie in testamentis ferè omnibus fieri solet. Mihi magis placet eo casu electionem esse legatarij quod primū vindicationis verbis legatum sit, quamuis de præstando ab herede legato postea cautum sit. Quando iam eo iure vtimur, ut etiam quæ per vindicationem relictæ sunt, ab herede præstari debeant ut diximus. Denique in dubio id sequendum esse nemo negauerit

rit quod à Iustiniano traditum est in *d. §. generaliter.* Legato enim generis tacite inesse videtur legatum optionis, ut eleganter Vlpianus scripsit in *tit. De legatis.* Quamquam multum intererat an tacite an expressè legata optio esset. Hoc enim casu conditionem habere legatum videbatur, si legatarius viuum elegisset, eamque ob causam defuncto ante electionem legatario, in eius heredem legatum non transmittetur, sicuti Iustinianus refert in *§. optionis. eo tit.* Legatum, inquam optionis, ita ut legatarij heres optare possit. Sed rei legata petitionem viram testatoris heres præstare vellet, in heredem legatarij transmitti potuisse non arbitrator dubitandum. Cum enim testator optionem legauit hoc modo, *heres meus Stichum aut Pamphilum vno virum ille elegerit.* duo sunt legata, vnum quod purum est Stichi aut Pamphili, alterum conditionale, optionis. Primi dies cedit statim à morte testatoris, secundi vero non nisi conditione existente, id est facta per legatarium optione. Igitur si legatarius post diem primi legati cedentem, id est defuncto testatore decessisset: priusquam tamen legata optionis dies cederet, hoc est nulla electione facta, iuris veteris ratio faciebat ut legatum purum ad heredem legatarij transmitteretur, conditionale vero deficeret & idcirco est, meo iudicio, quod Paulus respondit in *l. illud aut illud. 19. D. de opt. one legat. si legatum ita relictum sit. Illud aut illud vtrum legatarius elegerit.* nullo à legatario electo, & eo decedente post diem legati cedentem ad heredem legatum transmitti. Neque enim transmitti ait legatum optionis, cuius dies cum conditionale sit ante factam electionem cedere non potuisset, sed legatum illud quod erat purum, ac cuius dies viuo legatario cessaret, hoc est legatum earum rerum quæ disiunctim legata fuerunt. Quod si *Accursus* aut qui *Accursus* secuti sunt ad nostram vsque ætatem interpretes intellexissent, non scripsissent corruptum esse eum locum, & detractam negationem à Triboniano propter Iustiniani Constitutionem, qua factum est, quemadmodum ille refert in *d. §. optionis*, ut eligendi potestas legatario data ad eius heredem transmittatur. Nihil enim est quod hac parte Triboniano imputari possit, aut Paulo obiici qui certè non de optione ipsa sed de legato cuius optionem testator legatario dederat respondit. Nisi fortè quis malit ea verba *ad heredem transmitti*, de testatoris non de legatarij herede intelligere: ac si scriptum esset, electionem quæ legatarius prius quam optaret mortuus amittit, transferri ad heredem testatoris ut quam rem volet ex pluribus quæ disiunctim legata sunt heredi legatarij præstet. Quod etsi verum est, & ad rem satis accommodatum, mihi tamen duriusculum videtur, & prior nostra interpretatio magis placet. Nam si de ipsius optionis legato Paulus tractaret, verum esse non posset, quod lex ait legatarium post diem legati cedentem, necdum tamen electione facta decessisse. Tametsi ut liberè dicam quod sentio, valde mihi suspectum est quod Iustinianus refert ius vetus ita fuisse comparatum ut optionis legatum conditionale esset, nec ad heredem transmitteretur, Primum quia in Digestis & Codice nulla eius rei argumenta aut vestigia extant. Deinde quoniam à ratione profus alienum id videtur ut deterior conditio sit legatarij cui expressis & disertis verbis optionem testator legauit, quam cui tacite ea data est. Quæ. n. tollendæ dubitationis causa, & legatarij fauore addita sunt, ei nocere & heredi prodesse æquum non est. *l. in ratione. 30. §. tamen si. D. ad l. falc.* Postremò idem Iustinia-

nus in prin. *l. ult. C. com. de leg.* refert dubitatum fuisse apud veteres an si vni legatario optio serui vel alterius rei relicta esset, & is ante factam electionem moriens plures heredes reliquisset qui postea in eligendo dissentirent, quid iuris constitui deberet. Cui quæstioni non video quomodo locus esse potuerit si ponas optionis legatum iure Digest. conditionale fuisse & ad legatarij heredes transmitti non potuisse. Ex his porro quæ diximus, ut tandè concludamus, manifestum est ad quæstionem illam, Quænam hodie legatorum omnium natura & conditio sit, absolute & indistincte responderi non posse: sed eas distinctiones probandas esse, quas retulimus & explicauimus.

CAPVT II.

Ad §. si quis ex mortis. l. i. D. quod legator.

SUMMARI.

1. An interdictum quod legatorum Falcidia duntaxat retinenda gratia detur?
2. Differentia inter legatum & mortis causa donationem quod ad recuperanda possessionis interdictum.
3. Quando donatarius dicto interdicto teneatur?

Scribit Vlpianus in *l. i. §. si quis ex mortis. D. quod legator.* Eum qui ex mortis causa donatione possideat non teneri interdicto Quod legatorum, cum portio legis falcidie ipso iure apud heredem remaneat, tamen si rerum possessio in donatarium corporaliter translata sit. An igitur legata, pro quibus interdictum illud competere certum est, per legem falcidiam non imminui dicemus? Imò verò ipso iure, hoc est sola iuris & legis potestate minuantur. *l. i. l. in quantitate. 74. §. ult. D. ad l. falcid.* Neque enim lex falcidia liberam testandi & legandi facultatem quæ leges Furia & Voconia sustulisse videbatur cui Romano restituit nisi hæc teneatur, ut hereditatis quadratam integrum & illibatam heres haberet. An potius credendum est falcidie duntaxat retinendæ gratia interdictum dari? Ita sanè plerique docti viri putant: quorum sententia numquam probata est. Alioquin admittendum esset nec legatorum nomine interdicto locum esse posse: quorum scilicet falcidia ut diximus, ipso iure penes heredem remaneat quæ admodum & donationum causa mortis. Et cum propositi interdicti ratione Vlpianus reddit, non illam assert quod falcidiam habere heres debeat, sed quod rem legatam ex heredis voluntate accipere legatarium æquius ac ciuilius sit, ut proinde dubitari minimè oporteat quin siue legi falcidie locus sit, siue non sit, interdicto teneatur legatarius qui propria autoritate legatum accipit. Sic ergo Vlpianum explicandum arbitrator, ut in eo dissimilis sit conditio legati, & donationis causa mortis, de qua ille tractat, hoc est quæ per traditionem perfecta est, quod legati possessio cuius solius eo interdicto ratio habetur (est enim recuperandæ possessionis, ut lex ait) neque per testatorem neque per heredem legatarium translata dici possit: indèque fiat ut à legatario sine heredis voluntate occupari eam inciuile durumque videatur. At donatio causa mortis ita demum rei donatæ corpus in donatarium transferat si rem ipsam donator tradiderit: quod cum factum est, illa reuocandæ à donatario possessionis ratio locum habere nequit quod propria autoritate rem donatam occupauerit, aut quod per heredis manus eam accipere debuerit, quam scilicet

per ipsius donatoris manus iam acceperit. Et igitur heredi ad calumniandum ratio sola superest ut dicam restituendam sibi rei donatæ possessionem, lex falcidia locum habeat. Verum neque hoc possit dicere cum etiam in mortis causa donationibus legis falcidiæ potestas & autoritas Scueri Constitutione inducta sit. *l. 2. C. de don. caus. mort. l. si mortis. 5. C. ad leg. Falcid.* Ex quo inferri posse arbitror si cui per stipulationem duntaxat citra traditionem mortis causa donatum sit, isque post donatoris mortem sine heredis voluntate rem donatam occupauerit, teneri eum interdicto, ex eplo legatarij, cuius hac parte recta comparatio videri possit, ne scilicet sibi in causa propria ius dixisse videatur. Quemadmodum & Vlpiani temporibus non dissimilis ratio videri poterat donationis causa mortis traditione perfectarum, & legatorum quæ per vindicationem, aut per præceptionem data essent, quod sicut ex donatoris voluntate donatarius rem haberet, ita ex testatoris iudicio huiusmodi legata sine vlllo heredis facto occupare legatariis liceret. De quo superiori capite fusiùs scriptum.

CAPVT III.

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

SVMARIA.

1. Differentia præcipua inter quartam Falcidiam & quartam Trebellianicam eiusque ratio.
2. Cur in quartam Falcidiam non imputentur quæ implendæ conditionis causa heredi dantur, in Trebellianicam verò imputentur?
3. Legata per legem Falcidiam ipso iure minui, fideicommissum vniuersale per S. C. non item.
4. Nova ratio & coniectura ad l. pen. ff. de donat. int. vir & vxor.
5. Quid Trebelliano & Pegasiano S. C. cautum & introductum fuerit?
6. An eandem ratione quarta ex fideicommissis vniuersalibus, per S. C. Pegasianum, qua ex legatis, per legem Falcidiam, retineatur, & quomodo accipiendus sit §. sed quia heredes. Inst. de fideicom. hereditatib.
7. Respondetur ad §. tametsi. l. in ratione. ff. ad leg. Falcid.
8. De qua quarta agatur in d. §. tametsi. & an quarta Falcidia nomen ad quartam Trebellianicam quoque pertineat?
9. Quædam esse in versiculo quemadmodum. d. §. tametsi, quæ constructionem non recipiunt.
10. Restituatur & emendatur d. §. tametsi, antea corruptissimus & emendati sensus proponitur.
11. Singularia fideicommissa quoad quartam Falcidiam retentionem legatis exæquata esse, vniuersalia non item.
12. In quartam, siue ex legatis siue ex fideicommissis singularibus deducenda sit, ea demum imputari quæ hereditario iure capiuntur.
13. Exceptio à superiore regula.
14. Explicatur l. acceptis. 93. ad leg. Falcid. & ex ea probatur in Trebellianicam imputari ea quæ mortis causa capiuntur.
15. Casus, quo ea quæ extra hereditatem à legatario vel fideicommissario singulari percipiuntur, in quartam Falcidiam imputantur.

Verum est, quod vulgo ab interpretibus iactatur, eam quartam hereditatis quam per legem

falcidiam heres habere debet, cum in aliis plerisque multum differre ab ea quæ ex fideicommissaria hereditate restituenda Senatufcõsulti autoritate retinetur, tum in eo præcipue quod in illam non imputantur quæ implendæ conditionis causa heredi dantur, in hac verò imputantur. *l. ad veterani. 40. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid.* Differentia autem ratio illa esse videtur, quod in falcidiâ ea tantum imputari possint quæ iure hereditatio capiuntur. In quorum numero non sunt, quæ conditionis implendæ causa heres accipit, cum mortis causa potius, quam testatoris iudicio & testamenti iure percipi videantur. *d. l. id autem l. si quis sub conditione. 8. D. si quis omiff. caus. testat. l. Marcianus. 55. Digest. de cond. & demonstrat.* In Trebellianicam verò imputantur non ea tantum quæ iure hereditario heres habet, sed cetera quoque omnia quæ legati fideicommissi, præceptionis, deductionis, retentionis, atque aded mortis causa ad eum peruenerunt quemadmodum apertissimis verbis Marcianus tradit in *d. l. in quartam*, licet aliam eius loci interpretationem planèque contrariam magis subtiliter quam verè Jacobus Cuiacius obseruationum libris proposuerit, quam nos sequenti capite refellemus. Quod si quis huius quoque dissimilitudinis rationem pergat querere, hanc ego afferri posse arbitror, quod ex legis falcidiæ verbis quæ extant in *l. 1. D. ad leg. falcid.* satis appareat, liberam illam legandi facultatem, quæ ciui Romano lege duodecim tabularum concessa primùm, deinde legibus Furia & Voconia sublata aut certè imminuta fuerat, non aliter lege falcidia restitutam esse quam hætenus ut de solo dodrante testator leges, quadrantem verò nullis legatis diminutum heredi relinquat. Vnde fieri necesse est ut si quid heredi ipsi vel à coherede legatum, vel fideicommissum relictum sit, vel alio quam hereditatis iure ab eo acceptum, id in quartam falcidiæ imputari nequeat, quæ scilicet iam ei cõfecta fuit ipso iure & sola legis potestate prius quàm testator vel ipsi heredi vel alij vllj legatum quamve aliam re relinqueret. Neque sanè fieri potest ut ex legatis, aut fideicommissis, aliisque huiusmodi rebus quadrans heredi cõficiatur quem lex falcidia iam inde ab eo tempore quo institutio facta est separat à dodrante, non aliam ob causam quam ut ne legatis diminuatur, & ne quæstioni postea locus esse possit, ex quibus rebus reduci, ac confici eum oporteat. At Senatufcõsulti Pegasiani non eadem quæ legis falcidiæ verba fuerunt. Etenim si Iustiniano credimus, cuius tantum testimonio hac de re vti possumus, scribit ille in *titul. De fideicommiss. heredit. §. sed quia heredes*, eo Senatufcõsulto duntaxat factum & constitutum fuisse, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Ergo retinendi tantum quadrantis ex hereditate restituenda potestatem heredi Senatus fecit, testatori verò fideicommittendæ totius hereditatis facultatem non eripuit. Hæc autem iudicio meo longè differentia sunt an quis dicat Rogatū heredem de vniuersa hereditate restituenda quartam deducere aut retinere posse, quod verū est, an quis neget heredem de tota hereditate restituenda rogari posse, quod falsissimum est. Alioqui dicendum esset etiam post Senatufcõsultum Pegasianum, & ante Iustiniani tempora nunquam ex eo Senatufcõsulto restitutionem fieri potuisse: sed tantū ex Trebelliano, quemadmodum contingebat si non plus, quam dodrantem hereditatis restituere heres rogatus esset, ut idem

ut idem Iustinianus in *§. ergo si quidam. cod. si. scribit* Multum igitur intererat an de totius hereditatis, an de dodrantis duntaxat restitutione heredem testator rogasset, sicut & valdè referebat an ex Trebelliano an ex Pegasiano Senatufcõsulto hereditas restituere, propter actionum translationem, & stipulationem partu & pro parte, aut emptæ & venditæ hereditatis interpositionem. Cum tamen nihil vquam interfuerit an de tota hereditate, an de dodrante tantum testator legauerit, quoniam licet totius hereditatis & patrimonij æstimatio legatis exhausta sit, tamen de solo dodrante legatum intelligitur, de quadrante verò nihil, quia nec de eo quicquam legari possit, lege scilicet resistente ac repugnante. Propter quam causam dicimus legata per legem falcidiam ipso iure minui. *l. lineam. 26. l. in quantitate. 73. §. vlt. l. quoties. 67. D. ad leg. falcid. l. in imponenda. 9. C. eo. & si per errorem facti integra soluta sint, quartæ repetitionem esse. l. error. 9. l. pen. C. eo. id est vindicationem d. l. lineam.* Atqui fideicommissum vniuersale hereditatis per Senatufcõsultum ipso iure minui & soluto eo per errorem sine quadrantis deductione vindicationi aut repetitioni quartæ locum esse nusquam scriptum reperias. Imò verò fideicommissarium posse totam hereditatem petere, nec nisi per doli exceptionem quartam ab herede retineri, atque aded si per errorem totum fideicommissum restitutum sit non solius quartæ sed vniuersæ hereditatis repetitioni locum esse Pomponius scribit, in *l. heres. 21. D. ad S. C. Trebell.* quod in Falcidia legatorum omnino diuersum est, quæ non aliam ob causam dicitur capi iure testamenti, *l. qui duos. 42. D. de vulgar. & pupill. substit.* hoc est iure hereditario. *l. pater. 14. D. ad leg. Falcid.* quàm quod heredi ea testamento relinquenda sit priusquam à testatore quicquam legetur ut proinde ad eius retentionem doli exceptio necessaria non sit, quemadmodum libri quarti capite sexto explicauimus. Hinc illud etiam fortasse descendit quod Vlpianus ex Celso scribit, in *l. 5. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* si maritus rogatus sit præcepta certa quantitate vxori suæ hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, magis videri functum eum pleniore officio præstandæ fidei, quàm donationem in vxorem contulisse, quia donare quis nequeat eam rem quam nondum adquisierit, licet in eo sit ut si velit, possit acquirere, *§. si maritus. 13. ea. leg.* Quarta autem quæ ex fideicommissio hereditatis restituendæ retinetur, dici non potest heredi acquisita priusquam retineatur, quam scilicet Senatufcõsultum non dat, sed eius tantum retinendæ potestatem heredi facit. At si maritus heres institutus legatis in vxorem collatus supra dodrantem grauatus sit, eaque integra soluerit, vereor ne dici possit non tantum plenius obsequium testatoris iudicio præstitum, sed etiam vxori donationem factam videri, cum marito heredi instituto non quadrantis deducendi potestas, sed quadrans ipse iam per legem deductus & cõfectus esset acquisitus *argum. l. cuius per errorem, de regul. iur. & l. si parronus. 20. §. de illo. D. de donat.* qui tamen locus nisi me fallo, Tribonianum potius quam Marcellum redolet, ac fortassis immutatus est propter *l. vlt. C. ad leg. falcid.* Verum vtrū sit, non alia ratione pertinet quæstio illius *§. ad iit. de donatombus*, quàm quod donare videatur is qui quod per legem falcidiam retinere poterat, non retinuit. Denique non potuit saluo Senatufcõsulto Trebelliano fieri ut per Pegasianum legis falcidiæ potestas ad fideicommissa

vniuersalia produceretur. Nam Trebelliano non prohibebatur testator heredem regere ut vniuersam hereditatem restitueret, quod potius in id tantum factum esset ut hoc casu actiones omnes hereditariæ in fideicommissarium transferrentur, Pegasianum verò Trebelliano vim non sustulit, sed tantum addidit: ea quæ Trebelliano deesse videbantur. Non igitur Senatus sanxit ne testatori supra dodrantem fideicommittere liceret, sed si supra dodrantem hereditatis restituendæ fideicommissum esset, quadrantis retentionem heredi permisit. Ex quo intelligi potest quomodo accipiendum sit quod Iustinianus supradicto loco scribit Pegasiano cautum esse ut heredi rogato hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere, atque per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Neque enim illud dicere Iustinianus voluit, nullam inter legatorum & fideicommissorum falcidias differentiam esse, sed tam ex fideicommissis vniuersalibus de quibus eo loco tractat quàm ex legatis quadrantem retineri, quamuis non eadem omnino ratione retineatur. Lex namque falcidia ad heredum fauorem respexit qui cum iuris successores sint, proculdubio legatariis longè sunt fauorabiliores. Senatufcõsultum verò Pegasianum non heredibus consultum voluit, quibus iam Trebelliano satis consultum videbatur, sed fideicommissariis qui repudiantibus heredibus ad quos nullum ex hereditate lucrum peruenerit fideicommissorum iacturam faciebant, quorum tamen causa fauorabilior quàm heredum esse deberet, vel eo maximè nomine quod totius hereditatis ius fructusque in eos transferatur, ideoque effectu ipso heredes sint, nec nisi nudum heredis nomen penes heredem remaneat. Cum verò non aliam ob causam ut diximus, Senatufcõsultum Pegasianum factum sit quàm ut aliquo præmio heredes ad adeundam hereditatem inuitarentur, dici non potest cur in eum quadrantem quem heres retinet ea tantum imputari debeant, quæ ab eo iure hereditario capiuntur, qui si minore aut nullo lucro quauè alia ratione ad aditionem inuitari potuisset, nulla certè quadrantis retinendi potestas ei facta fuisset. Etsi enim non magis bonorum quàm hereditatis quartam partem habere heres debet, non tamen rectè ex eo inferas in eam imputanda esse quæ hereditario tantum iure apud heredem manent, cum non quicquid capitur ex hereditate, aut propter hereditatem idem cõfessim dici possit capi iure hereditario nisi preterea ex testatoris iudicio ac voluntate, & heredis iure capiatur. Nam & legatum dicitur ex hereditate, & propter hereditatem capiuntur quæ conditionis implendæ causa heres à legatariis aut fideicommissariis accipit, neque tamen legata aut mortis causa capiones iure hereditario capi existimantur. Verissimum igitur est quod Marcianus scribit in *d. l. in quartam*. Quod implendæ conditionis causa fideicommissi heredi datur (sic enim legendum puto) in quartam quam Trebellianicam dicimus imputari. Si verò quid heres implendæ conditionis causa accipiat à legatariis in falcidiæ computationem id non prodesse, quoniam id extra hereditatem habeatur, quæ mortis tempore fuit, ac cuius quadrans iam à tempore testamenti per legem falcidiam heredi cõfectus & relictus esse intelligatur. Neque in toto iure vllus locus est qui aduersus ea quæ diximus pugnare videatur, nisi quod ex Marciani libro octauo Fideicommissorum scriptum legimus in *l. in actione. 30. §.*

tametsi. Digest. ad leg. Falcidiam. Tametsi in ratione legis falcidiae quae conditionis implendae causa heredi dantur, in quartam non computantur: tamen id quod non figura conditionis heres accipere iustus est ab eo qui hereditatem restituere rogatus est, Celsus & Iuliano placere computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iustus esset, quia non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi. Haec enim Marciani verba sunt, ex quibus apparet loqui eum de falcidia quae ex fideicommissio vniuersali hereditatis restituendae retineatur, neque tamen admittere ut quae conditionis implendae causa heredi dantur in quartam aliter computentur quam si figura conditionis non expressa heres accipere iustus sit. Quod si ita esset dici profecto non posset, quid inter legis Falcidiae & Senatusconsulti Pegasiani quadrantem hac parte interesset. Nam quae conditionis implendae causa heredi sic data sunt, ut tamen conditionis figuram testator non expresserit, ea certum est in legatorum quoque falcidiam imputari propter rationem illam quam Marcianus reddit, quod non tam conditionis implendae causa quam veluti pro pretio pecunia praestari videatur, ac si eas res quae legatae sunt illa summa certoque pretio vendere heres iustus esset. Quod enim pro rei pretio heredi praestatur, id non minus iure hereditario capi dicitur, quam res ipsa hereditaria caperetur si eam vendere heres iustus non fuisset: ut eadem *l. in §. vendere.* Marcianus scribit, & Iulianus in *l. qui fundum. 78. D. eod.* † Sed non possum mihi persuadere loqui Marcianum in *dist. §. tametsi*, de falcidia quae Senatusconsulti auctoritate retinetur. Nam tractari potius de illa ipsa Falcidia de qua in praecedentibus tractatum fuerat ostendunt prima ea verba *tametsi autem*, quae non tam nouam disputationem instituit, quam institutam & inchoatam absolui praeseferunt. Deinde quae sequuntur *in legis falcidiae ratione*. Quamquam enim eam quoque quartam quae ex Pegasiano retinetur Falcidiam aliquando appellari scio, quod utraque quarta sit, & quadrantis potius quam maioris aut minoris portionis retinendae exemplum lex Falcidia dedit: Namquam tamen reperio legem Falcidiam dedit à Iuriscensultis pro Senatusconsulto Pegasiano nisi praecedentia aliqua, de restituenda hereditate tractari demonstrant, & si verum est quod iam probauimus non eandem legis, & Senatusconsulti potestatem fuisse, confundi certe vtriusque iura & nomina non potuerunt. † Sed & me illud maxime mouet quod illa Marciani verba in *d. §. tametsi, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iustus esset, qui non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi*, tantum abest ut commodè explicari possint, ut nec Grammaticam constructionem recipere posse videantur. Quod enim referas *eas res*, cum de nullis rebus ac de sola hereditate restituenda rogatum esse heredem in praecedentibus proponatur? Nam si dicas *earum rerum* appellatione hereditatem significari obiciam hereditatem, ab ipsis rebus hereditariis toto genere differre. Res enim corporales esse, hereditatem vero non in rebus & corporibus, sed in iure consistere, atque idem si testator res suas omnes ab herede restitui fideicommissario iusserit, non aliter ex Trebelliano restitutionem fieri ut actiones in fideicommissarium transferantur, aut cogi posse heredem ut adeat quam si de ipsa hereditate & successione restituenda testator senserit. *l. nam quod. 14. §. vltim. l. 15. & 16. in princip. D. ad S. C. Trebellianicam.*

lia. Deinde vix est ut ea res Iuriscensultus scripserit, si de omnibus rebus hereditariis sensisset. Rursus, ad quas personas referri possint verba illa *inferre sunt iussi*, nisi ad illos ipsos quibus vicissim heres quid praestare iustus est? At qui non plures eos fuisse sed vnum duntaxat Marcianus scripserat iis verbis, *ab eo cui hereditatem restituere rogatus est.* Scribendum igitur fuerat in singulari numero *inferre est iustus*, si Grammaticarum praerceptionum obseruationes amamus, & curamus. Denique iuris ratio non patitur ut regula aut sententia quae initio §. ponitur, ea quae conditionis implendae causa heredi dantur, in quartam computari, ad quartam Trebellianicam referatur de qua in praecedentibus ne verbum quidem Marcianus fecerat. Ergo exceptio quae ad regulam illam subiicitur ad aliam quam legatorum falcidiam pertinere potest. † Quibus rationibus victus cogor dicere, quod à tot tantisque Iuriscensultis quid de eius loci sententia disputarunt haecenus obseruatum non fuisse & miror, & doleo, corruptissimum esse Marciani textum tam in eo §. quam in praecedentibus, & peritissimi artificis manu requirere ut pristinae sanitati & integritati restituatur. Et si autem iudicio meo minus tribuo, quam ut tam anticipem curationis periculum fidei meae esse velim, coniecturam tamen meam dum amplius delibero proponam, ut quomodo mendum tollendum sit, si non omninodixisse & docuisse, saltem eruditoribus & diligentioribus videar indicasse. Puto igitur erratum esse in illis verbis *ab eo cui hereditatem restituere rogatus est.* & legendum potius *ab eis quibus certas res restituere rogatus est.* tum in versic. quo loco, tollenda verba illa *& recipere hereditatem*, & in glossam imperiti interpretis vnde emanarunt reicienda. Sic enim fiet ut rectissime omnia, & inter se & cum praecedentibus conueniant in quibus iam de certarum, & incertarum rerum legato tractatum legimus in *§. certis vero corporibus, & §. incerta res.* Facilis porro & lubricus error fuit si forte scriptum fuisse ponas quomodo in Florentinis Pandectis scribi solet, *ab eis Cuius REstituere.* Fieri enim potuit, ut qui hanc scribendi rationem non intelligeret, scriptum putaret *Cui hereditatem restituere*, aut in hanc sententiam locum, qui corruptus videbatur restituere, deinde in illis sequentibus *an fideicommissarius quoque inuitus cogatur dare eam summam*, adieceret ea verba *& recipere hereditatem*, quae tamen palam est nisi ineptè & superuacuo adiacere non potuisse. Neque enim quaestio est an fideicommissarius inuitus hereditatem recipere cogatur, sed an cogi possit dare heredem eam summam, pro qua veluti certo pretio certas res fideicommissario praestare heres rogatus est. Ita vero si legas quomodo restituimus, efficies longè aliam planèque diuersam: sed verissimam Marciani sententiam, quae non de quarta Pegasiana, sed de Falcidia intelligitur. Quamquam enim de fideicommissio singulari non de legato Marcianum disputare admittimus, neque negamus retentionem ex fideicommissis singularibus Senatusconsulto Pegasiano inducta esse, sicuti Iustinianus, & Theophilus scribunt, attamen longè alia ratione de singularibus quam de vniuersalibus fideicommissis Senatusconsulto cautum & constitutum esse contendimus. † Nam legis falcidiae potestatem ad fideicommissa singularia Senatusconsulto tractam esse, ita ut quodammodo legare sic fideicommittere res singulas supra dodrantem non liceat, & quae ex fideicommissis singularibus Falcidia retinetur, eam non Trebellianicam sed Falcidiam dicimus, vnde fit ut legatorum & fideicommissorum singularium iura promiscuè tractata sint in titulis Digestorum & Codicis de legatis, & ad legem Falcidiam. De vniuersalibus vero disputatum separatim in *tit. ad S. C. Trebellianicam.* Quo etiam pertinere arbitror, quod ex Vlpiano scriptum est in *l. de legat. 1.* Per omnia esse exaequata legata fideicommissis nempe singularibus & in falcidiae retentione, quomodo ex legis inscriptione à *Iacobo Cuiacio* rectissime obseruatum est, quamquam in eo ille labitur quod fideicommissa vniuersalia à singularibus non distinguit. Cum tamen neque eo titulo neque in tractatu De lege Falcidia, mentio ex proposito vlla fiat vniuersalium fideicommissorum. Et ipso Senatusconsulto Pegasiano aliam vniuersalium aliam singularium rationem habitam fuisse vel ex eo maxime appareat, quod pro singularibus fideicommissis conferendis non magis cogi possit heres ad adeundam hereditatem, quam pro legatis. Sicut enim legatarij, ita fideicommissarij singulares non sunt iuris successores. Et ut breuius dicam, non nisi verbis legata differunt à fideicommissis singularibus, effectu autem ipso praesertim cum de lege Falcidia quaeritur omnino conueniunt. Cuique lex Falcidia sufficere posset cui fraus alioqui parata fuisset si post inducta & confirmata fideicommissa ea in singularibus fideicommissis sibi locum non vindicasset, satis fuit legis potestatem interpretatione & auctoritate Senatusconsulti ad singularia fideicommissa extendi: neque de ius nouum constitui necesse fuit, quod aliud diuersumque constitui non potuisset. Quamquam nec illud nouum est, ut prioribus leges ad posteriores trahantur. *l. 26. & 27. D. de legib.* scilicet per interpretationem eadem iuris & aequitatis ratione subnixam. Itaque quamuis Senatusconsulti Pegasiani verbis nullam legis Falcidiae mentionem factam fuisse admitterem, sed inductam duntaxat quartae ex fideicommissis singularibus retentionem, fieri tamen potuit Iuriscensultorum interpretatione ut ad eius retentionem eadem iura, eademque regulae traherentur, quae ex lege Falcidia in retentione quartae ex legatis obtinebant, propter maximam illam per omnia & in omnibus legatorum, & fideicommissorum singularium similitudinem. † Ergo cum quaeretur Quanam res in falcidiam imputari debeant, non distinguemus an ab herede legata an fideicommissa singularia testator reliquerit, sed id semper obseruabimus, ut siue ex legatis siue ex fideicommissis singularibus quarta deducenda sit, in eam non imputentur nisi quae hereditario iure capiuntur. In neutram igitur imputantur, quae conditionis implendae causa heredi data sunt ab eis quibus certas res aut per legatum aut per fideicommissum praestare iustus est: neque enim haec testamenti aut hereditario iure capiuntur. † Sed huic sententiae subiicienda exceptio est quam Marcianus tradit, nisi figura conditionis non expressa heres pecuniam accipere iustus sit, puta si testator non ita dixerit *Acceptis centum à Sempronio fundum Cornelianum ei dato aut restituo*, sed si potius *Heres meus accipito centum à Sempronio, & fundum ei restituo.* Hoc enim casu, inquit ille, non tam conditionis implendae causa, quam quodammodo pro pretio fundi Sempronius centum dare iustus videtur, parumque interest an fundum eo pretio vendere iustus sit heres, an centum accipere & fundum restituere. Iam autem supra diximus heredem certo pretio vendere rem hereditariam testator voluerit pre-

tium in falcidiam imputari, tanquam iure hereditario perceptum, *d. l. in ratione §. vendere.* At si figura conditionis expressa sit hoc modo, *Heres meus Sempronio fundum dato si tibi centum dedern.* negari certe non potest quin ea centum mortis causa, & implendae conditionis nomine capiantur. Idemque iuris constituendum puto, licet testator dixerit *Acceptis centum à Sempronio fundum ei dato*, non expressa quidem figura conditionis sed demonstrata dantis persona. Nam & haec centum mortis causa capi Papinianus scribit in *l. acceptis. 93. D. ad leg. falcid.* † Et si verò Papinianus eo loco distinguendum ait an persona dantis demonstrata sit necne, cum heres de restituenda hereditate rogatus est, mihi tamen in proposito quaestione hoc est cum singulare fideicommissum heres praestatur, distinctio haec non probatur. Quod enim ille ait non demonstrata dantis persona, quasi perceptam & retentam pecuniam videri, id dici nequit si singularis aliqua res legata sit, aut per fideicommissum relicta. Nimirum quoniam pecunia facile ex hereditate retineri potest, ex singulis vero corporibus nullomodo potest: ac proinde semper necesse est capi eam extra hereditatem & mortis causa, nisi cum testator heredem eam pecuniam accipere iustus sit, & pro ea vicissim quasi venditionis iure legatario aut fideicommissario fundum praestare. Ex illa autem Papiniani lege magis intelligimus verum esse quod volumus in Trebellianicam imputari ea etiam quae mortis causa capiuntur ex diui Pij Constitutione, si modo penes heredem remaneant: atque idem in *§. tametsi* de Trebellianica Marcianum intelligi non posse vbi generaliter & indistinctè tradit in quartam non imputari quae conditionis implendae & mortis causa accipiuntur, sed eam tantum pecuniam quae à legatario aut fideicommissario ad heredem pro pretio rei hereditariae & hereditario iure peruenit. Quod cum ita sit, parum etiam acutè faciunt qui quod à Marciano contra scriptum est generaliter in *d. l. in quartam.* Ea quae conditionis implendae causa à fideicommissario hereditantur, in Trebellianicam imputari, de his duntaxat accipi volunt quae sine figura conditionis relictae sunt & ab herede veluti pro pretio accepta. Quasi verò fieri possit ut eadem pecunia & pro pretio & conditionis implendae mortisque causa accipiantur, quae tamen ex diametro aduersari ostendunt satis illa Marciani verba *non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio.* Denique perpetuo verum est quae conditionis implendae causa capiuntur numquam in falcidiam legatorum aut fideicommissorum singularium imputari. In quartam verò fideicommissorum vniuersalium semper imputari, praeterquam in casu *d. l. acceptis.* † Sed non perpetuo verum est ea, quae extra hereditatem à legatario aut fideicommissario singulari percipiuntur, implendae conditionis, mortisque causa capi: nempe si quasi pro rei hereditariae pretio capiantur. Dixi *Fideicommissario singulari*, quia quod à fideicommissario vniuersali heres accipere iustus esset his verbis, *Accipito centum à Sempronio & ei restituo hereditatem*, non tam pro pretio hereditatis quam pro quartae commodo accipereur *l. si heres. 90. D. ad legem falcid. d. l. acceptis in fine.* Alioqui retento ab herede pretio hereditatis, ipsa hereditas restitui non videtur. Nec quicquam refert an heres accepta certa quantitate vniuersam hereditatem restituere iustus sit, an verò quantitatè accipere, & hereditatem restituere: quia neutro casu de vendenda, sed tantum de restituenda

hereditate cogitasse testatorem dici potest, cum tamen in legatis & fideicommissis singularibus ea distinctio necessaria sit secundum Marciani sententiam. Ferè enim est ut videatur heres iustus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommissario accipere iustus est pro ea re quam etiam iustus est dare, & ea necessitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi coniecturam iniuncta venditionis inducit arg. l. 5. §. 1. D. de præser. verb. Quod verò apud Marcianum sequitur fideicommissarios in proposita specie cogi non posse ut eam pecuniam, & quantitatem præstent, optimam rationem habet, quod talis oratio ipsorum causa non contra ipsos posita videatur. Nec contrarium est quod Ulpianus in eadem ut videtur specie respondit duplex fideicommissum esse in l. fideicommissa. 11. §. cum esset. D. de legat. 3. Nam ut rectissime Accursus animaduertit, multum interest, utrum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis restituere rogatus sit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommissum nihil aliud ex testamento acceperit. Priore casu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniam quantitatem cogitasse testator videtur, neque minus grauare potuit fideicommissarium eundemque coheredem ut pecuniam daret, quam alterum ut portionem restitueret. Posteriore verò dici non potest testatorem obligare voluisse aut potuisse eum, cum testamento nihil aliud dederit quam illud ipsum legatum aut fideicommissum cuius nomine quantitatem ab eo vicissim præstari voluit. Quis enim legatum vel fideicommissum sibi relictum agnoscere, aut propter defuncti voluntatem quam agnouerit quicquam præstare compellatur? Atque hoc rectè, ut dixi, Accursus explicauit. Sed cetera de quibus hoc capite disputauimus, & quæ in sequenti subiiciemus, non reperi adhuc ex interpretibus qui bene explicuerit.

CAPVT IV.

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

SYMARIA.

- 1 An eadem sit utriusque quartæ tam Falcidia quam Trebellianica ratio?
- 2 Var. & lectiones & explanationes l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid.
- 3 Ratio dissimilitudinis inter quartam Falcidiam, & quartam Trebellianicam sine Pegasianam.
- 4 Probatur contra Cuiacium etiam ea que legati iure, & extra hereditatem heredi data sunt in quartam Trebellianicam imputari.
- 5 In quo differant legata que coheredi relinquuntur, à fideicommissis coheredi relictis?
- 6 Difficultas nata ex l. Titia. 86. ad leg. Falcid. eiusque legis species & questio.
- 7 Iuliani sententia in d. l. Titia & contra eam, facientes rationes.
- 8 Legata & prælegata pro ea parte que iure hereditario capitur in hereditatis restitutionem venire.
- 9 Differentia inter legatum & prælegatum, eiusque ratio.
- 10 An in d. l. Titia inter sit, utrum Titio heredi ex tertia parte scripto legata essent prædia, an prælegata?
- 11 Cui in specie d. l. Titia, in quartam non imputentur ea omnia que iure hereditario capiuntur?
- 12 Goueani ad dictam difficultatem responsio improbat.

- 13 Vera eius difficultatis resolutio.
- 14 Alia questio super versiculo sed si non. d. l. Titia, & eius declaratio.
- 15 Reijcitur distinctio ad dictam l. Titia. ab Interpretibus allata.
- 16 Emendatur versic. pro ea verò parte. d. l. in quartam.
- 17 Sententia versiculi sed & quod accepta. & sequentium explicatio in d. l. in quartam.

Postulant quæ superiore capite diximus ut cetera quæ pertinent ad institutam disputationem De iis quæ in legatorum & fideicommissorum falcidias imputantur, explicemus. Quæ questio pertinet ad interpretationem l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid. l. Titia. 86. D. eod. l. filium. C. famil. erciscund. quibus vix aliæ vllæ sunt in toto iure difficiliore, & variis interpretum nostrorum Commentariis factæ obscuriores; atque idè nobis diligentius elaborandum erit, ut non magis in aliorum opinionibus resellendis quam in nostris proponendis, & confirmandis ingeniosi videamur. † Sed cum aduersus omnes omnino interpretes dimicandum nobis est, tum præcipuè aduersus Doctorum ætatis nostræ sine controuersia Principem Iacobum Cuiacium, qui primus docuit, quod nemini vnquam antea in mentem venerat, eandem omnino utriusque falcidie rationem esse, nec plura imputari in eam quartam, quæ ex restituendæ hereditatis fideicommissio retinetur, quam in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam sententiam præcipitem eum egit quod à Marciano scriptum credidit in l. in ratione. 30. §. tamen si. D. ad leg. falcid. ea quæ conditionis implendæ causa hereditata sunt in quartam fideicommissorum vniuersalium non imputari. Quod tamen quam sit à veritate alienum & ab illius loci sententia, superiore capite, ut nobis videtur, apertè demonstrauimus. & pluribus argumentis probauimus verum esse quod Marcianus cõtrà scribit in d. l. in quartam. Ea quæ implèdè cõditionis causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, ut proinde Basilicorum auctoritas quia vir doctissimus potissimum nititur, neque tot librorum auctoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino constat antepõnda videatur. Si quid enim in iure certum, sanè illud certissimum est in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. Sed in fideicommissaria hereditate restituendæ siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue præcipere, vel deducere, vel retinere iustus est in quartam id ei imputari, quemadmodum disertis verbis Marcianus scribit in d. l. in quartam. † Neque possis dicere cum Goueano in illo loco Sed in fideicommissaria, legendum esse Sed &, aut cum Cuiacio, totum eum versiculum generalis prioris sententiæ explicandæ non restringendæ causa subiectum esse. Verba enim omnino repugnant nisi in illis sequentibus in quartam id ei imputatur, negationem addas quæ in libris omnibus deest. At neque verum est priorem legis sententiam generalem esse, quæ non nisi de ea quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia est inter legem Falcidiam & Senatusconsultum Pegasianum, tantam inter eas quartas differentiam esse necesse est. Sed cum differentiæ rationem satis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea

cit ea res ut sublatam dissimilitudinem illi voluerint qui dissimilitudinis causam non intellexerunt. † Docuimus autem in superioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priusquam à testatore aliquid legetur vel fideicommittatur, ideoque non posse confici eum ex legatis fideicommissis & aliis huiusmodi si qua sunt quæ ad eum alio quam hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cum accedant quadrantem iam confecto, extra & supra quadrantem esse debere. Pegasiano verò Senatusconsulto non confici quattam heredi sed permitti duntaxat ut illam sibi is conficiat ne omnino infructuosa hereditatis aditio videatur, & potius spe alicuius lucræ, & commodi ad adeundum inuitetur. eamque ob causam in Senatusconsulto satisfactum esse, si quartam heres habeat vndeunque tandem sibi illam confecerit. † Inde igitur fit, ut si accepta pecunia hereditatem restituere heres rogatus sit, eam pecuniam illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius constituerit, quamuis non iure hereditario sed mortis causa capi Papinianus scribat in l. acceptis. 93. eod. ad quæ nescio certè qua ratione responderi possit. In eadem causa sunt quæ heres retinere, deducere & præcipere iustus est. Hæc enim etsi ex hereditate capiuntur, non tamè iure hereditario, quoniã heres ea percipit nõ hereditatis, sed retentionis, deductionis & præceptionis iure, & ut cum Iustiniano loquar quasi ex legato. §. si quis vna. Inst. de fideic. heredit. Etenim testatoris voluntas est ut quasi extra hereditatem hæc accipiantur, ipsa autem hereditas restituatur. Ac sanè si subtilius inspicias, tantum abest ut quæ hereditatio tantum iure capiuntur in quartam imputari debeant, ut nec si maximè heres velit imputare, tamen ea possit, quia quæcunque ab herede hereditario iure capiuntur, ea cum sint hereditatis in restitutionem venire necesse est. l. in fideicommissaria. 18. §. 1. & ult. D. ad S. C. Trebell. Quanquam enim non quicquid fuit hereditatis id statim hereditario iure percipitur, sed ita demum si heredis iure & ex testatoris voluntate heres capiat, fieri tamen non potest ut quicquam capiat iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditariæ locum successerit. Heres autem qui rogatus est hereditatem restituere id omne restituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Necesse igitur est vel quadrantem nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quæ iure hereditario non capiuntur, si modò ad quartam conficiendam sufficient. Si quid enim heres iure heredis retineret, eueniret ut ex Trebelliano restitui hereditas non posset, hoc est ut partem aliquam iurium & actionum hereditarium penes eum remanere necesse esset, quemadmodum accidit si retenta quarta hereditatem restituere sit rogatus, quod tamen Iustinianus apertè negat in d. §. si quis vna, eo colore quod illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iustus est non tam hereditario quam legati iure hoc est extra hereditatem, ac quasi à fideicommissario præstita percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iustinianus ait, ita ut si quartæ sufficient, restitutio faciendæ sit ex Trebelliano sine vlla quartæ deductione. Verum igitur non est in Trebellianicam non imputari nisi quæ hereditario iure capiuntur. Rursus quarto, si Cuiacii sententia recta est quomodo explicari possit quod Marcianus scribit & vir doctissimus non negat siue legatum siue fideicommissum heredi datum sit id in restituendæ hereditatis quartam imputari? Dices fortasse, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario

non pro ea quæ accipitur à coherede ut sequentia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obseruandum est de fideicommissio id dici non posse cuius siquidem nulla pars capitur iure hereditario. † Cum in eo differant legata quæ coheredi relinquuntur à fideicommissis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, nisi pro ea parte quæ ex coheredis portione lex sumit. Hæc verò non nisi ex portione eius, qui rogatus est possunt detrahi, quoniam frustra coheredis fidei testator committat ut fundum hereditarium præstet coheredi supra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid si vnus tantum heres institutus sit, & alicuius legatarij aut ipsius fideicommissarij fidei testator commiserit ut heredi aliquid præstet? Quis dixerit accipi hoc casu partem aliquam fideicommissi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani sententia quæ generalis est, fideicommissum huiusmodi in quartam imputari? Postremò cum certi iuris sit legatum quod vni ex heredibus relinquatur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à semetipso capit, & quidem. 18. de leg. 1. An non absurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam sententiam, si quod ille scripsit in Trebellianicam imputari, quicquid heredi legatum est, de ea tantum legati parte accipiamus quæ non nisi inutiliter legata est, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, inquit, Cogit ea quæ sequuntur apud Marcianum, ut hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, Pro ea verò parte quam accepit à coherede, extra quartam, id est quod à coherede accipitur. Hic verò versiculus est, qui totius legis interpretationem adeò difficilem fecit ut si quis receptam lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio superesse possit. Nullus namque in toto iure locus est qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tametsi vir doctissimus id probari putet ex l. filium. 24. C. famil. erciscund. De cuius quoque sententia ob eam causam nobis sequenti capite tractandum erit. † Sed probabilius quis moueatur ex l. Titia. 86. D. ad leg. falcid. quæ cum per se difficillima & obscurissima est, tum maximè opinionum nostræ aduersari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cum Titia testamento suo Titium fratrem ex parte tertia heredem instituisset, fideique eius commisisset ut hereditatem retenta quarta parte restitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegasset. An Titius illa quæ prælegata sunt etiam pro ea parte hereditatis quam restituere rogatus est, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum est non an integra. Respondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed si non esset adiectum ut pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputandū esse, quoniam contra sententiam matrisfamilia lex falcidia induceretur. † Illa igitur Iuliani sententia est, in quartam hereditariæ portionis restituendæ non imputari tota prædia quorum scilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, sed eam duntaxat portionem quæ ad eum iure hereditario peruenit, hoc est trientem: At ne quidè totum trientem, sed duodecimam tantum partem si retenta aut quod idè est deducta quarta hereditatis restituere iustus sit. Quæ omnia quæ ratione habeat difficilius est dicere, quam ut omnibus hac in re satisfieri posse videatur. Primum enim illud à iuris ratione alienum videtur esse legata integra ab herede

hereditate cogitasse testatorem dici potest, cum tamen in legatis & fideicommissis singularibus ea distinctio necessaria sit secundum Marciani sententiam. Ferè enim est ut videatur heres iussus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommissario accipere iussus est pro ea re quam etiam iussus est dare, & ea necessitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi coniecturam iniunctæ venditionis inducit arg. l. 5. §. 1. D. de præfer. verb. Quod verò apud Marcianum sequitur fideicommissarios in proposita specie cogi non posse ut eam pecuniam, & quantitatem præstent, optimam rationem habet, quod talis oratio ipsorum causa non contra ipsos posita videatur. Nec contrarium est quod Vlpianus in eadem ut videtur specie respondit duplex fideicommissum esse in l. fideicommissa. 11. §. cum esset. D. de legat. 3. Nam ut rectissime Accursius animaduertit, multum interest, utrum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis restituere rogatus sit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommissum nihil aliud ex testamento acceperit. Priore casu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniæ quantitatem cogitasse testator videtur, neque minus grauare potuit fideicommissarium eundemque coheredem ut pecuniam daret, quam alterum ut portionem restitueret. Posteriore verò dici non potest testatorem obligare voluisse aut potuisse eum, cum testamento nihil aliud dederit quam illud ipsum legatum aut fideicommissum cuius nomine quantitatem ab eo vicissim præstari voluit. Quis enim legatum vel fideicommissum sibi relictum agnoscere, aut propter defuncti voluntatem quam agnouerit quicquam præstare compellatur? Atque hoc rectè, ut dixi, Accursius explicauit. Sed cetera de quibus hoc capite disputauimus, & quæ in sequenti subiiciemus, non reperi adhuc ex interpretibus qui bene explicauerit.

CAPVT IV.

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

SVMMA RIA.

- 1 An eadem sit vtriusque quartæ tam Falcidie quam Trebellianicæ ratio?
- 2 Væræ lectiones & explanationes l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid.
- 3 Ratio dissimilitudinis inter quartam Falcidiam, & quartam Trebellianicam siue Pegasianam.
- 4 Probatum contra Cuiacium etiam ea quæ legati iure, & extra hereditatem heredi data sunt in quartam Trebellianicam imputari.
- 5 In quo differant legata quæ coheredi relinquuntur, à fideicommissis coheredi relictis?
- 6 Difficultas nata ex l. Titia. 86. ad leg. Falcid. eiusque legis species & questio.
- 7 Iuliani sententia in d. l. Titia & contra eam, facientes rationes.
- 8 Legata & prælegata pro ea parte que iure hereditario capitur in hereditatis restitutionem venire.
- 9 Differentia inter legatum & prælegatum, eiusque ratio.
- 10 An in d. l. Titia inter sit, utrum Titio heredis ex tota parte scripto legata essent prædia, an prælegata?
- 11 Cuius in specie d. l. Titia in quartam non imputentur ea omnia que iure hereditario capiuntur?
- 12 Goueani ad dictam difficultatem responsio improbatum.

- 13 Vera eius difficultatis resolutio.
- 14 Alia questio super versiculo sed si non. d. l. Titia & eius declaratio.
- 15 Reijcitur distinctio ad dictam l. Titia. ab Interpretibus allata.
- 16 Emendatur versic. pro ea verò parte. d. l. in quartam.
- 17 Sententia versiculi sed & quod accepta. & sequentium explicatio in d. l. in quartam.

Postulant quæ superiore capite diximus ut cetera quæ pertinent ad institutam disputationem de iis quæ in legatorum & fideicommissorum falcidias imputantur, explicemus. Quæ questio pertinet ad interpretationem l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid. l. Titia. 86. D. cod. l. filium. C. famul. erciscund. quibus vix aliæ vllæ sunt in toto iure difficiliore, & variis interpretum nostrorum Commentariis factæ obscuriores: atque ideò nobis diligentius elaborandum erit, ut non magis in aliorum opinionibus resellendis quam in nostris proponendis, & confirmandis ingeniosi videamur. † Sed cum aduersus omnes omnino interpretes dimicandum nobis est, tum præcipue aduersus Doctorum ætatis nostræ sine contouersia Principem Iacobum Cuiacium, qui primus docuit, quod nemini vnquam antea in mentem venerat, eandem omnino vtriusque falcidie rationem esse, nec plura imputari in eam quartam, quæ ex restituendæ hereditatis fideicommissio retinetur, quam in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam sententiam præcipitem eum egit quod à Marciano scriptum credidit in l. in ratione. 30. §. tametsi. D. ad leg. falcid. ea quæ conditionis implendæ causa heredi data sunt in quartam fideicommissorum vniuersalium non imputari. Quod tamen quàm sit à veritate alienum & ab illius loci sententia, superiore capite, ut nobis videmur, aperte demonstrauimus. & plurius argumētis probauimus verum esse quod Marcianus cōtrà scribit in d. l. in quartam. Ea quæ implendæ conditionis causa à fideicommissario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, ut proinde Basilicorum autoritas quia vir doctissimus potissimum nititur, neque tot librorum autoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino constat antepōnda videatur. Si quid enim in iure certum, sanè illud certissimum est in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quæ iure hereditatio capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est in quartam id ei imputari, quemadmodum disertis verbis Marcianus scribit in d. l. in quartam. † Neque possis dicere cum Goueano in illo loco Sed in fideicommissaria, legendum esse Sed &, aut cum Cuiacio totum eum versiculum generalis prioris sententiæ explicandæ non restringendæ causa subiectum esse. Verba enim omnino repugnant nisi in illis sequentibus in quartam id ei imputatur, negationem addas quæ in libris omnibus deest. At neque verum est prioris legis sententiam generalem esse, quæ non nisi de ea quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia est inter legem Falcidiam & Senatusconsultum Pegasianum, tantam inter eas quartas differentiam esse necesse est. Sed cum differentiæ rationem satis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea

cit ea res ut sublatam dissimilitudinem illi voluerint qui dissimilitudinis causam non intellexerunt. † Docuimus autem in superioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priusquam à testatore aliquid legetur vel fideicommittatur, ideoque non posse confici eum ex legatis fideicommissis & aliis huiusmodi si qua sunt quæ ad eum alio quam hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cum accedant quadrantem iam confecto, extra & supra quadrantem esse debere. Pegasiano verò Senatusconsulto non confici quartam heredi sed permitti duntaxat ut illam sibi is conficiat ne omnino infructuosa hereditatis aditio videatur, & potius spe alicuius lucræ, & commodi ad adendum inuitetur. eamque ob causam Senatusconsulto satisfactum esse, si quartam heres habeat vndeunque tandem sibi illam conferat. † Inde igitur fit, ut si accepta pecunia hereditatem restituere heres rogatus sit, eam pecuniam illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius constituerit, quamuis non iure hereditario sed mortis causa capi Papinianus scribat in l. acceptis. 93. eod. ad quæ nescio certè qua ratione responderi possit. In eadem causa sunt quæ heres retinere, deducere & præcipere iussus est. Hæc enim etsi ex hereditate capiuntur, non tamè iure hereditario, quoniam heres ea percipit non hereditatis, sed retentionis, deductionis & præceptionis iure, & ut cum Iustiniano loquar quasi ex legato. §. si quis vna. Inst. de fideic. heredit. Etenim testatoris voluntas est ut quasi extra hereditatem hæc accipiantur, ipsa autem hereditas restituatur. Ac sanè si subtilius inspicias, tantum abest ut quæ hereditario tantum iure capiuntur in quartam imputari debeant, ut nec si maximè heres velit imputare, tamen ea possit: quia quæcumque ab herede hereditario iure capiuntur, ea cum sint hereditatis in restitutionem venire necesse est. l. in fideicommissaria. 18. §. 1. & vlt. D. ad S. C. Trebell. Quanquam enim non quicquid fuit hereditatis id statim hereditario iure percipitur, sed ita demum si heredis iure & ex testatoris voluntate heres capiat, fieri tamen non potest ut quicquam capiat iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditariæ locum successerit. Heres autem qui rogatus est hereditatem restituere id omne restituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Necesse igitur est vel quadrantem nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quæ iure hereditario non capiuntur, si modò ad quartam conficiendam sufficient. Si quid enim heres iure heredis retineret, euēnit ut ex Trebelliano restitui hereditas non possit, hoc est ut partem aliquam iurium & actionum hereditarium penes eum remanere necesse esset, quemadmodum accidit si retenta quarta hereditatem restituere sit rogatus, quod tamen Iustinianus aperte negat in d. §. si quis vna, eo colore quod illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iussus est non tam hereditario quam legati iure hoc est extra hereditatem, ac quasi à fideicommissario præstata percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iustinianus ait, ita ut si quarta sufficient, restitutio falcidiana sit ex Trebelliano siue vlla quartæ deductione. Verum igitur non est in Trebellianicam non imputari nisi quæ hereditario iure capiuntur. Rursus quæro, si Cuiacii sententia recta est quomodo explicari possit quod Marcianus scribit & vir doctissimus non negat siue legatum siue fideicommissum heredi datum sit id in restituendæ hereditatis quartam imputari? Dices fortasse, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario

non pro ea quæ accipitur à coherede ut sequentia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obseruandum est de fideicommissis id dici non posse cuius siquidem nulla pars capitur iure hereditario. † Cum in eo differant legata quæ coheredi relinquuntur à fideicommissis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, nisi pro ea parte quæ ex coheredis portione lex sumit. Hæc verò non nisi ex portione eius, qui rogatus est possunt detrahi, quoniam frustra coheredis fidei testator committat ut fundum hereditarium præstet coheredi supra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid si vnus tantum heres institutus sit, & alicuius legatarij aut ipsius fideicommissarij fidei testator commiserit ut heredi aliquid præstet? Quis dixerit accipi hoc casu partem aliquam fideicommissi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani sententia quæ generalis est, fideicommissum huiusmodi in quartam imputari? Postremò cum certi iuris sit legatum quod vni ex heredibus relinquatur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à semetipso capit, l. quidem. 18. de leg. 1. An non absurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam sententiam, si quod ille scripsit in Trebellianicam imputari, quicquid heredi legatum est, de ea tantum legati parte accipiamus quæ non nisi inutiliter legata est, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, inquires, Cogit ea quæ sequuntur apud Marcianum, ut hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, Pro ea verò parte quam accepit à coherede, extra quartam, id est quod à coherede accipitur. Hic verò versiculus est, qui totius legis interpretationem adeò difficilem fecit ut si quis recepta lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio superesse possit. Nullus namque in toto iure locus est qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tametsi vir doctissimus id probari putet ex l. filium. 24. C. famul. erciscund. De cuius quoque sententia ob eam causam nobis sequenti capite tractandum erit. † Sed probabilius quis moueatur ex l. Titia. 86. D. ad leg. falcid. quæ cum per se difficillima & obscurissima est, tum maximè opinioni nostræ aduersari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cum Titia testamento suo Titium fratrem ex parte tertia heredem instituisset, fideique eius commisisset ut hereditatem retenta quarta parte restitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegasset. An Titius illa quæ prælegata sunt etiam pro ea parte hereditatis quam restituere rogatus est, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum est non an integræ. Respondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed si non esset adiectum ut pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorum legi Falcidie imputandum esse, quoniam contra sententiam matrisfamilie lex falcidia induceretur. † Illa igitur Iuliani sententia est, in quartam hereditariæ portionis restituendæ non imputari tota prædia quorum scilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, sed eam duntaxat portionem quæ ad eum iure hereditario peruenit, hoc est trientem: At ne quid sit totam trientem, sed duodecimam tantum partem si retenta aut quod id est deducta quarta hereditate restituere iussus sit. Quæ omnia quæ ratione habeat difficilius est dicere, quam ut omnibus hac in re satisfieri posse videatur. Primum enim illud à iuris ratione alienum videtur esse legata integra ab herede

emo velly mag epe docet. Prædicta aut
Duo em. 86. 2. lingul. Cap. 10. et. 10. d. 10.
Cap. 27. §. 6

retineri. Cum certi iuris sit eam legati partem quam heres à seipso capit non tam legati quam hereditario iure percipi, *l. heredes. 25. §. ultim. cum l. seq. D. famil. eriscund. l. miles ad fororem. 75. §. ultim. de legat. 2. l. eum qui. 18. §. ultim. D. de his que ut indign. aufer. atque idè in fideicommissi restitutionem venire, l. in fideicommissariam. 18. §. ult. D. ad S. C. Trebell. † Nec placet *Goucani* distinctio inter legata & prælegata, quasi nulla prælegati pars in restitutionem venire debeat quod nihil tam contrarium sit restitutioni quam re-tentio. Nam & prælegata venire in restitutionem constat, si heres portionem restituere iussus sit. *l. 3. §. ult. D. eo. tit. aut* quicquid ad eum ex hereditate peruenierit, *l. cum virum. 16. Cod. de fidei. c.* Quod si hereditatis tantum mentio facta sit, fateor eam prælegati partem quæ legati iure capitur in restitutionem non venire, quoniam scilicet hereditatis appellatione legata non continentur. *l. si Titius ex parte. 96. de legat. 3.* Sed eam partem quæ iure hereditario capitur siue legatum siue prælegatum sit restituendam esse non dubito: quoniam pro ea parte nec legatum valeat nec prælegatum. Quam ob causam Iulianus in *dict. l. Titia*, ea prædia quæ prius prælegata dixerat, postea legata vocat, ut intelligamus nihil hac parte legata differre à prælegatis. † Sanè si heres ex parte institutus portionem suam repudiauerit, multum intererit an legatum ei sit an prælegatum. Nam legatum totum ad eum nihilominus pertinebit, prælegatum verò non nisi pro parte coheredis, *d. l. & quidem totum. de legat. 1. d. l. miles. §. ult. de legat. 2. dict. l. eum qui. §. ultim. de his que ut indign. aufer.* Cuius dissimilitudinis illa fortassis ratio est quod iis etiam qui heredes non sunt legamus, solis autem heredibus prælegamus: adeo ut quicquid heredi legatur id si hereditas quandocumque adeatur, promiscuè legatum & prælegatum dici possit. Nam & quod heredi legatur id ille præcipuum habet ac præter portionem hereditatis, non minus quam si esset prælegatum, & ex contrario prælegatum non minus quam legati pars ex hereditate capitur, & iure hereditario. † At in quaestione *dict. l. Titia*, non puto quicquam interesse vtrum Titio heredi ex tertia parte scripto legata essent prædia an prælegata. Et vtroque casu puto responsurum fuisse Iulianum legata integra retineri, nec vllam eorum partem venire in restitutionem. Nempe quia ut rectissime iam olim veteres omnes interpretes animaduertunt, quoties de hereditate restituenda heres rogatus est priusquam ei quicquam legatum aut prælegatum sit, non potest videri testator voluisse ut quod post iniunctum fideicommissum heredi reliquit fideicommissario restitueretur, sed potius ut præfido fideicommissario ea res legata, aut prælegata ab herede retineretur. Etenim dici solet parum aut nihil curandum esse ordinem scripturæ, accidit tamen aliquando ut ex ordine scripturæ coniectura diuersæ voluntatis inducatur. *l. cum pater. 7. §. à te peto. de legat. 1. l. heredes mei. 57. §. ultim. D. ad S. C. Trebellian. &* in eo de quo quarimus fieri non potest ut heres rogatus videatur id restituere quod nondum acceperit. Quamquam & alia ratione moueri Iulianus potuit. Nimirum quod verisimile esset testatricem quæ retinendæ ex portione restituendæ quartæ potestatem heredi fecisset, multo magis voluisse integra ab eo retineri legata quæ scilicet ex hereditate delibata essent non aliam ob causam quam ut extra hereditatem, & restituendi necessitatem constituerentur. † Sed illud difficilius est, quod Iulianus subiicit in partem quartam impu-*

tari oportere duodecimam duntaxat partem prædiorum. Nemo enim dubitat quin tam in Falcidia, quam in Trebellianicam ea saltem imputentur, quæ iure hereditario capiuntur: Atqui prædiorum quæ prælegata proponuntur non tantum duodecima sed tertia pars iure hereditario percipitur, cum ex parte tertia Titius institutus esset. Cur non igitur saltem tertia aliorum pars imputabitur? Et si verò Iuliani verba ostendunt satis rationem aliam querendam non esse, quam quod ex testatricis iudicio, & voluntate quarta deduceretur, hoc ipsum tamen obscurum est, cur non & hoc casu in quartam imputentur ea omnia, quæ iure hereditario capiuntur, quemadmodum contingeret si de dodrante tantum hereditatis restituendo heres rogatus esset. Quod si quis dicat testatoris hereditatem suam restitui iubentis retenta quarta, voluntatem illam videri ut ex iis tantum rebus quarta detrahatur quæ restituentur, prælegatum autem non restitui. Inde igitur fieri, ut quæ pars hereditatis capitur iure hereditario non idè in quartam imputetur. Quæro, Cur ergo pars aliqua prælegati imputetur cum nulla restituatur? Aut si pars aliqua imputanda est, cur duodecima potius quam alia portio? † Scio *Goucanum*, cuius extant præclari & eruditi in hunc titulum Commentarii, in ea esse opinione ut putet illam duntaxat partem imputari sine qua heres quartam non retineret. Sed quid ille sibi velit tam obscuris verbis, ego planè non intelligo. Nam & non imputata illa parte duodecima nonne Titius quartam ex illa ipsa hereditate quæ restituitur retinere posset, atque ita plus quam totius hereditatis quartam haberet? Aut si quis absurdum putet plus quam quartam eum retinere, An non & imputata illa duodecima præcipuum & supra quartam habet quadrantem qui in prædiis prælegatis hereditario iure capitur, quique nec restituitur, nec imputatur? † Dicendum igitur est eam partem imputari quæ imputaretur, si prædiorum portio quæ iure hereditario capitur, in restitutionem veniret. Voluit enim testatrix retineri quartam ex hereditate, hoc est ex iis omnibus quæ hereditatis iure ad Titium fratrem pertinerent, in quorum numero triens ille est quem in fundis prælegatis à semetipso Titius accipit. Triens igitur quartam hoc est prædiorum duodecimam imputare eum necesse est. Nec ad rem pertinet quod nulla prædiorum pars fideicommissario restituatur. Non enim restitutionis & imputationis iura confundi debent, nec quæ ratio restitutionem impedit, eadem impedire potest imputationem. Nulla pars restituatur, quia, ut diximus, post iniunctum hereditatis fideicommissum, prædia sunt prælegata, atque eorum ratione imminutum fideicommissum, ex verisimili testantis voluntate. Imputatur tamen duodecima, quoniam illa testamenti verba retenta quarta, non minus ad quartam trientis pertinet qui in prædiis prælegatis iure hereditario capitur, quam ad quartam reliquæ totius hereditatis, neque ex eo quod fideicommissum prius relictum est quam prælegata essent prædia, voluntatis coniectura capi potest, quasi alia ratione imputationem fieri testatrix voluerit quam si primum prælegasset, deinde fideicommissum hereditatis reliquisset. † Illud ergo duntaxat mirandum sit quod Iulianus ait, Si non esset adiectum ut quarta deduceretur, futurum ut totus ille triens in quartam imputatur. Cur non enim totum pretium prædiorum imputatur, si verum est quod nos defendimus in fideicommissaria hereditate restituenda non ea tantum here-

di in quartam imputari quæ iure hereditario capit, sed illa etiam quæ iure legati aut fideicommissi? Atque ob eam causam putabam aliquando corruptum esse Iuliani textum in iis verbis totum trientem prædiorum, & pro trientem legendum potius esse pretium. Sed mihi nunc probabilius videtur ut distinguamus quomodo in prima legis quaestione distinximus. An prius heredi fideicommissum iniunctum quam prælegatum relictum sit, an ex contrario prius prælegatum sit, quam fideicommissum. Priore siquidè casu puto testatoris voluntatem efficere ut ea tantum prælegati pars in quartam imputari debeat, quæ iure hereditario capitur, non quæ à coherede. Illa fortassis ratione, quod videatur testator voluisse, ut etiam restituta hereditate nihilominus prælegatum heres haberet, quod tamen habere non videretur prælegati iure, si totum id in Falcidiam imputaret. Nec Senatusconsulti beneficiū implorare heres prohibeatur, ut ex restituenda hereditate quartam deducat, licet ea deducta futurum sit ut ex bonis testatoris plus quam quartam habeat, quia sicut fideicommissio oneratus est prius quam ei prælegatum esset, ita quarta retentionem ei permitti necesse est, ante quam de prælegato disputetur. Quod tamè similiter dici non posset, si prius heredi prælegatum esset quam eius fidei commissum ut hereditatem restitueret. Tunc enim licere non deberet heredi quartam ex fideicommissaria hereditate restituenda retinere quam ei testator ipse iam dedisset, & ante iniunctum onus fideicommissi confecisset, *arg. l. cum quo. 56. §. ult. D. ad l. Falc.* Denique si ea legati aut prælegati pars, quæ à coherede accipitur in quartam hereditatis restituendæ non imputaretur, nulla hac parte differentia esset inter Falcidiam & Trebellianicam, quæ tamen apertissime ponitur in *d. l. in quartam. ut* qui apertioribus verbis concipere eam vellet planè nesciam quomodo id facere posset. † Nec ratio vlla satis recta reddi potest eius distinctionis quam interpretes nostri verbis legis potius quam iuris ratione coacti induxisse videntur. An legatum quod heredi relinquatur tale sit quod totum à coherede accipiat, puta si legata sit pecunia quæ tota ex coheredis portione confici potest, *l. cum pater. 77. de legat. 2. l. deducta. 58. §. acceptis. ad S. C. Trebell.* An verò pars hereditario iure capiatur, pars à coherede, ut si hereditatis prædium legatum proponatur. Nam quod dicunt posteriore hoc casu non imputari eam partem quæ capitur à coherede, ne alioqui eueniat ut vna eademque res diuerso iure censeatur, ad rem sanè non pertinet. An non enim id etiam multo magis contingat, si dicas eiusdem rei partem in quartam imputari, partem aliam non imputari? Aut quæ ratio est cur ea pars quæ à coherede legati iure capitur in quartam non imputetur, ea verò quæ nec hereditario nec legati nec testamenti iure, sed tantum mortis causa capiuntur, imputentur. *d. l. in quartam. & l. acceptis.* Sed interpretes omnes præcipites egit vnicus ille versiculum pro ea verò parte quam accipit à coherede extra quartam, id est, quod à coherede accipitur, quem tamen cum in Pandect. Florentinis asterisco notetur, vel omnino tollendum, vel saltem emendandum, esse suspicari licet: eoque magis quod ex illis ipsis qui receptam opinionem, & interpretationem amplectuntur, quidam non negant locum corruptum esse, & ita emendant non pro ea parte quam accipit à coherede, extra quartam enim est quod à coherede accipitur. † Ego verò neque dubito quin recepta lectio emendari debeat,

neque video quomodo probabilius emendari possit, quam si vel totum eum versiculum tollamus, vel sic legamus pro ea etiam parte quam à coherede accipit, mutata dictione verò in hanc quam reponimus etiam: deinde sequentia illa omnia deleamus extra quartam, id est quod à coherede accipitur. Coniecturâ iuuat quod *Goucanus* testatur vidisse se in libris manuscriptis articulum verò scriptum hac nota si. quæ facile corrupti potuit cum fortè scriptum esset etiam his literis èt, quomodo in veteribus libris dictio etiam breuiter scribebatur. Cum autem corruptè legi cœpisset verò pro etiam, factum postea est ab imperito interprete, qui mancã & imperfectam loci sententiam esse existimabat, ut addita sint illa, quæ sequuntur, extra quartam, id est, quod à coherede accipitur. Nã articulus verò differentia alicuius notam, & significationem habet. Differentia autem non aliter explicari potest, quam si admittas extra quartam esse eam legati partem, quæ à coherede accipitur. Verū cogitare debebat quisquis fuit ille interpret, non potuisse fieri ut ita Marcianus scriberet, qui ex contrario dixerat in præcedentibus, siue legatum siue fideicommissum heredi relictum sit in quartam id illi imputari. Neque enim possis dicere imputari quidem sed pro ea parte quam heres capit à semetipso, & iure hereditario: Cum pro ea parte ne quidem legatum quicquam videatur, quia, ut diximus, heredi à semetipso legati non potest. *dict. l. & quidem tantum. de legat. 1.* Perinde igitur esset, ac si Marcianus scripsisset. Si heredi legatum sit in quartam imputari quatenus legatum non valet. Siue quod idem est, imputari in quartam legatum, quod legatum non est, quo quid absurdus aut ineptus dici posset? Præterea si cetera inspicias quæ in ea lege sequuntur, satis videas Marcianum nihil aliud agere quam ut doceat omnia omnino quæ heres accipit, quocumque tandem titulo & iure acceperit in Trebellianicam imputari. Ac sanè si quid esset quod non imputaretur ea maxime extra quartam essent, quæ conditionis implendæ & mortis causa capiuntur. Hæc enim non solum hereditario iure non capiuntur, sed neque ex hereditate, neque ex testamento, nec denique ex iudicio & voluntate testatoris. Atqui hæc imputantur ut apertissime Papinianus scribit in *d. l. acceptis. 93. ad leg. Falcid.* Quid igitur esse potest, quod imputari non debeat? idque etsi apertius erit si versiculum, *Sed & quod implenda*, retineamus, tamen & eo sublato non alia Marciani sententia futura sit. † Nam & quod scriptum est in *§. sed etsi accepta*, si heres accepta pecunia hereditatem restituere rogatus fuerit, in quartam id imputari ex Diui Pij Constitutione non tantum ad eam pecuniam pertinet quæ ex hereditate & bonis testatoris accipitur, ac quasi retinetur: sed de illa etiam intelligi debet quæ ab ipso fideicommissario conditionis implendæ causa præstatur & ab herede mortis causa accipitur, ut probat supradictus Papiniani locus. Quæ ratio facit ut post eum versiculum, *Sed etsi accepta*, accommodatè subiici potuerit quod sequitur in *§. si quid verò implenda*, nec enim necesse erat, ut apertioribus verbis Marcianus scriberet ea quæ conditionis implendæ causa capiuntur in quartam imputari, quam quomodo scripsit in *dict. §. sed etsi accepta*. Quod tamen ab ignaro interprete non intellectum fecit fortassis, ut addendum ille existimauerit versic. *Sed & quod implenda*. Quem si velis profus tollere, non tanquam falsum, sed potius quasi superfluum, facile id concedam, ut admittas non defuisse interpretes, qui textum legis cor-

rumpere & depravare ausi sint: indèque etiam colligas verba illa quæ tollimus extra quarum. id est quod à coherede accipitur, quæ asterisco notantur quæque absurdam efficiant legis sententiam & orationis constructionem, ab eodem interprete addita fuisse, & vt rectè omnia inter se cohæreant, tollenda esse.

CAPVT V.

Ad l. filium. 24. C. fam. ercisc.

SUMMARI.

- 1 Verba illa d. l. 24. habentem fundum, an de fundo prælegato vel retineri iussu accipienda sint?
- 2 De fundo quem filius in peculio habuit d. l. 24. accipiendam esse.
- 3 Vera species & causæ constitutio d. l. 24.
- 4 Interpretum error in explicanda huius legis sententia.

IN † huius loci explicatione refutanda primū nobis est eorum sententia qui fundū de quo agitur, prælegatum fuisse interpretantur, itēque aliorum, qui filium de restituenda sua hereditatis portione rogatum fundum ex ea retinere iussum esse ponunt. Nam & verba illa habentem fundum nescio quid aliud præ se ferunt: Et si fundus aut prælegatus, aut retineri iussus proponeretur, falsum esset quod lex ait eas partes fundi, quæ à coheredibus percipiuntur, quibus nihil vicissim filius præstat, restituendas esse. Siue enim ita intelligas, vt pro iis partibus fundus veniat in restitutionem hereditatis, falsum est illam prælegati partem quæ iure legati capitur in restitutionem venire. §. ult. l. in fideicommissariam. 38. D. ad S. C. Treb. Siue quod probabilius est, eam legis sententiam esse putes vt iudicio familiæ erciscundæ partes restituantur: Certum est ad arbitri familiæ erciscundæ officium pertinere vt ex voluntate defuncti prælegata & retentiones integras ei adiudicet seruetque præcipuas cui testator dedit. l. heredes. 25. §. ult. cum l. seq. & l. si ita. 42. D. famil. ercisc. l. cum pater. 77. in prin. de leg. 2. † Verius igitur est quod iam olim plerique ex interpretibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte restituenda rogatus proponitur, neque prælegati, neque retentionis iure, sed in peculio habuisse fundum, de quo disputamus. Quicquid enim viuo patre filius habet, id si aliud non appareat ex causa peculij habere eum necesse est. Certum autem est peculia liberorum post mortem patris in hereditatem diuidendam ad communionem esse reuocandam. l. certum. C. famil. ercisc. De illo igitur Imperatores consulti sunt, qua ratione fundus ille peculiaris post patris mortem factus hereditarius inter coheredes diuidendus esset, ac quomodo falcidiæ ratio poni deberet à filio quem pater portionem hereditariam restituere rogasset. Septem verò coheredes institutos fuisse, quod ante nos Arnaldus Ferrerius obseruauit, ipsa legis verba demonstrant, atque vnū ex iis filium scilicet qui fundum in peculio habebat rogatum vt partem ex qua institutus erat fratribus suis ac præterea quibusdam aliis duobus puta extraneis restitueret. † Quare speciem & causæ constitutionem sic ponendam existimo. Testator cum septingentos aureos in bonis haberet, ac inter cætera bona fundum octo & viginti aureis dignum quem vni ex filiis suis in peculium vinus concesserat, testamento septem heredes instituit, tres filios Titium, Lucium, & Sempronium, & quatuor extraneos, Ca-

ium puta, Mæuium, Seium, & Cornelium. Titium rogauit vt portionem hereditatis fratribus Lucio & Sempronio, itēque extraneis Caio & Mæuio coheredibus restitueret sub ea conditione, Si nauis ex Asia veniret. De fundo nihil dixit, ideoque in diuisionem hereditatis venire eum sicut cæteras quæque res hereditarias ambigi non potest. Rursus quin fideicommissum valeat, restituendæ portiois hereditariæ, cum conditio extiterit, postquam placuit in singulis heredibus legi falcidiæ locum esse nemo dubitat. Itaque cum falcidiæ nomine Titius ex portione sua, quæ centum aureorum est viginti quinque retinere debeat, eam conficiendæ quartæ rationem inibimus, vt septimam partem prædij quæ iure hereditario ad eum pertinet, id est, quatuor aureos imputet. Eas verò portiones, quæ hereditatis iure in eo fundo ad Lucium, & Sempronium fratres, itēque ad Caium & Mæuium extraneos pertinent quibus portionem suam restituere rogatus est compenset cum pari quantitate quam ex portione restituenda retinere alioquin posset. Sic fiet vt quatuor septimas fundi partes, quæ sexdecim aureos efficiunt cū falcidia compenset, & tam ex sua, quàm ex coheredum portionibus in eo fundo viginti sibi conficiat, quæ quoniam ad quartam integram non sufficiunt, cum ea quinque & viginti aureorum esse debeat, id quod quartæ deest, nempe quinque aureos in supplementum deducet ex ipsa portione hereditaria restituenda. Atque ita confecto quadrante partim retentione, partim compensatione, partim etiam deductione cogetur id, quod à cæteris coheredibus Seio & Cornelio, quibus restituere rogatus non est, in eo fundo soluitur, id est duas septimas quas iam supra quartam habet, iis restituere, non quidem ex causa fideicommissi quod Seio & Cornelio nullum relictum proponitur, sed iudicio familiæ erciscundæ, de quo titulus ille est. Neque enim cum falcidia compensare Titius potest eas partes fundi quæ ad Seium & Cornelium pertinent, quibus nihil ipse vicissim præstat. Quæ sanè verissima & facillima est, licet noua, necdum tradita huius legis sententia, ex qua intelligimus nihil eam pertinere ad id de quo præcedenti capite quærebamus, An prælegati aut retentionis pars quæ à coherede accipitur in Trebellianicam imputetur. † Et toto cælo errare eos, qui legis sententiam illam esse putant, vt Titius de fundo restituendo rogatus quartam ex eo retineat, in quam imputet quod à fideicommissariis accepit si tantum acceperit, quantum ad quartam satis sit, sin minus, ex ipso fundo fideicommissario deducat quod ad quartam deest. Quod si plus acceperit, reddere id compellatur. Nam de portiois hereditariæ non de fundi substitutione rogatus Titius proponitur. Neque rursus paria sunt, vt illi putant, an in falcidiam imputetur, an cum quarta compensetur, quod à coheredibus percipitur. Quæ enim à coherede accipiuntur, ea in legatorum falcidiam minimè imputantur, quia iure hereditario non capiuntur, nec tamen idèd minus compensantur. l. qui non militabat. 78. D. de hered. instit. l. Nescimus. 22. D. ad l. Falcid.

CAPVT VI.

Emendatio l. ob hæc verba. 20. D. de his qui not. infam. & l. fundum. 20. D. de euct.

SUMMARI.

1 Papiniani ratio in d. l. 20. quomodo accipienda sit?

- 2 An qui falso & per calumniam accusationem instigant infames fiant?
- 3 Bartoli ad d. l. 20. coniectura reuocatur.
- 4 Emendatur d. l. 20. & pro mandatoris legitur damnatoris.
- 5 Boni iudicis officium.
- 6 Emendantur & suppleuntur nonnulla in l. fundum. 20. ff. de euct.
- 7 Pomponij sententia in d. l. fundum.

OCcurrunt pleraque in libris nostris librorum errata in transpositione literarum aut verborum, quæ nisi diligentius attendent non facile est animaduertere, vt ex iis quæ hoc capite docebimus intelligitur. In l. ob hæc verba. 20. D. de his qui not. infam. Papinianus scribit, Ob hæc verba sententiæ Præsidis prouinciæ Callido commento videris accusationis instigator fuisse, pudorem potius oneratū quàm ignominiam irrogatam videri. † Tum rationem subiicit, Non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur. Quæ ratio quomodo accipienda sit, & quo sensu ad Papiniani responsum accommodari debeat, Accursius & alij interpretes non explicant. Illud tantum notant, eum qui exhortatur non mandare atque in eam rem similia pleraque congerunt, quæ à Papiniani sententia certè omnino sunt aliena. Cur enim Præses prouinciæ mādatoris opera fungeretur? Aut cur eum in quem prolata sunt verba illa sententiæ Præsidis exhortatorem duntaxat, non etiam mandatorem accusationis fuisse diuinamus: Imò instigatorem dixit Præses prouinciæ non exhortatorem aut mandatorem. Indèque nimirum dubitandi causa nascebatur, propter quam non pudor tantum oneratus, sed infamia quoque irrogata videretur, quod certi iuris sit non esse hac parte dissimilem calumniantis instigatoris, & accusatoris rationem ex l. i. §. incidit. D. ad S. C. T. in pill. † Qui locus apertissimè cōuincit sententiam existimantium eos qui falso & per calumniam accusationem instigant, non fieri infames. Tam enim infames fiunt, nec minus in Senatūconsultū Turpillianum incidant si ab instigatione desistant, quàm qui per calumniam accusationem instituerunt aut institutam accusationem prosequi desisterunt. Omnes namque calumniatores Prætoris edictum infames facit, l. i. D. de calumniat. † Nec possit Papiniani responsum quod contrarium videtur ex eo defendere, quod Bartolus diuinat verba illa sententiæ Præsidis, quæ Papinianus refert, prolata fuisse prius quàm de causa cognosceretur. Vnde infert ille verba iudicis vituperiosa (sic enim loquitur) si non prolata sint causa cognita infamiam nō irrogare. Quis enim Bartolum admonuit in ea specie, quæ Papiniano ex facto proponebatur, nullam causæ cognitionem præcessisse, vt Præsidē prouinciæ ad sententiam de accusatione ferendam sine vl a causæ cognitione contra omnem omnium iudiciorum exercendorum ordinem ac ritum profuississe? Aut cur sententiæ appellatione Præsidis interlocutionem intelligere volumus, quæ propriè sententia dici non potest. l. quod iussit. 14. D. de re iudic. & tit. C. de sent. & interloc. omn. iud. Probabilius ergo est loqui Papinianum de sententia Præsidis diffinitiuā lata super accusatione per calumniam instituta, & in eum qui accusationis instigator dicebatur direxisse Præsidem verba illa, Callido commento videris accusationis instigator fuisse, quibus ignominia ei, tamquam calumniatori irrogata videbatur. † Sed hanc non irrogatæ ignominia rationem Papinianus adfert, quod is qui

exhortatur damnatoris opera non fungatur. Lego enim damnatoris pro mandatoris, prioribus duntaxat literis quæ inuersæ & transpositæ erant, in pristinum suum locum restitutis. Sensus verò est & perelegans & apertus, Præsidem prouinciæ iis verbis quæ proponuntur, non tam id egisse vt instigatorem de calumnia condemnaret, quàm vt eum exhortaretur ne in posterum callidis eiusmodi commentis ad instigandas accusationes abuteretur. Infamia igitur, & ignominia irrogata non est cum nulla condemnatione secuta sit. Nam vt calumniatum esse eum, sed illud præterea requiritur, vt calumnia causa sit condemnatus, l. abletas. 4. §. calumniator. l. non alia. 19. D. de his qui not. infam. Sicut & in cæteris criminibus siue priuatis, siue publicis accidit, vt numquam ex ipso crimine, sed ex sententiā tantum quæ de crimine lata est infamia irrogetur. l. quid ergo. 13. §. ult. D. eod. l. infamem. 7. D. de publ. iud. Ita fit vt multum interesse dicendum sit an Præses prouinciæ sic pronūciauerit, Per calumniam accusationis instigator fusti, an quomodo Papinianus ponit, Callido commento videris accusationis instigator fuisse. Illa enim verba, sententiæ & condemnationis, hæc verò exhortationis potius speciem præ se ferūt, † Denique ad boni iudicis officium pertinet nō tantum vt absoluat, aut condemnet, sed etiam vt interdum exhortetur, præsertim si quando probationes minus plenas esse videat, quàm vt iis moueri possit ad condemnandum eum, quem tamen aliqua delicti suspitione non omnino vacare ex litis iudiciis & argumentis intelligit. Hæc ad Papinianum, nūc ad Pomponium. † Is in l. fundum. 20. D. de euct. ita scribit, Fundum meum obligauit, deinde alienauit tibi, vt eo nomine non obligeris. Si eum postea abs te emam, & satis pro euictione mihi des, excipiendum cautione, quod pro me obligatus sit, quia etiam nō excepto eo, agendo, eo nomine contra te, doli mali exceptione possim summoueri. Dico tollenda esse verba illa, vt eo nomine non obligeris, & in sequentibus sic legendum, excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quod pro me obligatus sit. Nā conuentione fieri non potest vt fundum quem obligauit tibi alienè hac lege, ne tu eo nomine obligeris. Pignoris enim obligatio rem ipsam obligatam, non personam obligantis afficit, & alienatio cum sit, eam necesse est fieri cum sua causa, ne alioqui eueniat, vt sit in potestate debitoris pignus alienando soluere obligationem, in eoque deteriore facere creditoris conditionem. Rursus quàmuis in fundi obligati venditione dictum non sit vt tu eo nomine non obligeris, nemo tamen dubitat quin creditore fundum iure pignoris euincente sim obligatus aut ex stipulatione duplæ si intercesserit, aut ex empto propter naturā contractus bonæ fidei ex quo vacuam possessionem tradere tibi debeo, & præstare vt eam rem quæ vendidi habere tibi liceat. Ergo inutilis & nullius momenti est ea veditiois conditio vt tu pignoris nomine nō sis obligatus. Aut potius inepta & ridicula est conditio, cū fieri non possit vt pignoris nomine emptor obligetur. Quamquā enim pignoris obligatio rei obligatæ alienatione nō extinguitur, ipsa tamen emptoris persona non idèd obligatur, vt nulla causa sit paciscendi ne emptor pignoris nomine obligetur. Sed neque rectum sensum habet quod sequitur excipiendum cautione quod pro me sit obligatus, nisi cū Accursio suppleas quæ nos addenda esse contendimus: & sic legas, excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quod pro me sit obligatus. † Id enim aperte sibi vult

Pomponius. Si fundum obligatum quem tibi vendi postea abs te emā & tu euictionis causa latides, excipiendum esse cautione & promissione ne tu ex stipulatione aut venditione obligeris eo nomine quod pro me fundus sit obligatus, si quando cōtingat eum pignoris iure per creditore euinci. Aequū autem esse vt cautione id excipiatur probat Pomponius hac ratione, quod etiam non excepto eo agendo hoc nomine contra te, doli mali exceptione possem summoueri. Quoties enim factō meo res quam abs te emi euincitur, nullam ob eam rem aduersus te actionem habere possum. *l. hoc iure. 27. D. eo. tit.* Propter quam causam mihi videbatur aliquādo corruptum esse Pomponij textū & addita negatione legendum *non excipiendū cautione* quasi monere is voluisset non esse excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quando quidem & non excepto eo si ex stipulatione agere vellem doli exceptio mihi noceret. Frustrā enim excipi videtur quod quamuis exceptum non sit pro excepto tamen habeatur. Sed me nunc in contrariam sententiam illud vocat, quod expressæ exceptionis utilitas illa futura sit vt ipso iure nulla mihi actio ex stipulatione competat quæ tamen ex verbis competeret, si cautione & promissione nihil exceptum esset. Alioqui doli exceptio obiici nō posset si actio nulla competeret quæ per exceptionem elideretur. Atqui longē commodius & vtilius est ipso iure tutum esse, quā per doli exceptionem, quod per actionem propositam multa accidere possint quæ exceptionis vim & potestatem, vel impediāt, vel remouentur, vt non tantū Iurisconsultis sed pragmaticis quoque notum est.

CAPVT VII.

De purgatione moræ.

SUMMARI A.

- 1 *Moram tribus modis contrahi vel ex persona, vel ex re ipsa, vel ex die.*
- 2 *Quando ex re ipsa mora contrahatur?*
- 3 *Moram ex die solo temporis cursu sine ulla interpellatione contrahi.*
- 4 *Moram, siue ex persona, siue ex re contracta sit ante litis contestationem purgari posse.*
- 5 *Mora ex die contracta cur post diem purgari non possit?*
- 6 *Quando mora contracta ex stipulatione quanti res est, purgari possit, vel non?*
- 7 *Causa quo die stipulationi adiecta post diem mora purgatur.*
- 8 *De qua stipulatione accipi debeat. l. etsi. 8. ff. si quis caution. in iud. sist. caus. dat.*
- 9 *Cur in d. l. etsi mora contracta ex stipulatione cui dies & pœna adiecta est post diem tamen purgetur?*
- 10 *Cur aliud in pœna ob traiectionem pecuniam sua die non solutam, item in pœna ex compromisso dari iussa, obtineat?*
- 11 *Explicatur exceptio addita in d. l. etsi.*
- 12 *Differentia inter Prætorias & conuentionales stipulationes, à Bartolo constituta reuocatur.*

Moram ꝑ contrahi certum est vel ex persona, vel ex re ipsa, vel ex die. Ex persona contrahitur si interpellatus quis opportunō loco & tempore non soluerit quod debet, vel non acceperit quod sibi debetur. In quo genere contrahendæ moræ si quando disputetur an ea contracta sit, facti, plerumque quæstio est, potius quā iuris, ita vt neque con-

stitutione vlla, neque iuris authorum quæstionibus decidi id posse videatur, quemadmodum Marciatus scribit in *l. mora. 32. D. de vsur.* vbi illud etiam adiecit non sufficere ad probationem contractæ moræ, vt debitori, vel creditori suo quis denunciauerit, sed illud præterea requiri, vt non omittatur debiti repetendi aut offerendi instantia si sui potestatem facere cœperit is, cui denunciatum est. Non quod ad contrahendam moram sapius interpellatum quem esse necesse sit, vt vulgo plerique existimant (vnica nāque interpellatio sufficit si modō solenniter hoc est testatō facta sit. *l. Titia Scio. 80. §. vsuras. de legat. 2. l. qui Romæ. 122. in prin. D. de verb. oblig.*) sed vt intelligamus moram, quæ ex persona eius qui interpellatus est contracta fuit facile ex persona eius qui interpellatus est purgari si is debiti repetendi aut offerendi instantiam remittat. Ex re ipsa moram fieri dicimus, si quis fortē insulam ædificare promiserit, neque tamen ædificauerit intra id tempus quod ad ædificandam insulam sufficere potuisset. Quemadmodum enim stipulatio illa *Insulam ædificari* quæ verbis pura est, ex re ipsa dilationem capit vt non prius actio incipiat, quā tempus transierit intra quod ædificari insula poterit. *l. interdum. 73. D. de verb. oblig.* Ita fit vt si promissor intra id tempus insulam non ædificauerit re ipsa moram contraxisse intelligatur, licet interpellatio nulla præcesserit. *l. stipulationes. 71. §. vltim. D. eod.* Quamquam dissensisse videntur Iurēconsulti in quæstione illa, An ex huiusmodi stipulatione agi possit priusquā temporis tantum præterierit quanto insula fabricari poterit, cum Pomponius & Marcellus scribant non prius agi posse. *l. si sua stipulatus essem. 14. l. existimo. 98. §. vlt. D. eodem.* Vlpianus verō contrā in *d. l. stipulationes.* magis esse pūct, vt statim atque mora faciendæ insulæ fieri cœpit stipulationis dies cedat, agique ex ea possit. Quod tamē quomodo accipiendum sit, quoniam variis Doctorum nostrorum contentionibus valde agitatum & controuersum est, neque ad institutam disputationem omnino pertinet alio loco explicabimus. Postremō ex die mora cōtrahitur si quis ad certam diē daturum se facturumve aliquid promiserit, neque dederit vel fecerit intra diem præstitutum. Hoc enim casu sicut & superiore nulla interpellatio requiritur, sed solo temporis cursu & diei aduētū mora contrahitur. *leg. pecunie. 9. §. vsurarium. D. de vsur. l. magnam. C. de contr. & committ. stipul.* Ad eō vt Paulus scripserit ad diem sub pœna promissa pecunia, statim diem mortuo promissore, pœnam committi, proindeque moram contrahi licet adita non sit eius hereditas. *l. ad diem. 77. D. de verb. obligat. l. vlt. D. de nautic. scenor. l. traiectione. 2. D. de oblig. & action.* Et quod magis mirum videri debeat, si ante diem creditor moriatur, nec existente die quisquam sit cui pecunia solui possit, ea diei adiectæ vis & potestas est vt moram nihilominus contrahere promissor videatur, quamuis totius eius temporis quo solui non potest mora sit inculcata, & non damnosa. *d. §. vsurarum.* Sicut autem variis rationibus mora contrahitur, ita si contracta sit aliter atque aliter purgatur. Nam si ex persona id est per interpellationem contracta fuerit, constat debitorem quandocumque offerentem ante litis contestationem liberari, atque ita moram purgari achi contracta non fuisset. *l. interdum. 73. §. vlt. l. si seruus. 91. §. sequitur. D. de verb. oblig. l. qui decem. 72. in prin. & §. 1. D. de solut.* Neque distinguemus an in stipulationem pœna deducta sit, aut an creditoris cœperit interesse, necne. Omnimodō

namque mora purgabitur, & sibi imputare creditor debet quod citius litem contestatus non fuerit. Idemque iuris erit si ex re ipsa moram debitor cōtraxerit, quod fortē insulam non ædificauerit intra id tempus quod ædificandæ insulæ sufficere potuisset. Sufficit enim, si ante litem contestatam ædificauerit, aut ædificare cœperit. *l. si insulam. 84. D. de verb. oblig.* Atque huius iuris ratio & aperta est, & elegans. Nimirum, quod debitor qui non nisi ad dandum vel faciendum aliquid obstrictus erat, obligationi satisfecerit quocumque tandem tempore dederit vel fecerit quod debebatur. Verum enim est datum vel factum fuisse quod dari vel fieri debuerat. Cur non igitur liberatio continget? At si mora ex die contracta sit, verius est vt postea purgari numquam possit, nec aliter debitor liberetur, quā si ea omnia præstet, quæ post litem contestatam præstanda essent. Perpetuo enim verum est, intra diem obligationi adiectum datum aut factum non fuisse id quod vt intra diem illum daretur, vel fieret, conuenerat. *leg. Celsus ait. 23. D. de recept. arbitr.* Nihil igitur debitori proderit, si post diem date vel facere velit quod intra diem iam datum vel factum esse oportuerat. Neque probo sententiam distinguētium an stipulationi pœna aliqua adiecta sit an nulla. Quasi maior & feuerior sit stipulatio pœnæ quā eius, quod interest, cum illa committatur sui natura statim ipso iure ex solo die tardæ solutionis, hæc neque ex die committatur, neque ex interpellatione qualibet facta extra iudicium, sed tantū ex lite mota vel contestata. Nisi ex mora, inquit, ius actoris deterius factū sit. An non enim obligationi dies frustra præscriberetur, si post diem purgate moram liceret? An nō semper verum est intra diem præscriptum satisfactum non esse? Deinde cum stipulatio *Quanti res est* non nisi eius quod interest obligationem contineat. *l. vltim. D. de prætor. stipulat.* nec proinde possit eiusmodi stipulatio committi nisi stipulatoris interesse cœperit. An non absurda est exceptio illa: *nisi ex mora ius actoris deterius factum sit.* Perinde enim est, ac si diceret stipulationem ex qua debetur id, quod interest non committi, nisi stipulatoris cœperit interesse: quod etsi verum est, tamen ad propositam disputationem non pertinet. Quærimus enim an mora ex die contracta, oblatione post diem purgetur. Mora autem contrahi non potest ex stipulatione ex qua agi numquam potuerit. *l. si pupillus. 127. D. de verborum oblig. l. nulla. 88. de regulis iuris.* nec rursus agi ex stipulatione *Quanti res est*, priusquam interfit. Et si admittas, quod omnino admittendum est, moram cōtractam ex stipulatione *Quanti res est* non posse purgari posteaquam cœperit interesse stipulatoris, fateri te necesse est nūquam purgari posse, quia nec antequam interfit contracta videri potest. Ac quemadmodum de bonorum possessione decretali scriptum est in *l. 1. §. decretalis. D. de success. edict.* non posse eam repudiari priusquam decreta sit quia nec dum delata est, postea verō quā decreta est seram esse repudiationem quia iam est acquisita. Ita de stipulatione *Quanti res est* dici potest non posse ex ea moram cōtrahi ante quā stipulatoris interfit quia nec prius commissa est stipulatio. Postquam autem cœperit interesse nimis seram esse obligationem, cum stipulatoris ius ex mora iam deterius factū sit. Quod tamen ita verum est, si diem stipulationi adiectum esse proponas. Nam si dies adiectus non sit, benigna interpretatione placuit non prius commissam videri stipulationem quā si ex ea lis contestata sit,

l. cum querobatur. 13. §. proinde. D. iudicat. solui. l. iuda. 5. C. de contrah. & committ. stipulat. quemadmodum contingeret si in obligatione factum duntaxat deductū esset non subiecta stipulatione *Quanti res est*, vt dicit *l. si insulam. 84. de verb. oblig.* Parum enim refert an disertis verbis promissum sit, *Quanti stipulatoris intererit*, an verō in locum obligationis faciendæ succedat obligatio eius quod interest. *l. quoties. 81. D. eodem. l. si quis ab alio. 13. §. vlt. de re iudicat.* Et cum vtroque casu dies adiecta non sit debitorem ad purgandam moram vique ad litis contestationem auctori admittimus. Die verō adiecta nullum post diem obligationi locum superesse contendimus si iam stipulatoris interfuit, ne alioqui fatendum sit inutilem esse diei adiectionem, quod à contrahentiū voluntate & contractus verbis omnino alienum esset. Nec sententiæ nostræ aduersatur quod à Scæuola responsum legimus in *l. si ita quis. 135. §. Sciam de verborum obligat.* etiam die stipulationi adiecta moram purgari posse si non multo post diem offeratur, nec stipulatoris propter moram quicquam interfit. Non enim de stipulatione pœnali aut *Quanti res est* apud Scæuolam tractatur, sed de pacto incontinenti post stipulationem adiecto vt intra Calēdas Apriles primas vniuersam summam mandatori numeraret & hortos acciperet. In qua specie merito responsum est paucorum dierum moram nocere non debere, vt in *l. si in lege. 24. §. colonus. D. locat.* cum neque stipulatoris quicquam interfit, neque ob causam dies adiecta sit, vt si intra eam diem promissioni non satisficeret pœnam aliquam eo nomine promissor pateretur, sed ideo duntaxat vt ad dictam diem satisfaceret: Satisfecisse porrō videtur si non multo post tempore satisfecerit, cum nihil dum stipulatoris interesset. Neque possis dicere inutilem hoc casu videri diei adiectionem, quando neque litis contestatæ tempus, neque longum interuallum expectandum erit, vt moræ purgatio impediatur, quod tamē expectati esset necesse, si dies adiecta non fuisset. At magis tempus videtur quod Caius scribit in *l. etsi post tres. 8. D. si quis caution. in iudic. sistend. caus. fact. non obtemp.* Etsi post tres aut quinque pluresve dies quā iudicio sibi reus promittit secum agen di potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit consequens esse dici debere eum per exceptionem defendi. Non enim probo quod obiectionis tollendæ aut vitandæ causa, vir doctissimus Iacobus Cuiacius admonuit eam legem de stipulatione *Quanti res est*, non de pœnali accipiendam esse. Nam quāuis pœnæ in stipulationem deductæ mentio non fiat, attamen vt rectissime Accursius animaduertit, non nisi de pœnali stipulatione intelligi Caius potest, cum vt supradictum est pœna nulla adiecta stipulatio *Quanti res est* quæ in Prætoris præcipue stipulationibus, eius duntaxat quod interest promissionem continet. *l. vltim. D. de Prætor. stipulat. & dicit. l. quoties. 81. de verborum obligat.* prius committi non possit, quā stipulatoris interfit, nec si dies stipulationi adiecta non venerit. Quomodo enim aut qua fronte id quod sua interest petere possit is, cuius nihil interfit? Pœnam igitur præmissam fuisse ponendum est, quæ & subiecti plerumque solet stipulationibus in iudicio sistendi causa factis, vt in *l. 2. l. si duo. 5. §. 1. l. si seruus. 9. §. 1. l. si eum. 19. §. 1. l. pen. D. eod. tit. si quis caution* idque ex consilio Iurisconsulti in *d. l. vlt. de Prætor. stipula.* ne stipulatori necesse sit probare interesse suū, & quanti interfit, quæ probatio vt plurimum perdifficilis est. At cum dici soleat

adiecta pœna non esse quærendum an & quatenus stipulatoris interfit, sed illud tantum inspiciendum, quænam sit quantitas & conditio stipulationis. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verborum obligat.* quid illud est quod Caius ait stipulatori post diem agenti obstaturam doli exceptionem si post tres aut quinque plurive dies promissor secum agendi potestatem fecerit, necdum stipulatoris quicquam interfit? An quod huiusmodi stipulatio sit ex numero cautionalium stipulationum quæ priorum actionum quas novant & perimunt: naturam tamen induunt & vicem repræsentant, sicut primo libri tertij capite explicavimus? ut proinde non prius agi possit ex stipulatione quam stipulatoris interfit, quia & nulla stipulatione interposita non nisi ad id quod actoris interesset agi possit. Sed non ita est. Id enim tum demum verè dicitur cum in stipulationem deducitur sicut duntaxat quanti res est nulla pœna adiecta. Pœna adiectio efficit ut amplius quærendum non sit an aut quantum interfit stipulatoris, neque item stipulationis pœnalis natura patitur ut villo casu novet præcedentem obligationem. Ratio igitur alia afferri non potest, quæ quod hæc stipulatio non tam in promissoris odium interponatur, aut in utilitatem stipulatoris, quam propter necessitatem iudicij. Iudicium namque nullum datur nisi post litæ contestatam, nec rursus contestatio fieri potest, quin aduersarius in ius vocatus sit & venerit. *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litigan.* Propter quam causam scriptum est in *l. 1. D. de Prætor. stipulat.* stipulationes iudicio sisti communes esse, hoc est non tantum cautionales, sed etiam iudiciales, quia propter iudicium ut ratum fiat interponuntur. Cui consequens est ut is qui à reo nisi steterit pœnam stipulatus est nō tam id solum animo agit ut videatur, ut reus iudicio sisteret certa die, quam ut sibi potestas fieret ea die experiendi, & agendi. Quid verò refert an ea ipsa die, an post trium, pluriumve dierum moram reus secum agendi potestatem faciat, si modò actoris ius ex mora deterius factum non sit? Nam etsi reus iudicio sistisset ad dictam diem, non idè actor lucrum aut commodum aliud obtinisset, quam ut citius egisse videretur. Iudicio igitur duntaxat moram facit, qui ad diem non sistit: fieri verò potest ut iudicio mora fiat neque tamè stipulatoris ius lædatur: quod cum accidit æquum est actionem quæ ex pœnali stipulatione commissæ stricto iure nascitur elidi per exceptionem si post modicum tempus, quod arbitrio & religioni iudicantis æstimandū relinquatur, promissionis suæ reus satisfaciatur. Si quidem & iudicium omne, ex se moram habet & tractum temporis. Idque eò æquius est quod in Prætoris omnibus stipulationibus cum pœna promittitur non tam ad coercendam seuerius promissoris moram, quam ad taxationem eius quod interest promissa intelligitur, *d. l. vltim. de Prætor. stipulat.* Et ea quoque soluta non idè minus iudicio sistere reus debet ut iudiciū exerceatur, & Prætoris imperio contumacia promissoris cedat. Vnde fit ut eò facilius elidi possit pœnæ petitio quod valde durum & iniquum videatur pœnam omnimodo deberi ab eo qui non nisi paucorum dierum moram contraxerit, quique pœna soluta nihilominus iudicio sistere adhuc debeat, & promissioni satisfacere. † Non idem est si quis traiectione pecuniæ nomine si ad diem soluta nō esset pœnam ob operas eius, qui eam pecuniam peteret in stipulationem deduxerit. Aut si arbiter ex compromisso pœnam certo die dati iusserit, quibus exem-

plis Africanus utitur in *l. traiectione. 23. D. de oblig. & action.* His enim casibus pœna omnino in odium promissoris & moræ tantum coercendæ gratia promittitur, & cum ea soluta erit, promissor neque ob operas serui qui ad petendum sua die pecuniam missus est, neque ex arbitri sententia quicquam prestare compellitur: ac proinde aut minor certè, aut nulla potius æquitas subest, quæ faciat ut pœnæ petitio quæ stricto iure competit elidi debeat per exceptionem. Id namque citra stipulatoris iniuriam fieri non posset, qui nihil nisi pœnam in stipulationem deduxit, ac cui nec si eius interesset alia vlla ratione consultum esset. † Observanda verò est exceptio quæ ponitur in *d. l. etsi post tres. si actoris ius ex mora deterius factum non sit*, quam ego sic explico. Si actoris nondum interesse cœperit, non quomodo *Accusatus*, si actionis ius deterius factum non sit. Aliud enim est actoris ius deterius fieri, aliud actionis. Actoris ius deterius factum videtur cum eius ius interfuit, *l. vltim. D. de recept. arbitr.* licet ipsius actionis ius tale sit quale antea fuerit. Cum verò cœpit interesse, nulla ratio est ut contractæ moræ purgatio admittatur, quæ nec si pœna adiecta non esset, post diem tamen hoc casu admitteretur. *d. l. si quis. 13. §. Seia. D. de verb. oblig.* Multò igitur minus cum pœna adiecta est ad taxationem eius quod interest, quemadmodum supra diximus. Quamvis enim maior quantitas in stipulationem deducta sit quam quanti re vera interfit, non idè tamen minus præitari debet, sicut & ex contrario si pluris interesset, maior quantitas peti non posset, quam quæ pœnæ nomine promissa esset. † Non probo etiam quod *Bartolus* tradidit, constituendam esse hac parte differentiam inter stipulationes Prætorias & conuentionales, quod in Prætoris facilius admittat Prætor purgationem moræ ex æquitate quæ in conuentionalibus quas non ex mente sua, & pro arbitrio ut Prætorias, sed ex contrahentium verbis & voluntate interpretatur. Etsi enim verum est in conuentionalibus stipulationibus contractui formam dare contrahentes, Prætorias verò legem accipere de mente Prætoris qui eas proposuit. *l. in conuentionalibus. 52. D. de verborum obligat.* pœnæ tamen adiectio in Prætoris quoque stipulationibus sicut non fit Prætoris imperio sed stipulantium voluntate, ita ex stipulationis verbis, & contrahentium mente interpretanda est, neque aliam Prætoris quam contrahentium mentem esse dici potest. Sine probabiliter sit si quis dicat stipulationes Prætorias sic esse comparatas, ut ex iis si non satisfiat agatur in id quod stipulatoris interest, atque idè facilius admitti purgationem moræ etiam post diem, & pœna adiecta, si nihil dum stipulatoris interfit. Quasi in huiusmodi stipulationibus pœna adiciatur, non tam ut peti possit quamuis nihil interfit, quam ut ne stipulator cogatur probare quanti sua interest, si modò vel aliquantulum interesse cœperit.

CAPVT VIII.

Triboniani error in §. si cui fundus alienus, Institut. de legat.

SVMARIA.

1. Non bene à Triboniano intellectam aut explicatam fuisse Iuliani sententiam in *l. non quocunque. §. fundus. de leg. 1.*
2. Quomodo in *d. §. fundus accipi debeant illa verba*, si

ex testamento egero.

3. Cur in *d. §. specie nuda proprietatis pretium peti non possit?*
4. An in dicta specie usufructus seruitutis locum obtineat?
5. Refutatur ratio pro Triboniani errore allata.
6. Explicatur & declaratur *l. Mænius. §. fundo. de leg. 2.*

NON rectè à Triboniano accepta aut explicata mihi videtur Iuliani sententia, quæ extat in *l. non quocunque. 32. §. fundus. de legat. 1.* Eo loco Iulianus scribit, Si fundi alieni quem mihi testator legauerat proprietatem emero detracto usufructu, ac postea usufructuario capite minuto aut defuncto usufructus ad me pertinere cœperit, tum ex testamento egero, iudicem tanti litem æstimare debere, quantum mihi aberit. Tribonianus verò in *§. si cui fundus alienus. Inst. de legat. 1.* Iulianum scripsisse refert in proposita specie rectè me agere & fundum petere, quia usufructus in petitione seruitutis locum obtineat: sed officio iudicis contineri ut deducto usufructu, ac proinde nuda proprietatis præstari iubeat æstimationem. Quod sanè à Iuliani præscriptis verbis & mente omnino alienum est. Neque enim ille eo loco qui vnus in hanc rem extat ita loquitur, ut dicat me rectè agere si fundum petam, aut usufructum quasi seruitutis iure petere, † sed illud duntaxat ait, agere me ex testamento posse. Id verò ego sic intelligo, ut tamen neque fundum possim petere neque fundum detracto usufructu. Illo namque casu in petitione contineretur id quod iam ex lu cratiua causa haberem, id est usufructus, qui ad proprietatem meam reuersus morte aut capitis minutione usufructuarij mihi vltro & gratis acquisitus est, atque ita obstaret iuris regula, quæ negat duas lucratiuas causas circa eandem rem & eundem hominem posse concurrere. *l. Mænius. 56. §. duorum. D. eod. l. omnes. 17. l. ex promissione. 19. D. de obligat. & action.* At si nudam proprietatem peterem, id ipsum quoque peterem quod iam haberem, quodque postea quam meum factum est licet ex causa emptionis, quæ onerosa est mihi tamen amplius præstari, magisque meum fieri non potest. Quare nec villo iuris loco scriptum reperias eum cui res aliena legata est, si viuo testatore eius rei dominus ex causa emptionis factus sit, legatam rem nihilominus ex testamento petere posse: sed si ex testamento agat, posse pretium consequi. *§. si res aliena. Inst. de legat. 2.* † Sed nec in proposita specie pretium posse me petere nuda proprietatis palam est, quoniam ita fieret ut neque rem ipsam peterem, quæ mihi legata esset, cum legato fundo pecunia legata non intelligatur. *l. debitor. 82. de legat. 2.* neque ipsius rei quæ legata est, sed alterius cuiusdam æstimationem. Fundum enim cum dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ex diametro aduersatur. † Multoque minus verū esse potest quod Tribonianus ait & Triboniani errorem secuti interpretes omnes existimant usufructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Quomodo enim fieri possit ut is, qui nihil nisi fundum petit eum usufructum petere videatur qui sit seruitus, cum fundi appellatione alius usufructus contineri non possit quam qui cum proprietate coniunctus est, plenamque proprietatem efficit: is verò qui seruitus est non alius intelligatur, quam qui à proprietate seiunctus sit, & separatus? *l. vltim. §. D. si usufructus. per. Ergo in ea specie de qua disputamus alia*

petendi ratio mihi nulla superest, quam ut ex testamento agam, & heredem in id quod mihi ex testamento præstare debet condemnari postuleri. Fieri siquidem non potest ut malè ex testamento agam, si nihil aliud petam, quam quod mihi ex testamento debetur. Quemadmodum & in alio casu contingit, de quo idem Iulianus tractat in *l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de legat. 1.* cum ignorans legatarius sibi legatam rem testatoris emit ab herede. Non enim Iulianus ait posse rem ipsam ex testamento peti, sed si legatarius ex testamento agat, non aliter absolui heredem oportere, quam si pretium restituat, & tunc emptoris faciat. His itaque casibus, & cæteris si qui sunt similes, officio iudicis continetur, ut quoniam certæ res non petitur, æstimet ille quid deducendum sit in condemnationem, ut in *§. curare. Inst. de actio.* Verum igitur non est quod Tribonianus refert, Iulianum scripsisse rectè me agere si fundum petam, & usufructum in hac petitione seruitutis locum obtinere. Sed cum Tribonianus ea Iuliani verba, *si ex testamento fundum petero*, & tamè ea petitione usufructum quoque contineri videret, qui iam legatario esset acquisitus, comminisci eum necesse fuit quod ille de suo adiecit, in huiusmodi petitionem usufructum deduci iure seruitutis, non proprietatis. † Neque defendi hic error potest eò argumento, quod à nonnullis adduci video, qui sic ratiocinantur, ut petere fundum possim: quia eum usufructum, qui seruitutis sit, & à proprietate disiunctus nō habeam: eum verò qui non sit separatus habere non possim ex alia causa, quam ex qua habeo proprietatem, id est ex causa emptionis, quæ cum onerosa sit, nō impedit quominus eundem ex causa lucratiua rursus consequi mihi liceat. Nam ut illud taceam, posterior rem huius dilemmatis partem apertè fallam esse, quia usufructum qui cum proprietate coniunctus sit, habeo gratis non ex causa emptionis, cum post emptionem mihi accesserit, ut & Tribonianus fateretur, cur non ex contrario rectius & verius argumentari quis possit. Non esse mihi permittendum ut fundum petam, quia iam habeam usufructum cum proprietate coniunctum, eum verò qui sit separatus petere non possim, quia non sit mihi legatus? Et verò quæ ratione peti possit seruitutis iure is usufructus qui petitionis tempore à proprietate separatus non est? Deinde an nō profus absurdum est si quis dicat legato fundo eum usufructum videri legatum qui sit seruitus, aut me qui fundi proprietatem habeo usufructum petere posse iure seruitutis, cum proprietarius eum usufructum, qui seruitus est, habere numquam possit? † Sanè si quis fundum suum cuius tamen usufructus alienus est, mihi legauerit, *Papiniano* placet posse nihilominus usufructum ab herede peti; *d. l. Mænius. 66. §. fundo. de legat. 2.* Quod sic accipiendum videtur, ut neque petatur tanquam seruitus, neque tanquam pars fundi sed tanquam emolumentum legati. Itaque si fundum ex testamento petam qui legatus est, non aliter heres liberabitur, nec prius testatoris voluntati satisfecisse videbitur, quam si præstet ut fundo mihi frui liceat, quoniam usufructus, tametsi in iure potius quam in parte consistat, atque idè nulla fundi pars abesse videatur mihi cui usufructus abest, rei tamen emolumentum continet, neque sufficit ad liberationem heredis ut legata res præstita sit, nisi præstetur etiam omne rei emolumentum, quod ex legato consequi legatarius possit. hanc verò nostram ad Iulianum interpretat-

tionem mirificè illud adiuvat quod ad eum Marcellus notat. Si fundi alieni, qui mihi legatus est partem emero, & pars alia mihi donata aut legata sit, non posse me nisi partem petere. Ita innuens satis, ut mihi videtur, aperte nec in Iuliani specie fundum totum peti posse: alioqui dissimile exemplum esset, quod Marcellus tanquam simile proponit.

CAPVT IX.

Ad l. i. D. de rer. permutat.

SUMMARIA.

- 1 An permutatio rerum emptio & venditio contrahi possit?
- 2 An sine nummis venditio dici hodie possit?
- 3 Differentia inter vendere & emere, inter emptorem & venditorem, pretium & mercem.
- 4 Ratio differentia inter emptorem & venditorem constituta.
- 5 Cur venditor tradere duntaxat, non dare, emptor vero nummos venditoris facere teneatur?
- 6 Reperiuntur varia Doctorum interpretationes ad illa Pauli verba in d. l. i. In permutatione verò si vtrumque pretium, &c.
- 7 Precipua emptiois & permutationis differentia.
- 8 Effectus actionis in factum quo datur in eum, qui permutationis titulo rem tradidit, qua postea euicta est.
- 9 Explicatur l. i. C. de rer. permut.
- 10 Secunda emptiois & permutationis differentia à Paulo constituta.
- 11 Cur permutatio qua elegans nomen habet, nullum habere existimetur?
- 12 Tertia inter emptioem & permutationem differentia.
- 13 Duplex differentia inter permutationem & contractum, do ut des.
- 14 Contractum do ut des non esse permutationem, sed permutationis principium.
- 15 Cur actio qua ex permutatione oritur bonae fidei sit, illa verò qua ex contractu do ut des, sit stricti iuris?
- 16 An in electione sit eius qui conuenitur ex contractu do ut des, virum, vel contractum implere, vel quod accepit restituere velis?
- 17 Suo loco restituitur versic. Ideoque Pedius ait d. l. i. de rer. permut.
- 18 Cur is qui alienam rem dat nullam contrahat obligationem?

Disputarunt veteres iuris authores an permutatione rerum emptio & venditio contrahi possent quemadmodum Iustinianus scribit in §. i. Inst. de loca & conduct. Disputationi verò causam illud dedisse videtur, quod origo emendi vendendique à permutationibus cœperit. Nam ut Paulus ait in l. i. D. de contrah. emp. cum priscis temporibus nondum esset nummus, fieri non poterat ut cum vicissim quid alter alteri præstabat, aliud merx, aliud pretium vocaretur, sed vnusquisque secundum necessitatē temporum, ac rerum, vtilibus inutilia permutabat, quādo plerumque euenit ut quod vni superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem, inuicem ego haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica aut perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniret, nec amplius vtrumque merx, sed alterum pretium vocatur. Neque tamen delictum est dubitari

an sine nummis venditio dici hodie possit, veluti si ego togam dederim ut tunicam acciperem. Sabinus enim & Cassius emptioem & venditionem esse putabant. Nerua autem & Proculus magis probabant, ut hoc casu permutatio rerum non emptio contraheretur. Quorum sententia post multas contentiones tandem obtinuit, atque ad eò Sabinianis ipsi placuit, teste Paulo qui Sabinianus fuit in d. l. i. de contrah. emp. l. naturalis. §. i. D. de prescrip. verb. Contra enim Sabinianam sententiam idem Paulus multis verbis disputat in l. i. D. de rer. permut. sed ita tamen ut in re non difficili perobscuro merito plerisque videatur. Quam ob causam operæ pretium visum est singula eius verba Accursiano more, sed tamen longo aliter quam Accursius, & alij hactenus fecerint, explicare. Primum autem scribit aliud esse vendere, aliud emere, aliud emptorem, aliud venditorem, aliud quoque pretium, aliud mercem. Etsi enim veteres in emptioe venditioneque appellationibus huiusmodi promiscuè vsos fuisse, itēque in locatione & conductione Caius refert in l. veteres. 19. & seq. De actio. emp. hoc est ut eum qui emisisset venditorem plerumque dicerent, & eum qui locasset conductorem & contra. Certum tamen est venditionem eam demum dici quæ à venditore contrahitur, emptioem verò quæ ab emptore. Rursus venditorem eum esse qui rem alienat certo pretio: emptorem verò eum qui ad pretij solutionem se obligat. Pretium denique illud esse quod pro merce datur, mercem autem eam rem, quæ pretio æstimatur. An in permutatione, inquit, discerni non potest, vter emptor vel vter venditor sit, ut ex eo inferamus, permutationem igitur nec emptioem esse, nec venditionem. Sed priusquam probet non posse in permutatione discerni vter sit emptor vel vter venditor, monet iis verbis multumque differunt præstationes non sine causa quæri vter sit emptor aut venditor, quia venditoris alia, emptoris longè alia obligatio sit, & quamuis mutuo vtriusque consensu concurrente, vtrumque obligatio nascatur, alias tamen esse venditoris, alias emptoris præstationes. Emptorem enim nisi nummos accipientis fecerit tenetur venditori: at venditori sufficit ob euictionem se obligate possessionem tradere & purgari dolo malo, ita ut si res aliena vendita, & tradita sit necdum euicta, nihil eo nomine venditor debeat. Quod & scriptum est in l. ex empto. 11. D. de actio. emp. aliisque pluribus locis. Huius verò differentia quæ inter emptorem & venditorem constituitur, ratio à paucis inuestigata, nondum ab vilo cuius scripta legere mihi contigerit rectè tradita & explicata est. Quod enim ab Accursio scriptum & à Bartolo probatum video, emptorem non nisi generis debitorem esse, venditorem verò speciei, & cum in eo durior sit venditoris conditio, debere in alio meliorem esse, in eo scilicet ut speciem tradere duntaxat non etiam dare teneatur, mihi totum id ineptum & nugatorium videtur. Neque enim ex æquitate tantum ut illi sentiunt, sed ex vera ac necessaria iuris ratione differentiam hanc proficisci dubitandum est. Deinde quisnam hac parte venditoris fauor esse potest cum si rem alienam tradiderit quæ postea euicta sit, obligetur in id omne quod emptoris interest? quod plerumque non tantum pretium conuentum egreditur sed & veram rei ipsius æstimationem l. i. D. de actio. emp. l. in interdico. 6. D. de vi & vi armat. Non igitur venditoris fauore vilo id constitutum est, sed quia ius ipsum non patitur ut

vendedor

venditor rei venditæ dominium in emptorem transferre teneatur, aut ut emptor ex alienis nummis solvere pretium possit, venditor tradere duntaxat, non dare cogitur, quia inter emptorem & venditorem non id agitur præcipue, ut dominium transferatur, sed ita demum si dominus sit is qui vendit. Qui enim rem emit, non tam de dominio quàm devenditoris iure acquirendo cogitur, quem scit futurum sibi satis abundèque obligatum si aliena res vendatur, tum euincatur. Nec inutilis dici potest rei alienæ emptio, ex qua & vsucapiendi causa acquiritur, & indemnitati emptoris præstatione eius quod interest omnino consulitur. Emptor verò nummos venditoris facere tenetur, non tam quod inter emptorem & venditorem id maximè agi videatur, quàm quod si aliter ius constitutum esset, ita fieret ut euicta pecunia quæ pretij nomine soluta esset quasi decepto, & illuso venditore, emptor ad id quod venditoris interesset teneretur, quemadmodum si vendita & tradita sit res aliena venditor ex contrario ad omne id quod emptoris interest obligatur. Atqui cum pretium semper in pecunia numerata consistere debeat, sic eueniret ut ratione nummorum ageretur ad id quod interesset, quod tamen vix vilo casu civilis legislator admittit, nisi cū obligationi dies, aut locus adiectus est, l. nummos. 3. D. de in lit. iurand. Credo, quod si ex obligatione pecuniæ ad id quod interesset agere liceret, facilè in infinitum quantitas condemnationis excurreret, nisi diei aut loci alicuius adiectione concludatur, ac veluti coerceatur. Est enim pecunia rerum omnium mensura, præterquam sui ipsius, si eam æstimationem quæ publico populi consensu, aut principis placito certa statuta est egrediat. Quam ob causam constitui necesse fuit, ut creditori pecuniæ non id quod interest sed vsura præstetur. Ne igitur emptor qui pretij & pecuniæ numerata debitor est, vel soluendo ex nummis alienis omnino liberaretur, vel ad id quod venditoris interesset, contra iuris rationem obligaretur, non aliter ius comparari potuit, quàm ut nummos venditoris facere cogeretur, ut si alienos soluerit, quorum dominium proinde in venditore non transtulerit, non minus teneatur actione ex vendito, quàm si nihil præstitisset. Sequitur apud Paulum, In permutatione verò si vtrumque pretium est, vtrumque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Quæ verba omnino malè explicant, qui putant secundam à Paulo constitui differentiam inter emptioem & permutationem, quod in emptioe venditor rem tradere, emptor pretium dare teneatur. In permutatione verò eo iure vtamur, ut si vtrumque pretium datum sit, vtriusque rem fieri oportet: si merx, neutrius. Quomodo enim fieri possit ut vtrumque pretium detur, nisi admittas quod Paulus mox negat dici posse, vnam eandemque rem & mercem, & sui ipsius pretium videri? Deinde quis nesciat permutationem non aliter contrahi posse, quàm si vtraque ex parte rerum quæ permutantur dominium transferatur? Sed neque minus errant, qui putant Paulum his verbis illud agere, ut probet permutationem neque emptioem esse, neque locationem. Emptioem non esse, quia si emptio esset vtrumque dominium transferri oporteret, quod illi absurdum esse aiunt. Locationem non esse, quia in permutatione non id agatur, ut vtraque res detur loco mercedis, mercedem enim ita dari ut in eius vicem res accipiat: at in permutatione ab vtroque rem dari. Nam quod absurdum esse aiunt in permutatione vtriusque rem fieri o-

portere, non modò non absurdum sed etiam verissimum & certissimum est, cum Paulo caterisque Iureconsultis placeat Pedij sententia existimantem alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem. Quod verò subiiciunt de locatione, omnino ridiculum & ineptum est. Neque enim locationis aut mercedis vlla apud Paulum mentio fit, nisi fortè illi mercedem pro merce vel intelligunt vel legunt. Pauli ergo sententia est, vel in eo maximè dignosci emptiois & permutationis differentiam, quod cum in emptioe merx tradatur, & pretium detur, in permutatione vtrumque rem dari oporteat: quod tamen falsum esset, si permutatio emptiois iure censeretur. Dicendum namque esset si merx vtrumque permutaretur nulla ex parte dominium transferri, sed eo tantum casu quo pretium vtrumque daretur, quemadmodum in emptioe & venditione contingit ut qui mercem debet, non nisi ad tradendum, qui verò pretium, etiam ad dandum sit obligatus. Probat autem Paulus fieri non posse, ut in permutatione vtrumque quod permutatur pretium sit, ut ex eo inferat. Nullo igitur casu dominium in permutatione transferri posse secundum eorum sententiam qui putant emptioem esse permutationem, cum tamen fateri eos necesse sit in permutatione vtrumque rem dari, & dominium transferri oportere. Argumentum quo Paulus vitur est in illis verbis. Sed cum debeat & res & pretium esse, non potest inueniri quod eorum merx & quid pretium sit, nec ratio patitur ut vna eademque res & veniat, & pretium sit emptiois. Sensus est, non aliter emptioem contrahi posse quàm si ex vna parte res, ex altera pretium præstetur. Id enim nec Sabinus ipse negabat, sed pretium non solum in pecunia numerata, at in alia qualibet etiam re constitui posse contendebat. Cur igitur, inquit Paulus, debeat & res & pretium esse in emptioe scilicet & venditione, non potest inueniri in permutatione cum res pro re datur, vtra res mercedis, vtraque pretij locum obtineat. Ratio autem non patitur ut vna eademque res & veniat & pretium sit emptiois, neque rursus ut res vna potius quàm altera alterius pretium dici possit. Concedendum ergo est in rerum permutatione sicut non constat quid in re pretium consistat, ita dici non posse cuiusnam rei dominium alienetur, ac proinde huius incertitudinis ratione neutram rem dari sed vtramque duntaxat tradi. Quod si ita est, sequitur sanè permutatione rerum nullam contrahi emptioem: quando certum sit in emptioe dominium transferri ex altera parte, nempe emptoris qui pretium dare tenetur. Unde si ea res quam acceperim vel dederim postea euicta sit, actionem in factum dandam responderetur. Atqui si emptio & venditio esset, non in factum sed ex empto euictionis nomine agi oporteret. d. l. ex empto. & l. si venditione. 61. & pass. D. de euict. Emptio igitur rerum permutatione constitui non potest. Sanè quoniam permutatio vicem emptiois obtinet, idem ferè effectus est actionis illius in factum, qui actionis ex empto. Nimirum ut qui permutationis titulo tradidit rem alienam quæ postea euicta sit, in id omne quod alterius interest teneatur, quemadmodum ex empto teneretur. l. si permutationis. 29. D. de euict. Cui contrarium non est quod in l. i. C. de rer. permut. scriptum est, distinguendum esse an venalis res fuerit quæ tradita & euicta est, & is qui venalem habebat velut pretij nomine aliam rem, licet non taxata pretij quantitate acceperit. An cum venalis non esset permutationis nomine tradita sit ab eo, qui do-

minus non erat. Nun enim distinctionis huius effectus ille est ut vno potius quam altero casu euictionis nomine in id quod interest agatur, sed ille potius ut si quidem venalis possessio fuerit, non nisi ad id quod sua intererit agere possit is cui res euicta est. Si vero cum venalis non esset permutatio facta sit electionem actor habeat, an id quod sua interest agere, an potius rem datam condicere malit quasi re, & causa dandi non secuta. † Sic enim verba illa interpretor, *Si hoc elegeris*, id est, nisi malis in id quod tua interest experiri. Differentia autem ratio est, quod quamuis utroque casu permutatio sit non emptio, cum de certo pretio in pecunia numerata non contenerit: Illa tamen permutatio ad emptionem propius accedit, quæ facta est ab eo qui rem venalem habebat, quique pretij nomine non aliam accepit, licet non taxata pretij quantitate. Unde fit ut, quemadmodum in venditione, si euictio rei venditæ facta sit, non ad pretij dati restitutionem emptor agit, sed ad hoc ut sibi quod sua interest præstetur. Ita in hoc permutationis exemplo ius idem obseruetur, & à natura actionis, quæ ex permutatione oritur non nihil recedatur. Euicta enim re quæ permutata fuerat, duplici ratione consulere sibi potest is à quo euicta est, nimirum actione in factum ad id quod interest, & conditione dati ob causam causam non secuta. Quarum actionum electio ex conuentionis interpretatione & æquitate deneganda videtur ei qui permutationem sic contraxerit, ut pro re quæ venalis erat rem suam pretij nomine dederit. Illud namque inter contrahentes actum videtur, ut res pretij nomine data condici numquam posset, quemadmodum nec si pretium verè esset vlllo casu condiceretur. † Secundam emptionis & permutationis differentiam Paulus hanc subiicit, quod emptio ac venditio nuda consequentium voluntate contrahitur: permutatio autem non nisi ex re tradita initium obligationi præbeat. Alioquin, inquit, si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui diceremus: quod in his duntaxat negotiis receptum est, quæ nomen suum habent. Et si enim non omnes contractus qui nomen suum habent, consensu perficiuntur, omnes tamen qui consensu perficiuntur suum & proprium nomen habent. Facilius namque fuit legislatori negotia omnia præuidere quæ consensu solo contrahuntur, quam ea quæ rei traditione perficiuntur. Nempe quod non nisi certis modis & per paucis nasci possit iure civili actio ex nudo consensu, postquam placuit nudorum pactorum nullam omnino rationem haberi. At vix vllus casus est, quo res aliqua tradatur, quin ex traditione confestim obligatio nascatur, vel eam maxime ob causam, quod æquum non sit ex re alterius alium locupletari. Causæ autem tradendi sunt penè innumeræ & infinitæ. Contractus igitur innominatos plerisque admitti necesse fuit. † At dubitari video, cur permutatio quæ tam elegans nomen habet nullum habere existimetur. An quod minus generale nomen sit, ut emptionem quoque, locationem ac cæteros ferè omnes contractus complectatur? Minime verò. Neque enim vlllo iuris loco videas permutationis verbo sic abuti Iuriconsultos, ut contractus nominatos ea appellatione significari velint. An potius quod ipsum nomen permutationis non tam contractum significet quam causam ex qua contractus constituitur? Neque enim permutationis contractus vllus est: sed rerum permutatione contractus fit, qui nomen nullum habet. Atque ita mihi sanè videtur, ut rerum permuta-

tio perinde sit causa eius contractus, quem innominatum dicimus, atque consensus in constituendo certo rei venditæ pretio causa est emptionis. Itaque si ex vna tantum parte traditio facta sit, quia nondum permutatio est, non poterit is qui tradidit agere ex causa permutationis in id quod sua interest illam rem accepisse de qua conuenit, sed tantum ut res data reddatur conditioni locus est, quasi re non secuta, ut apertis verbis Paulus scribit *in d.l. in fine de rer. permur.* Nec possum concoquere interpretationem Accursij, qui ad verba illa *non in hoc agemus* adiecit tantum, quasi in potestate & electione sit eius, qui ex placito permutationis rem tradidit an agere velit præscriptis verbis ad id quod interest, an potius eam rem quam dedit condicere. † Imò verò in electione est eius qui rem accepit utrum ex parte sua contractum implere velit, an verò quod accepit restituere. Sane alterutrum facere compellitur. *l. cum precibus. 4. C. eod.* At si traditione facta ex vna parte, nascetur actio ad id quod interest, non daretur reo potestas eligendi an quod accepisset restituere mallet. Quemadmodum in venditione contingit ut venditor qui pretium accepit nec rem tradit, pretij restitutione non liberetur, sed omnimodo ad id, quod emptoris interest teneatur. *l. 1. D. de act. emp.* Et hæc tertia inter emptionem & permutationem differentia est. Accursium autem, cæterosque interpretes illud fessellit, quod ab eodem Paulo scriptum est *in l. naturalis. §. 1. de præscript.* Si rem tibi dederim ut rem accipiam nasci obligationem civilem, & in actionem id venire non ut reddas quod accepis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo conuenit accipere. † Et si enim de contractu Do ut des locutus ille est, tamen recepta est interpretum sententia contractum illum à permutatione vel omnino non differre, vel in eo duntaxat quod contractus Do ut des velut genus sit, permutatio autem species. Secundum quam sententiam dicendum est omnia quæ in contractu Do ut des locum habent, etiam in permutatione obtinere. Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu Do ut des, quod permutatio non est priusquam res quæ permutantur vicissim dentur. At contractus Do ut des fit ex eo solo quod ego tibi do ea lege, ut vicissim mihi des. Itaque quamuis non dederis, attamen accepisse te sufficit ut ex contractu tanquam perfecto sis obligatus, ut proinde mirari non sit teneri te in id quod mea interest si ex parte tua dare nolis. Præsertim cum rem ipsam dare præcisè cogi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu permutationis fieri non potest ut obligeris priusquam permutatio facta sit: neque rursus ut permutatio facta videatur antequam res vtriusque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit rei suæ dominium in accipientem transtulit, conditioni locum esse necesse est, ut quod datum fuit repetatur. Quam ob causam traditio quæ ex vna tantum parte facta est obligationi initium præbere dicitur, non quod agi in id possit uti vicissim res detur, vel ut quod interest præstetur, sed quod obligatus esse incipiat is qui accepit ut quod sibi datum est restituat, nisi permutationem implere malit. † Contractus igitur Do ut des, non permutatio est, sed principium permutationis, quæ tum demum perficitur cum postquam ego dederò tu vicissim dederis. Denique permutatio non est cum Do ut des, sed cum do, quia tu dedisti. Vterque quidem contractus innominatus est, sed ille traditionem ab altero ex contrahen-

trahentibus faciendam: permutatio ab utroque factam demonstrat. In contractu Do ut des negotium contrahitur inter dantem & accipientem. Neque enim potest quis dare ut sibi detur, quin is qui accipit, accipiat ea lege ut det vicissim. Permutatio autem non requirit datum esse ab vno ut ab altero daretur. Sed si permutationis placitum præcesserit, deinde alter ex contrahentibus dederit purè, hoc est nulla dationi lege adiecta, permutatio erit si quod ab eo qui accepit dari conuenit, postea detur. Neque præcessisse videbitur contractus Do ut des, quia dationi non proponatur adiecta ea lex ut vicissim accipiens quicquam daret. Aliud enim est permutationis placitum præcedere, quod ex traditione quæ postea vtriusque fiat vires sumit. Aliud verò dari quid à me ut alia res mihi detur. Denique permutatio non sit sine præcedente pacto permutandi, ut dignosci possit an ea contrahentium voluntas fuerit, ut permutationem potius quam aliud negotium contraherent. At contractus Do ut des præcedentem conuentionem nullam desiderat. Satis enim quid agatur demonstrat is qui dicit se rem dare ut rem accipiat. Et qui accipit ea lege id ipsum velle se, si non verbis certè facto testatur. † Hinc verò fit ut quamuis ex utroque contractu permutationis & Do ut des, sicut ex cæteris innominatis nascatur actio præscriptis verbis: ea tamen quæ ex permutatione oritur bonæ fidei sit, illa verò quæ ex contractu Do ut des sicut cætera omnes præter æstimatoriam, sit stricti iuris. *§. actionem. Inst. de action. l. 2. C. de rer. permur. l. 2. D. eod.* Nempe quod contractus permutationis non tantum ex traditione sed etiam ex placito permutandi quamuis non nudo æstimator: quod placitum si bonam fidem spectes & contrahentium voluntatem vix differat à placito emptionis in alio quam quod in permutatione pretij nullum sit, sine quo tamen emptio esse non potest. Contractus autem Do ut des non ex voluntate contrahentium verbis, & consensu mutuo declarata, sed ex sola dationis lege & ex acceptione constituitur, longèque minus quam permutatio ad emptionem accedit. † Nec superioribus contrarium est quod in *l. quoniam. §. 1. de emptionem. 7. C. de rer. permur.* scriptum est eum qui ex contractu Do ut des conuenitur vel contractum implere vel quod accepit restituere debere: quasi in ipso potestate sit, ut eligat vtrum præstare malit: quam tamen electionem Paulus non dat in *d.l. naturalis. §. 1. D. de præscript. verb.* & nos supra monuimus dandam non esse nisi permutationis placitum præcesserit. Obseruandum enim est iis legibus consultos fuisse Imperatores, an ei qui rem suam dedisset si vicissim nihil daretur condicere liceret, non autem, an ad id quod sua interesset agere is posset, ut probant verba illa *Sicut postulat & pro desiderio tuo.* Respondet verò actione præscriptis verbis possesselagi ut quod datum est restituatur, nisi reus ex parte sua contractum implere velit. Sed non negat præstandum esse omnimodo actori quicquid eius interest, si in eam rem actio præscriptis verbis instituat. Id enim apertè Paulus sentit, *d.l. naturalis. §. 1.* † Superest ut versiculum illum *l. 1. de rer. permur.* explicemus. *Ideoq; Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutatorem.* Quem ego existimo transpositum esse, & post illa præcedentia verba reponendum, *in factum dandam actionem responderetur.* Voluit enim Paulus Pedij autoritate confirmare quod dixerat de emptionis & permutationis differentia quæ vel in eo maxime elucet, quod qui vendit, non

nisi tradere: qui permutat etiam dare tenetur. At cum eo quod postea subiicitur, in permutatione ex re tantum tradita initium obligationis constitui, illa Pedij sententia nihil omnino commune habet, quicquid Accursius causetur, & in contrarium laboret. † Cur verò is qui alienam rem dat nullam contrahat permutationem, ratio quæ obscura plerisque videtur, aperta meo iudicio est, quod natura & verbum ipsum permutationis, rei ac proinde proprietatis & dominij mutationem præ se ferat: quæ porro nulla fieri potest, si is qui permutat dominus non sit. Quod enim alterius est dominium, ei ignotanti aut inuito auferri non potest, neque ab eo qui dominus non sit in alium transferri: ob idque dominij permutatio hoc casu nulla contrahitur: sed in factum actio duntaxat nascitur si aliena res permutata ante completam usucapionem euincatur: aut si ante euictionem is qui accepit alienam esse nesciat, quasi permutatio nulla interuenerit, quod à se datum erit condicere poterit, ac si nihil ei traditum fuisset: quia non sufficit traditum esse id quod dari oportuit. *l. 1. ult. D. de cond. caus. dat.* de cuius quoque sententia quoniam & satis obscura est, & ad ea quæ hoc capite diximus valde pertinet, dicendum est, quid nobis videatur.

CAPVT X.

Ad l. ult. D. de cond. caus. data.

SVMARIA.

- 1 An contractus ille, do tibi pecuniam ut mihi Stichum des, emptioi similis sit?
- 2 Omne pretium in pecunia numerata consistere, sed non omnem pecuniam numeratam pretium esse.
- 3 An contractus supra propositus sit contractus do ut des.
- 4 Prima differentia inter contractum initio propositum & emptionem.
- 5 Cur in hoc contractu innominato si ex vna parte datum sit, rei quæ ex altera parte dari debet periculum eius sit qui non dedit?
- 6 Examinatur decisio questionis proposita in l. naturalis. §. 1. versic. si scyphos, de præscript. verb. eiusque ratio redditur.
- 7 Cur in d. l. ult. contractus ille Do tibi pecuniam ut mihi Stichum des, vel tradas, emptio non sit?
- 8 Secunda differentia inter dictum contractus genus & emptionem.
- 9 Tertia differentia eiusque explicatio.

¶ **D**edi tibi pecuniam ut mihi Stichum dases. Querit Celsus utrum id genus contractus pro portione emptionis & venditionis sit, an nulla alia obligatio nascatur, quam ob rem dati re non secuta? Non disputat an contractus ille emptio sit, sed an sit emptioni similis. Contractum esse certum est, quia negotium geritur inter dantem & accipientem, ac proinde *συνάλλαγμα* fit, quemadmodum eidem Celso Aristonem eleganter respondisse Paulus refert in *l. iuris gentium. 7. §. 1. D. de pact.* Emptionem verò esse nemo dixerit, quia licet ego pecuniam dederim ut tu mihi Stichum dases, emptio tamen esse non potest si pretium nullum sit, ut superiore capite disputauimus: † Non autem pecunia omnis quæ sic datur, ut vicissim res detur pretium est, sed ea demum quæ pro rei pretio datur. Pretium porro illud tantum est, de quo ut pretium esset inter emptorem & venditorem conuenit. Et ut apertius dicam, pretium non est

pecuniæ quæ datur qualitate, neque ex ipsius dantis voluntate, verum ex vtriusque contrahentium conventionem, & consensu, qui quidem donationem præcesserit, æstimatur. Neque quisquam dubitat quin ita accipiendum sit, quod scriptum est in *l. naturalis. §. 1. D. de præscrip. verb. & in fact. act.* si pecuniam dem vt rem accipiam, emptionem esse: nempe si de pretio conuenerit, tum pecunia pretij nomine detur. Omne pretium in pecunia numerata consistit: sed non omnis pecunia numerata pretium est. Videbatur autem illud contractus genus de quo Celsus disputat, simile esse emptioni & venditioni, siue quod pecunia pro re data esset. siue quod permutatio saltem contracta videretur. Est enim permutatio similis emptioni, *l. 2. D. de rer. permu. l. 2. C. eo.* Negat tamen Celsus contractum illum, qui proponitur esse proportionem emptionis & venditionis. Negat igitur esse permutationem: & in id procliuior est, vt nulla alia obligatio sit, quam ob rem dati re nõ secuta. Permutatio enim esse non potest prius quam vtrimque datum sit, præsertim si permutatio placitum nullum præcesserit, an igitur contractus erit do vt des? Ita sane est. Idque Celsus non obscure significat, cum ait nullam hic aliam obligationem nasci, quam ob rem dati re non secuta. Non ait nasci duntaxat conditionem, sed obligationem, ex qua scilicet agi poterit, non tantum vt quod datum est restituatur, sed etiam vt præstetur quod mea interest accepisse eam rem, de qua conuenit, *d. l. naturalis. §. 1.* Si contractus est do vt des, ergo permutatio non est, si vera sunt quæ superiore capite in hanc rem diximus. Subiicit verò Paulus differentias tres inter hoc contractus genus, & emptionem, vt planè ridiculi videantur qui scribunt aliqua ea parte simile illud esse emptioni. Prima differentia est in illis verbis, *Et ideo si mortuus est Stichus repetere possim, quod ideo tibi dedi vt mihi Stichum dares.* Nam si contracta venditio esset ac soluto pretio Stichus petiisset, neque ad Stichum petendum, neque ad pretium repetendum actio vlla superesset. Ad emptorem enim rei venditæ periculum pertinet statim atque contracta venditio est. Quamuis ante traditionem pretij quem solutionem aut satisfactionem dominus factus non sit, *§. cum autem. Inst. de emp. & vend.* Idque secundo Coniecturam libro pluribus iuris locis ac rationibus comprobauimus aduersus eorum sententiam, qui contra omnes omnium prudentum & interpretum opiniones nouam inducere voluerunt, decepti fallâ interpretatione *l. si fundus. D. locat.* vt hic repetere nihil sit necesse. At in eo contractus genere, de quo disputamus, Celsus ait periculo tuo esse Stichum quem dare mihi debeas, ita vt si mortuus sit priusquam dederis tibi pereat, & pretium quod accepisti restituere tenearis: quod sanè fecus esset si periculo meo Stichus fuisset. Et eaque contractus huius innominati natura esse videtur, vt si ex vna parte datum sit, rei quæ ex altera dari debet periculum eius sit qui non dedit. Non solum quia regulare ac ferè perpetuum illud sit vt casus fortuiti ad dominos pertineant, sed etiam quod neque iuris neque æquitatis ratio vlla patiat, vt factum eius, qui dedit, quod ad inducendam pro eo obligationem profuit, eidem noceat, & damni quod in re nondum data contingere poterit, periculum adferat. Præsertim cum ad petendam rem ipsam, quæ dari debet actionem nullam habeat, quam emptor habet aduersus venditorem. Denique quod ego tibi dedi vt mihi Stichum dares, fieri non potest vt restituere non debeas, nisi contractum ex

parte tua impleueris & Stichum mihi dederis. *† At qui contra sentire Paulus videtur, in d. l. naturalis. §. 1.* vbi ait Si scyphos tibi dederim vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichum esse, nisi ad eum casum Pauli sententiam coarctes, si quod ego tibi dedi tale sit, quod facile amitti possit. Ne alioqui accidat vt vtriusque rei, eius scilicet quam accepisti, & alterius quæ dare debeas periculo præstando oneraris. Quod sane iniquum videatur, maximè si culpa tua nulla intercedat. Finge dedisse me tibi Romæ scyphos, vt tu Stichum mihi dares qui tum erat in prouincia. An non iniquum esset præstare te periculum Stichi, si fortè paucis post diebus in prouincia decesserit, cum accidere facile potuerit vt eodem tempore scyphos quoque quos tibi Romæ dedi amitteres? At si pecuniam tibi dederim, quæ cum in genere & quantitate consistat, non in specie, perire numquam potest, aut rem aliquam immobilem, quæ non facile peritura sit vt tu mihi Stichum dares nulla ratio est vt periculo meo Stichus viuat priusquam mihi detur, ne melior conditio sit eius qui contractum implere vel recusat vel differt, quam eius qui in implendo diligentior fuit. Atque huius dissimilitudinis argumentum non obscurum illud præbet, quod Paulus postea quæ scripsit post: me si velim repetere quod dedi si tu dare cesses, ac proinde eius rei quam tu dare debeas periculum ad me non pertinere, (nam si pertineret, vtriusque repetitioni dati indistinctè locus esse nõ posset) subiicit quasi diuersum quid, obscure tamen suo more *Sed si scyphos tibi dederim, &c.* ne quis putaret condici id quod datum est perpetuo posse. Igitur si rei quam ego dedi, & eius quam tu vicissim dare debes perdendæ æquale periculum sit, neque culpa tua vlla interuenit æqui⁹ est quod Paulo placeat, sicut rei quæ tibi à me data, tuâ que facta est periculum tuum est, ita eius quam vicissim mihi dare debeas periculum ad me pertinere. Cum verò Celsus hanc sententiam suæ rationem adferat, quod ideo tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares, intelligimus non fuisse eum aliud responsum, si quis proposuisset dedisse me tibi pecuniam vt mihi Stichum traderes. Nam & hoc casu verum est me tibi pecuniam dedisse ob rem quæ non est secuta, qua ratione sola Celsus mouetur vt dicat condici posse pecuniam si Stichus antequam detur, moriatur. *† Et errant meo iudicio qui interrogati, Cur in hac specie quam Celsus tractat emptio non sit, nihil aliud habent quod respondeant, quam quod inter nos conuenerit, vt tu mihi Stichum dares quem ex natura venditionis tradere duntaxat deberes.* Non enim tam ad dandi verbum Celsus respicit, quam ad contractus ineundi rationem quæ hic talis esse proponitur, vt neque conuentio vlla & contrahendæ emptionis consensus pecuniæ dationem præcesserit, neque de pretio conuenerit, ex quo tamè præcipua emptionis substantia consistit. *l. pacta conueniunt. 72. D. de contr. emp.* Siue igitur de danda, siue de tradenda re conuenerit emptio non erit, sed vel contractus do vt des, vt si res detur: vel do vt facias, si vt tradatur tantum conuenerit. Quo posteriore casu nõ magis locatio erit licet pecunia interueniat, quàm priore, emptio. Nimirum quia mercedis nomine pecunia data esse non proponitur: quod ad contrahendam locationem non minus requiritur, quàm pretij conuentio ad contrahendam emptionem. *† Sane, quod Celsus subiicit iis verbis, Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse, repetere à te pecuniam potero, aliam rationem non habet, quam quod de dando,*

dando, non de tradendo Sticho inter nos actum sit: vt ille probat ratione quæ sequitur, quia hominem accipientis non feceris. Dare enim nihil aliud est, quàm sic tradere vt facias accipientis. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig. l. ex empto. 11. §. 1. de act. emp.* Et hæc secunda differentia est inter emptionem, & id contractus genus de quo disputamus, cum venditor nõ nisi ad rem tradendam dolumque malum præstandum teneatur. *d. l. ex empto. † Tertia sequitur apud Celsum cum ait, Et rursus si tuus est Stichus & pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis quominus pecuniam à te repetere possim.* Quamuis enim reuera hominem meum feceris, quia tamen contractus tempore nasci potest an quisquã alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortasse, non immeritò euictionis periculum timere videor si tu ob eam rem nolis promittere: nec videris rem omnimodo dedisse nisi caueas etiam de euictione. Verum nonne & ob eam rem cum emptio contracta est competit ex empto actio? ita vt si duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli sit condemnandus? Sic sanè Paulus scribit in *l. 2. D. de euict.* Sed differentia quæ à Cello hac parte constituitur inter emptionem & hoc contractus genus, sic explicanda est, quod si tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares, & Stichum dederis, neque tamen pro euictione eius promittere velis non possim in id agere vt de euictione caueas: sed tantum liceat mihi pecuniæ quæ data est condicere, quasi nondum dederis quod dare debeas. At si emptio contracta esset pretium condici certè non posset: sed ex empto actio mihi ad hoc competere, vt tu pro euictione promitteres & si promittere nolles eo nomine condemnareris. Perpetuum enim verum est, pretium quod semel solum fuit, condici numquam posse, quia scilicet non datur ob rem, quæ sequi debeat, sed potius ob rem quæ præcessit, neque ad inducendam obligationem, sed ad tollendam eam quæ ex parte emptoris solo consensu & pretij conventionem contracta est, quemadmodum & cum emptor contra venditorem in id agit vt venditam rem tradat, non ideo agit, quod pretium soluerit, sed quod venditor ad rem tradendam ex ipso venditionis contractu ac priusquam pretium solueretur iam esset obligatus.

CAPVT XI.

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

§. vlt. eodem.

SYMMARIA.

- 1 Quæ ratione fideicommissario consularur quum heres sub conditione institutus & de hereditate restituenda rogatus conditionem implere non vult?
- 2 An heres sub turpi vel impossibili conditione institutus & de restituenda hereditate rogatus cogi possit, vt spectata illa conditione hereditatem adeat, & fideicommissario restituat?
- 3 Perperam a nonnullis emendatum fuisse dicit. §. si sub conditione in illis verbis, remitti eam ab initio.
- 4 Conditiones eo ipso modo quo testator iussit, & in forma specifica implendas esse.
- 5 Conditionem heredi adscriptam, siue in dando siue in faciendo consistat per fideicommissarium impleri non posse.
- 6 Turpem & difficilem conditionem ab impossibili in iudicando, non de tradendo Sticho inter nos actum sit: vt ille probat ratione quæ sequitur, quia hominem accipientis non feceris. Dare enim nihil aliud est, quàm sic tradere vt facias accipientis. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig. l. ex empto. 11. §. 1. de act. emp.* Et hæc secunda differentia est inter emptionem, & id contractus genus de quo disputamus, cum venditor nõ nisi ad rem tradendam dolumque malum præstandum teneatur. *d. l. ex empto. † Tertia sequitur apud Celsum cum ait, Et rursus si tuus est Stichus & pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis quominus pecuniam à te repetere possim.* Quamuis enim reuera hominem meum feceris, quia tamen contractus tempore nasci potest an quisquã alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortasse, non immeritò euictionis periculum timere videor si tu ob eam rem nolis promittere: nec videris rem omnimodo dedisse nisi caueas etiam de euictione. Verum nonne & ob eam rem cum emptio contracta est competit ex empto actio? ita vt si duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli sit condemnandus? Sic sanè Paulus scribit in *l. 2. D. de euict.* Sed differentia quæ à Cello hac parte constituitur inter emptionem & hoc contractus genus, sic explicanda est, quod si tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares, & Stichum dederis, neque tamen pro euictione eius promittere velis non possim in id agere vt de euictione caueas: sed tantum liceat mihi pecuniæ quæ data est condicere, quasi nondum dederis quod dare debeas. At si emptio contracta esset pretium condici certè non posset: sed ex empto actio mihi ad hoc competere, vt tu pro euictione promitteres & si promittere nolles eo nomine condemnareris. Perpetuum enim verum est, pretium quod semel solum fuit, condici numquam posse, quia scilicet non datur ob rem, quæ sequi debeat, sed potius ob rem quæ præcessit, neque ad inducendam obligationem, sed ad tollendam eam quæ ex parte emptoris solo consensu & pretij conventionem contracta est, quemadmodum & cum emptor contra venditorem in id agit vt venditam rem tradat, non ideo agit, quod pretium soluerit, sed quod venditor ad rem tradendam ex ipso venditionis contractu ac priusquam pretium solueretur iam esset obligatus.

re distingui.

7 Differentia conditionum quæ ipso Prætoris edicto remittuntur, ab iis quarum nulla mentio edicto facta est.

8 De conditione honesti, vel turpis nominis serendi, & quanam sit inter vtramque differentia.

SI † heres sub conditione institutus & hereditatē salij restituere rogatus, suspectam hereditatem dicat, atque ideo conditionem implere nolit, quæstio est: qua ratione fideicommissario restitutionem hereditatis postulanti consultum, & succursum esse oporteat. Et si quidem dandi conditio adscripta sit, facile expediri res potest. Offerre enim fideicommissarius heredi poterit id quod testator dari iussit, atque ita fiet vt commodo & incommodo fideicommissarij ab herede conditio impleatur, nullumque ex ea re damnum heres alieni lucri & compendij causa sentiat. *leg. sed sciendum. 7. l. apud Iulianum. 11. l. si cui. 31. §. vlt. l. facta. 63. §. si danda. D. ad S. C. Treb.* Sed si institutionis conditio in faciendo consistat, non ita commodè videtur res explicari posse. Neque enim sicut pecuniam ita factum heredi fideicommissarius offerre potest. Heredem verò cogi ad faciendum vt ex eo facto fideicommissarius lucrum accipiat, durum quodammodo & iniuile videatur. Verum placuit iuris authoribus distinguendum esse qualem conditionem heredi testator adscripserit. Nam si impossibilis conditio sit, quæstioni locus nõ erit, posteaquam placuit & obtinuit conditiones impossibiles in testamentis adiectas pro non scriptis habendas esse. *leg. 1. D. de cond. inst. l. obtinuit. 3. D. de cond. & demonstr.* At si ex contrario facile ac sine impendio & incommodo vllò impleri conditio possit, malitiæ heredis indulgendum non est, vt si conditionem implere recuset, audiatur: at potius Prætoris qui de fideicommissio cognoscet imperio cogendus, vt id faciat ex quo nullum ille damnum aut incommodum, magnum verò fideicommissarius lucrum sentire possit. *d. l. si cui. §. vlt. & l. facta. §. si sub conditione.* Ergo quæstioni eo tantum casu locus est, quo turpis, aut difficilis conditio adscripta est. Quod cum euenit, non sine causa heres conditionem alterius gratia implere recusat, & aperte iniquum esset cogi eum vt impleat, quemadmodum Caius scribit in *d. §. si sub conditione.* Quid igitur? An cogi heres poterit vt spectata conditione & perinde ac si nulla adiecta esset hereditatem adeat, tum fideicommissario restituat? Minimè verò. Plus enim à Prætoris tribui ei qui fideicommissum petit quàm testator voluerit absurdum esset. Vtriusque autem testator nisi expleta conditione, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per eum fideicommissario restitui voluit hereditatem, & ob eam nimirum causam huiusmodi conditiones remitti ab initio visum est: & ad Prætoris fideicommissarij iurisdictionem atque officium pertinet vt eas, si impletum heredi turpe aut difficile futurum esse videat, statim ab initio remittat, hoc est prius quàm heres adimplere recuset. Si enim adimplere primum heres iuberetur deinde recuset: alterutrum Prætoris facere necesse esset, nempe vt vel inuitum heredem ad conditionis turpis aut difficilis implementum fideicommissarij gratia compelleret, vel vt conditionem quam primum implendam iudicasset, & verò impleri iussisset, quasi per errorem & imperitiam id factum esset postea remitteret: quorum alterum à Prætoris æquitate, alterum ab eiusdem prætoris

authoritate alienum videretur. Non igitur ita ius constitutum est, ut huiusmodi conditiones non aliter remittantur, quam si adimplere eas heres recuset, sed ut ab initio remittantur: & heres ad adeundam hereditatem statim atque fideicommissarius id possulat quasi nulla conditione adiecta compellatur. Id verò cum sit non plus à Pratore tribuitur fideicommissario, quam testator voluerit. Còditio enim quæ à Pratore remittitur perinde habetur ac si adiecta nõ esset: atque idèd quemadmodum si purè heres institutus esset, purè hereditatem adire cogitur: neque in eo quicquam fieri intelligitur contra testatoris voluntatem. Fieret sanè, si conditio neque remitteretur, neque impleteretur: sed quæ remittitur implenda non est, alioqui inutilis esset remissio, quæ non ob aliam causam sit quam uti ne conditionem impleri necesse sit: & remitti conditionem nihil aliud est, quam, quod ad conditionem pertinet negligi voluntatè testatoris. Rectè igitur & verè Caius scripsit remitti ab initio conditionem ne si aliter ius constitueretur, accideret ut Prator liberalior esset testatore. Aut si quis rationem hanc minus rectam esse putet, fateri eum necesse est nunquam permitendum esse Pratori ut conditionem quæ in testamento adiecta est remittat: quandoquidem id facere nequeat quin à testatoris voluntate recedat. Quæ cum ita sint, absurdè, meo iudicio, faciunt qui in illis verbis & remitti eam ab initio visum est, erratum esse putant & legendum absurdum non ab initio. Nam absurdum potius esset huiusmodi còditiones quæ heredi turpes aut difficiles futuræ sunt ab initio non remitti. Sic enim fieret ut vel fideicommissum intercederet, vel conditionem alterius causa suòque dano implere heres cogeretur. Neq. dici potest quod illi aiunt implendà esse per fideicommissariu còditionem. Nullo siquidem casu permittitur fideicommissario implere conditionem quæ ipsius heredis personæ adscripta est. Ad eò ut quamvis in dando consistat si fortè heres ita scriptus sit, si Titio decem dederit, non tamen liceat fideicommissario implere còditionem, sed eum necesse sit heredi offerre primu, ut ille postea Titio dando conditioni & testatoris voluntati satisfaciatur. d. s. si danda. Illud enim perpetuò verum est implendas esse conditiones eo ipso modo quo testator iussit, & ut nostri interpretes loquuntur, in forma specifica: nec heredis & fideicommissarij personæ sic confundi possunt, ut quod ab herede vel heredi dandum est, id à fideicommissario vel ipso detur. l. qui heredi. 44. in princip. & s. i. D. de cond. & demonstr. Multò igitur minus permittetur fideicommissario implendæ conditionis causa id facere, quod testator ab ipso herede fieri voluit. Quæ enim faciendi sunt conditiones eæ magis personarum eius, cui adscriptæ sunt afficiunt, quam quæ in dando consistunt, arg. l. quod dicitur. 130. D. de verborum oblig. Verum supradictæ emendationi quam refellimus causam illud dedisse videtur, quod à Marciano scriptum legimus in d. l. si cui. s. ultim. Recusante autem herede factum implere, licentia dabitur fideicommissario secundum imitationem dationis factum implere, & tunc necessitas imponitur adire hereditatem. Ego verò non dubito, quin ea omnia Triboniani sint, potius quam Iurisconsulti. Nam & verba ipsa parum elegantia Triboniani manum produnt satis, & nullo alio iuris loco scriptum reperias conditionem quæ heredi adscripta sit, per fideicommissarium impleri posse, siue in dando, siue in faciendo consistat. Veru contra sapius traditum est, per heredem imple-

dam esse præsertim in d. s. si danda. ubi hac de re Caius eleganter & accuratè tractat, & proinde in eadem & falsa sit ratio illa Triboniani, Secundum imitationem dationis. Sed & in ipso s. vlt. d. l. si cui. an non pertissimè Marcianus scribit, Si facti conditio sit debere heredem parère, & adire & restituere? Pleruq. verò parère debere quid aliud est quam ab illo ipso implendam esse conditionem? Quod si ita est, cur eam recusantem audiet Prator quem inuitum ut pareat iurisdictione sua possit compellere? Aut si qua recusandi iusta causa est propter conditionis fortasse turpitudinem, An non absurdum & iniquu sit cogi fideicommissarium à Pratore ut rem tunc faciat? Ita sanè est: & eo saltem casu nemo negauerit, Pratorem ab initio remittere conditionem debere d. s. sub conditione. ubi tamen cum eandem turpis & difficilis conditionis rationem Caius constituat, eo ipso probat manifestè, difficilem conditionem à fideicommissario impleri non posse: quæ si posset, utique heredi non remitteretur. Comparatur hac parte difficilis conditio ei quæ turpis quòd vtraque per Pratorem remittitur: & vel eam maximè intelligimus malè interpretes nostrorum, eam conditionem ab impossibili non distinguere, cuius tamen longè dispar, diuersaque ratio est. Impossibilis enim pro nõ scripta habetur, idèd que nec remitti potest. Turpis verò non pro non scripta habetur, sed pro non implenda: atque idcirco remitti eam à Pratore necesse est. l. conditionis. 9. l. conditionis. 14. D. de condit. instit. Sed & distinguendæ & separandæ sunt eæ conditiones quæ ipso Pratoris edicto remittuntur, cuiusmodi est conditio iurisdictionis. l. qua sub conditione. 8. D. eodem. ab alijs quarum nulla mentio edicto facta est. Non enim omnes turpe conditiones edicto Pratoris remittuntur, sed quæ edicto non remittuntur, eæ decreto remittendæ sunt. Idque est quod Caius disputat in d. s. si danda. ubi Quod si conditio adscripta ea est quam Prator remitti sufficere edictum Iulianus ait. Loquitur enim de conditionibus, quæ ipso edicto remittuntur, & ante edictum Pratoris, hoc est non esse necessarium decretum Pratoris fideicommissarij, quod prius necessarium esse dixerat si difficilis còditio heredi adscripta sit, aut si turpis quæ edicto non remittatur. His igitur omnibus casibus quoniam conditio non à iure ciuili, sed Pratoris tantum vel edicto vel decreto remittitur, adiri iure ciuili hereditas non potest, & hastenus duntaxat iubendus & cogendus est heres, ut constituat Pratoris actionibus uti, aut perdat bonorum possessionem secundum tabulas uti nactus actiones, tum restituta hereditate transferat eas ex Senatufconsulto. Et valde probo, quòd còmuni interpretum nostrorum voce iactatur, eam hodie post tot Iustiriani Constitutiones quibus correctæ aut potius sublata sunt vetera fere omnia iura, quæ extabant de bonorum possessionibus, necessariam esse hoc casu bonorum possessionem secundum tabulas. Idèdque iuris esse Caius subiiciat si heredi adscripta conditio sit ferendi nominis siue honestum illud sit, siue turpe. Est enim in hoc conditiones honesti, & turpis nominis ferendi hoc interest, quòd hanc statim ab initio Prator remittit, illam verò non aliter quam si heres nomen ferere recuset, propterea quòd nihil mali est honesti hominis nomen adsumere, neque idèd vel pauperior vel ignobilior sit qui adsumit. Recusante tamen herede nomen sumere nulla iure ciuili adimplendæ hereditatis ratio superest, sed necessariò recurrendum

rendum est ad remedium & beneficium bonorum possessionis secundum tabulas. Multum ergo interest an honesti nominis ferendi, an rei difficilis conditio adscripta sit. Nam cum difficultatem & impendium aliquod habet conditio, non interrogat heredem Prator an còditionem implere velit, necne: sed quoniam iniquum esse videt impleri eam alterius gratia statim ab initio remittit. At quia neque iniquum neque malum est honesti hominis nomen adsumere, conditionem hanc non statim ab initio remittit, sed prius heredem interrogat vtrum conditionem explere velit, & si recuset tunc demum Prator eum remittit. Rectè igitur & non sine causa Caius in præcedentibus scripsit remitti eam ab initio visum est, ut intelligamus non eandem omnium conditionum remittendam rationem esse: & alias edicto Pratoris remitti alias decreto & ab initio, alias decreto & ex post facto, post heredis scilicet recusationem. Non possum mihi temperare quin subscribam eandem me Triboniani manum & orationem agnoscere in d. l. facta. s. si heres ante. ab illis verbis & hoc est sciendum utique ad finem s. neque id obseruare difficile est si ea verba conferas cum præcedentibus & sequentibus. quæ longè sunt elegantiora, & ornatiore contextu scripta.

CAPVT XII.

Ad l. 4. §. i. D. de statulib.

SVM MARIA.

- 1 Cur impossibilis conditio contractum vitiet, in vltimis vero voluntatibus pro non scripta habeatur?
- 2 De difficili vel pene impossibili conditione libertati adiecta.
- 3 De libertate post mille annos seruo relicta, & an non impossibilis sit illa temporis adiectio?
- 4 Mutuum interesse an ita libertas data sit, Stichus post mille annos liber esto, an hoc modo, Stichus si digito cælum tetigerit, liber esto.
- 5 Obiectio contra hanc distinctionem.
- 6 Intra quod tempus libertatem consequatur is quem post annos liberum esse iussit testator nullo annorum numero adiecto?

Cum inter vltimas volutates & contractus differentia multa sunt, tum illa maximè quòd in contractibus impossibilis conditio actum vitiat, l. non solum. 31. D. de obligat. & actum. In vltimis vero voluntatibus reiiicitur, nec heredem impedit institutiones, aut legata, aut fideicommissa, aut libertates l. i. de cond. inst. l. 3. D. de cond. & demonstrat. s. impossibilis. Instit. de hered. inst. Cuius dissimilitudinis ratio nõ obscura illa est, quòd in contractibus obligatio nasci non potest, nisi ex vtriusque contrahentium consensu & in ea re, quæ ex duorum plariumve consensu agitur, omnium voluntas spectanda est. Porro contrahentium talis cogitatio esse videtur, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam impossibilem esse sciunt, d. l. non solum. At in testamentis caterisque vltimis voluntatibus nihil nisi voluntatem testatoris intuemur, quem certè verisimile non est frustra & inutiliter testari voluisse, ut proinde longè vtilius & humanius sit impossibilem conditionem reici, quam suprema defuncti hominis iudicia, quæ amplius reformari non possunt intercidere: quæ ex contrario exitum habere, non testatorum tantum causa, sed publicè quoque expedit, l. vel negare. 6. D. testament. quemad. aper. Præsertim cum

nemini id fraudi esse possit, quando ex alterius testamento nemo nisi volens & sponte obligatur. Quæ cum ita sint, non abs re quis miretur, quod Paulus scribit in l. cum heres. 4. §. i. D. de statuliber. non esse statuliberum eum cui libertas in tam longum tempus data est, ut eo tempore viuere non possit: aut si tam difficilem, imò penè impossibilem conditionem testator adiecerit, ut aliunde libertas obtingere non possit, veluti, inquit, si heredi millies dederit, aut si testator seruum cum moregeur liberum esse iussisset. Difficilius verò est quòd ille rationis loco ex Iuliani sententia subiicit, quia hic casibus nec animus sit danda libertatis. Cur non enim eadem ratione quis contendat, quoties impossibilem conditionem testamento adiecta sit testatori animum non esse vel heredis instituendi, vel legata aut libertates relinquendi: Sed tamen aperte Paulus docet non idèd de difficili quòd de impossibili conditione dici posse, illis verbis, si tam difficilem, imò penè impossibilem conditionem adiecerit. Et verò quamvis difficillima, impossibilis tamen non est conditio illa, si heredi millies dederit. Respicit enim ad facultatem dandi, & recedit multum ab impedimento naturali, ut Venuleius loquitur, in leg. continuus. 137. §. illud. D. de verborum oblig. Impossibilis autem conditio ea demum habetur, cui natura ipsa impedimento est quò minus existat, s. impossibilis. Instit. de inutil. stipul. At si finge relictam seruo libertatem post mille annos, in quod utique tempus certum est per rerum naturam viuere eum non posse, an non impossibilis rei adiectio illa est, Post mille annos: & cum impossibilis sit, cur non æquè reiiicitur, atque si seruo libertas data esset sub illa conditione, si digito cælum tangeret? Nec enim per rerum naturam magis possibile est ad millesimum vsque annum viuere, quam digito cælum tangere. Neque Accursij distinctio placere potest existimantis conditiones, quæ per rerum naturam impossibiles sunt ab eis quæ de facto, ut ille loquitur, impleri non possunt separandas esse, ut illæ reiciantur, hæ non reiciantur. Nam generaliter traditum est, impossibiles conditiones pro non scriptis haberi: & conditio illa, si ad millesimum annum peruenit, non tantum de facto, sed etiam per rerum & hominum naturam impossibilis est: quemadmodum ex contrario illa, si heredi millies dederit, neque natura, neque facto impossibilis, sed difficilis duntaxat est. Videamus igitur ne dici possit, non videri sub impossibili conditione datam libertatem ei cui in tam longum tempus collata est, ut eo tempore viuere non possit, his verbis, Stichus post mille annos liber esto: multumque interesse an ita libertas data sit, an hoc modo, Stichus si digito cælum tetigerit, liber esto: Hac enim formula datur libertas sub conditione impossibili, illa verò datur in diem certum, quia tamen viuentis Sticho venire non possit. Si libertas sub conditione impossibili data sit, dico valere dationem, & statuliberum quidem non esse eum cui sic data libertas est, sed statim liberum acti purè data esset, reiecta scilicet conditione, quæ impossibilis est. At si post mille annos libertas data sit, conditio nulla est, sed certus dies: ac quamvis fieri nequeat ut si post mille annos liber sit is, qui in id vsque tempus viuere non possit: testatoris tamen voluntas non patitur, ut libertatem quæ post mille annos data est, purè datam esse dicamus: cum omnino contraria hæc sint, dari libertatem purè, & dari in diem. Quòd si quis obiciat, purè dationi libertatis non minus contrariam

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

CAPVT XIII.

Emendatio l. 2. D. qui potior. in pign. hab.

SVM MARIA.

- 1 Conciliatio l. 2. ff. qui pot. in pign. cum l. 2. ff. de pign. ab *Accursio* allata retinetur.
- 2 *Accursij* interpretatio ad versic. quòd si ea conuentio d. l. 2. ff. qui pot. in pign.
- 3 *Cuius* ad eundem versiculum emendatio.
- 4 Aliter emendandum esse dictum versiculum, & pro cætera legendum esse certa.
- 5 De generali & speciali bonorum obligatione obseruatio.

Quod † Papinianus respondit in *l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* eum qui generaliter bona debitoris pignori accepit, potiorē esse illo cui postea prædium aliquod ex iis bonis obligatum est, quamuis ex cæteris pecuniam suam redigere possit, pugnare omnino videtur cum rescripto Imperatorum Seueri & Antonini in *l. 2. C. de pignor.* quò còtinetur vt priori creditori qui in omnibus debitoris bonis æquale ius habet, denegetur tamen pignoris persecutio in

iis quæ secundo creditori specialiter obligata sunt, si cætera debito exoluendo sufficiant. Nec dici potest quod *Accursius* primùm tentat Papinianum de stricto Iure, Imperatores verò de æquitate respondisse. Quamquam enim æquitatis potius quàm stricti iuris rationem Imperatores habuisse vel ex eo maximè constat quod lex ait creditorem qui prior generalem hypothecam accepit æquale ius in omnibus bonis habere, sed iurisdictionem temperandam esse: mihi tamen probabile fieri non potest, Papinianum de stricto iure aduersus æquitatē respondisse: cuius cætera responsa omnia rationis & æquitatis plenissima fidem faciunt præcipuam eum vilitatis & æquitatis causam habuisse: & strictum ius si quando ab æquitate dissideret temper neglexisse. Quare nec *Accursius* conciliationem hanc probat, sed subiicit quod verius est, Papiniani sententiam ad eum creditorem referri, qui debitoris bona omnia generaliter pignori acceperat: specialiter verbò nulla. At Imperatores de eo creditore còsultos fuisse cui generaliter bona omnia, ac præterea specialiter quædam obligata esse proponebantur, quemadmodum aperte legis verba demonstrant. Hunc, qui specialiter quædam bona pignori accepit, videri quodammodo ac sub tacita conditione à generali obligatione recessisse, & conuenisse, vt non prius ea, quæ generaliter obligata essent pignoris iure vindicaret, quàm si specialiter obligata pecuniæ debitæ solutioni non sufficere appareret. Illud verò, cui generaliter duntaxat bona omnia pignori data sunt, nihil fecisse ex eo còiici possit ab eo iure, quod in bonis omnibus æquale habere cæperit, recedere eum voluisse, *l. si generaliter. 6. C. qui pot. in pign. hab.* Neque sanè aut verior aut elegantior earum legum conciliatio aut afferri aut requiri potest. † Sed difficilior est, quod apud Papinianum sequitur in illis verbis, Quòd si ea conuentio prioris fuit, vt ita demum cætera bona pignori habeantur si pecunia de his, quæ generaliter accepit seruari non potuisset, deficiente secunda conueniente, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus inuenietur. Hic verò *Accursius* casum mutari scribit, & incipere Papinianum loqui de eo creditore, qui ex generali conuentione pignoris bona quædam exceptit, quæ obligata noluerit nisi sub ea conditione si ex iis quæ generaliter obligata essent, pecunia seruari non posset. Quod quamquam verissimum videtur, Papiniani tamen verbis nullomodo conuenit, qui cætera bona paulò antè dixit ea quæ generaliter obligata sunt vt & in *l. 1. D. de distract. pign.* Et cum in præcedentibus non posuerit bona aliqua specialiter aut excepta aut obligata fuisse ei, qui generalem hypothecam acceperat, vix est vt cætera commodè interpretari possimus ea, quæ specialiter excepta sunt, nisi ante generalem hypothecam specialem aliquam constitutam esse comminiscamur. At rursus si *Accursij* interpretationem reiiciamus, fatendum erit ineptam esse conuentionem illam, vt ita demum generali hypothecæ locus esset, si pecunia de bonis generaliter obligatis seruari non posset. Quomodo enim seruari possit quia prius admittas generali hypothecæ locum esse? Quam ob causam placuit viro doctissimo Iacobo Cuiacio emendati debere Papin. contextum in illis verbis, si pecunia de his quæ generaliter accepit seruari non potuisset. & pro eo quod scriptum est, generaliter legendum esse specialiter, quomodo in quibusdam exemplaribus scriptum esse testatur. Quod si ita est, prioris creditoris conuentionem illam fuisse dicemus, vt ita demum generali

nerali hypothecæ locus esset si ex bonis specialiter obligatis pecunia seruari minimè posset. At iam supra diximus, obligatis generaliter bonis omnibus & specialiter quibusdam portionem esse secundum creditorem cui ex bonis generaliter obligatis pignus datum est. *d. l. 2. C. de pignor.* quasi tacitè facta ea còuentione inter debitorem & priorem creditorem, quam tamen expressè fieri Papinianus requirit. Diffidentem igitur omnino faciamus Papinianum ab Imperatoribus, nec conciliationis ratio vlla recta afferri potuerit nisi ad eam confugiamus, quam supra ex *Accursio* priore loco retulimus & refutauimus. † Quamobrem non puto dubitandum, quin aliter emendanda sint Papiniani verba & illo loco cætera bona, non cætera legendum, sed Certa. Hoc enim & probabilis est, & ad superiores omnes obiectiones diluendas accommodatius. Papiniani verò sententia & apertissima & verissima hæc erit, Obligatis generaliter bonis omnibus, si ex iis postea prædium aliquod secundo creditori in pignus datum sit, multum interest an prioris creditoris conuentione generalis pura fuerit, an verò conditionem hanc habuerit, vt ita demum certa bona pignori essent si pecunia de his quæ generaliter accepisset seruari non posset. Priore casu omnimodo potiorē esse causam creditoris in re postea obligata, licet ex cæteris bonis tantum redigi possit quantum ad eius quod debetur solutionem sit satis: posteriore non item. Secundum namque creditorem in pignore sibi dato non tam potiorē, quàm solum inueniri, deficiente secunda conuentione, hoc est si ex bonis generaliter obligatis debitum seruari posse appareat. Ponimus enim secundo creditori pignus datum esse ex iis bonis quæ non nisi sub conditione quæ defecit fuerat obligata. Et secundam conuentionem Papinianus intelligit conditionalem, ad differentiam eius quæ cætera omnia bona generaliter & purè obligata sunt. † Obseruandum autem est multum interesse an quis bona sua omnia generaliter obligauerit, & quædam specialiter. An verò ex generali bonorum obligatione pura quædam exceperit quæ obligari noluerit nisi sub ea conditione, si cætera non sufficerent. Priore casu si ex bonis specialiter obligatis secundo creditori pignus datum sit, & ex iis quæ generaliter obligata sunt prioris creditoris pecunia redigi possit, secundus creditor in suo pignore non solus sed potior inuenietur, posteriore verò, non potior sed solus, vt Papinianus ait: quod tamè nõ satis animaduersum videtur ab iis qui Imperatorum Diocletiani & Maximiani rescriptum Papiniani sententiæ omnino congruere scripserunt: cum neque congruat, neque repugnet, sed ad aliam facti speciem & questionem pertineat, si emendationem nostram non improbabilem ad tuendam *Accursij* interpretationem, quæ verissima est, amplectare.

CAPVT XIII.

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

SVM MARIA.

- 1 Proximus agnatus quis dicatur, quum de intestati successione agitur?
- 2 An post repudiationem successio adhuc sit inter agnatos?
- 3 Aliquando contingere vt repudiante scripto herede non ideo locus fiat successioni ab intestato.
- 4 An heredis heres ad aduendam hereditatem cogi possit?

- 5 An hereditate ex testamento non adita fideicommissum a scripto herede relicto legitimus heres præstare teneatur?
- 6 Tolluntur è d. §. vlt. verba illa, cum onere fideicommissi.
- 7 Fideicommissum intercedere, siue scriptus heres hereditatem repudiauert, siue ea neque adita neque repudiata decesserit.
- 8 Differentiam constituendam esse inter coheredem testamentarium, & heredem legitimum, quum de fideicommissi præstatione agitur.
- 9 Sententia l. non iustam. C. ad SC. Treb.
- 10 Sublatam esse veterem aditionis, & pro herede gestionis differentiam.
- 11 An d. l. non iustam. de aditione, an verò de gestione pro herede accipienda sit?

Scripterat † Vlpianus in §. proximum. l. 2. D. de suis & legit. hered. proximum agnatum cum re intestati successione agitur, nõ eum dici qui tunc fuit cum paterfamilias moreretur, sed eum qui tunc fuit cum intestatum decessisset certum est. Indèque fieri vt interdum etiam vltior agnatus admittatur. puta si quis fortè testamentum fecerit, cum patruum & patruum filium haberet, quo exemplo vtitur Vlpianus in §. precedenti. Nam si deliberante herede scripto patruus decesserit, mox heres scriptus hereditatē repudiauerit, patruus filius admittetur. Et generaliter si mortis tempore suus aut alius erat, qui præcedebat, nec tamen eorum quisquam viuit cum repudiatur hereditas, proximum eum accipiemus qui eo tempore quo hereditas repudiatur primus erit. † Tum subiicit Vlpianus in §. vlt. bellè quæri posse, an etiam post repudiationem adhuc demus inter agnatos successorem. Difficilior enim est vt post repudiationem quàm vt post mortem successio detur, quòd inter tempora mortis & aditæ hereditatis, aut repudiatæ ab herede scripto nullum ius quæsitum dici possit iis quos ad intestati hereditatem lex vocat, cum successioni ab intestato locus esse nequeat quandiu ex testamento acquiri hereditas potest. At statim atque hereditatem scriptus heres repudiat, lege duodecim tabularum ex causa intestati proximioribus ea defertur, nec videtur fieri posse vt non deferatur ei qui eo repudiationis tempore proximior reperitur. † Ac sanè plerumque ita se res habet. Sed tamè aliquando contingit vt repudiante scripto herede non idèd locus fiat successioni ab intestato. Finge rogatum esse heredem scriptum vt Titio hereditatem restitueret. Certum est repudiantem eum cogi posse per Prætorem vt hereditatē adeat deinde restituat: idque tam autoritate Senatusconsulti Pegasiani, quàm rescripti quod à Diuo Pio post Senatusconsultum factum est: cuius & mentio fit in *l. nam quod. 14. §. 1. D. ad S. C. Treb.* † Cum verò is quoque qui innitus & compulsus hereditatem adit, heres nihilominus ex testamento fiat, vt restitui etiam ex testamento hereditas possit. Apparet non posse hoc casu per solam heredis repudiationem testamentum irritum fieri, nisi fideicommissarius quoque fideicommissum repudiet: ac proinde quandiu cogi heres potest, vt hereditatem adeat, tandiu quærendum non esse quis agnatus proximior sit, sed eo demum tempore quo acquirendæ ex testamento hereditatis nulla spes supererit. Pone igitur heredem scriptum post repudiationem superuixisse centum diebus, & interrim proximum decessisse, mox & eum qui restituere rogatus erat. Dicendum est, inquit Vlpianus, postea

riore admitte, id est eum qui eo tempore quo heres scriptus mortem obiit proximus fuit, licet repudiationis tempore ab alio antea uerteretur. Nempe, quia non nisi moriente herede certum esse cepit successioni intestati locum factum esse, cum is quandiu uixit, cogi potuerit adire ex testamento hereditatem. Sanè quin eius morte præcisa & sublata sit spes omnis testamentariæ successione sani iudicij nemo, ut opinor, negauerit. Quemadmodum enim veteris nouique iuris regula est hereditatem non aditam non transmitti. *l. vnic. §. in nouissimo. Cod. de caduc. tollend.* ita verum est heredis heredem cogi non posse, ut hereditatem fideicommissariam adeat, præsertim quæ à defuncto repudiata est. *l. ille à quo. 13. §. quid ergo. D. ad S. C. Treb.* Fateor hereditatem à scripto herede aditam, necdum fideicommissario restitutam posse per heredis heredem restitui, adeoque cogi eum debere ut restituat. *l. quamuis. 40. §. persona. l. si eius. 64. §. si quis rogatus. D. eod.* Sed aditionis & restitutionis iura distincta sunt propterea quòd heredis heres hereditatem, quæ sibi delata non est adire non potest. At eam hereditatem quæ sibi ex causa successione & ex persona defuncti acquisita est cum onere fideicommissi, restituere omnino debet, ne meliore conditione sit quam defunctus qui ad restitutionem tenebatur ex Senatusconsulto Trebelliano. Coactio ad eundem fit ex Pegasiano, restitutio ex Trebelliano. Et ridiculus est *Accursius* cum peris que locis disputat an heredis heres ad adeundam hereditatem cogi possit. Nullus enim omnino iuris locus est quo moueri quis possit, ut putet Senatusconsultum Pegasianum, quod de cogendo herede factum est ad heredis heredem porrigi debere. Iustiniani namque constitutio in *l. ult. §. cum autem. C. ad Trebell.* qua in eam rem *Accursius* utitur, non de aditione, sed de restitutione hereditatis loquitur, & præterea singulare ius inducit sola Iustiniani voluntate contra omnem iuris veteris rationem constitutum. Sed neque dici potest quod à viro doctissimo scriptum aliquando legere puduit, repudiante herede scripto in fraudem fideicommissarij, & gratiam legitimi heredis, nihilominus fideicommissum ab herede legitimo præstandum esse quod ab instituto disertis uerbis relictum fuerat. Iuris enim certissima regula est fideicommissum ab herede scripto datum hereditate ex testamento non adita sic interciderit ut à succedentibus ab intestato peti non possit, nisi vel ab iis nominatim repetitum sit, vel simpliciter, hoc est nulla heredis mentione facta relictum. *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. 1. C. de fideic. lib.* Et verò si ita ius esset ut hereditate ex testamento non adita legitimus heres fideicommissum præstare teneretur, quid causæ esset cur ex Pegasiano hereditatem adire scriptus heres cogeretur? Aut quo iure cogi possit is qui ab intestato, & præter voluntatē testatoris succedit, ut quicquam præstet ex testamento quod irritum factum est? Denique an non absurdum est repudiationem scripti heredis efficere ut fideicommissarij melior conditio sit quam si scriptus heres nec adita nec repudiata hereditate decessisset? Aut si repudiatione heredis fideicommissarij ius augeri & legitimi heredis minui contra iuris rationem admittere volumus, quid illud est quod Vlpianus ait in *di. §. vltim. l. 2. de suis & legit. hered.* cogi nihilominus heredem posse ut ex testamento hereditatem adeat tum restituat ex edicto Diui Pij? An non heredi scripto iniuria fieret si repudiata hereditatem adire cogeretur, cum fideicommissarij nihil interesset, & à legitimo quo-

que herede fideicommissum præstandum esset? Sed neque Vlpianus ponit repudiatam esse hereditatem ab herede instituto in fraudem fideicommissarij & gratiam legitimi heredis. neque verò de eo legitimo herede intelligi potest, qui cum scripto herede fraudem participauerit. Ponit enim decessisse eum cui repudiationis tempore deferti potuit hereditas, & ad intestati successionem vocari ait eum, qui repudiationis tempore proximus non erat. His itaque rationibus moueor, ut dicam quod ante me nemo dixit, verum esse non posse quod in *d. §. vltim.* ex Vlpiano proponitur posteriorem agnatum teneri ad restitutionem fideicommissi, neque dubito quin postrema illa legis uerba cum onere fideicommissi quæ uirum doctissimum fefellerunt delenda sint, & imperitissimo alicui interpreti potius quam Vlpiano tribuenda. Nihil enim aliud agebat Vlpianus quam ut probaret posteriorem agnatum admitti: neque eratur de fideicommissi quicquam subiceret, de quo nec dubitare quisquam poterat, præsertim eum idē Vlpianus in præcedentibus scripserat heredem scriptum qui hereditatem repudiauerat cogi potuisse ut eam adiret & restitueret ex rescripto Diui Pij: quod sanè rationem nullam haberet si eo repudiante hereditas ad legitimum heredem non nisi cum fideicommissi onere proueniret. Quare nec *Accursius* in eius loci interpretatione leges vllas habet quas pro tuenda Vlpiani sententia congerat, sed Mæciani tantum autoritate nititur qui in *d. l. si cum. 64. §. si quis rogatus. D. ad S. C. Trebell.* scribit. Si quis rogatus hereditatem restituere decesserit priusquam restituat, heredem eius restituere posse, & ex Trebelliano transcuras actiones. Verum iam supra monuimus ita demum id verè dici si hereditatem scriptus heres adierit. Prius enim quam si hereditas adita sit de restitutione quæri nunquam potest. Nihil ergo interest an scriptus heres hereditatem repudiauerit, an ea neque adita neque repudiata decesserit: & utroque casu fatendum est fideicommissum interciderit, & successionem ab intestato sine onere fideicommissi locum esse. Alioqui dicendum esset frustra legatorum & fideicommissorum seruandorum causa propositum à Prætoribus Edictum, Si quis omnia causa testamenti hereditatem ab intestato possideat: cui scilicet locus aliter esse non potest, quam si hereditas ex testamento repudietur, tum ab intestato possideatur. *l. 1. §. prætermittere est. D. si quis omnis. caus. test.* & quamuis non sim nescius aliis etiam modis quam repudiatione omitti hereditatem posse, ea tamen ommissio non nisi tacite repudiationis iure plerumque centeri potest. Quòd si fideicommissum iure ciuili interciderit, cum heres scriptus hereditatem repudiat in fraudem fideicommissarij, quamuis idem ipse ab intestato possideat hereditatem, ob eamque causam vel ad Prætoris edictum, vel ad Senatusconsultum Pegasiani remediū necessariò recurrendum est. Quamò magis admittendum sit, fideicommissum omnino interciderit: si hereditatem scriptus heres repudiet, eaque ad proximorem agnatum deuoluatur, quia neque Prætoris edicto, neque Senatusconsulti autoritate teneatur? Neque verò recta comparatio esse potest legitimi heredis & eius, qui ex testamento coheres est. Huic namque coheredis repudiantis aut aliter omittentis portio cum fideicommissi onere perpetuo accrescit post constitutionē Seueri, qua factum est, ut ab instituto relicta fideicommissa à substituto repetita intelligantur. *l. licet. 74. de leg. 1.* Coheres enim coheredi ex tacita testatoris voluntate substituitur.

stitutus videtur. *l. si Titio. §. 1. de legat. 2.* ac proinde quasi substitutus fideicommissum quod ab eo relictum fuerat, qui heres non est, in omnem causam fideicommissi præstando obstringitur. Huius verò dissimilitudinis inter coheredem testamentarium, & legitimum heredem ratio aperta illa est, quod non aliter legitimus heres admittitur, quam si testamentum repudiata aut alio modo ommissa ex testamento hereditate irritum factum sit, ac proinde fideicommissum interciderit. Coheres verò testamento datus si portionem suam adeat testamentum sustinet, atque ex esse heres sit, si alius coheres ex parte heres esse vel nolit, vel non possit: quod cum euenit ratio facit, ne plus iuris habeat in ea portione quæ accrescit, quam habuisset is qui ex ea portione fuerat institutus. Ergo si ab eo qui heres non fuit fideicommissum relictum proponatur, fideicommissum à coherede præstabitur: & consequenter si is qui heres esse noluit, cum hereditariam portionem restituere rogatus esset postulante fideicommissario per Prætoris adire coactus & iussus sit, tum priusquam adire decesserit, fiet ut quemadmodum ex eius persona coheres præstare & restituere fideicommissum tenetur, ita quartam Pegasianam detrahere nequeat. quam is qui adire iussus erat, detrahere non potuisset. Idemque meo iudicio, iuris erit, si post repudiationem, licet ante iussu Prætoris decesserit is, à quo fideicommissum testator reliquit. Non enim Prætoris iussus, sed sola heredis repudiatio facit ne ex restituenda hereditate falcidiæ commodum sentire heres debeat, quando certum sit nec volentem eum posse hereditatem postea adire quam repudiauerit nisi à Prætoris ita facere iubeatur. Sed multum intererit an coheres portionem restituere rogatus iubente & cogente Prætoris hereditatem adierit, ac postea priusquam restitueret mortuus sit: an verò post iussu Prætoris nondum tamen adita hereditate decesserit. Hoc enim casu iuri accrescendi locus est & fideicommissum à coherede omnimodo præstari debet. Priore verò specie fieri non potest, ut fideicommissum coheres debeat, cui adita coheredis portio accrescere non potuit, sed heredis heres iubendus erit, ut eam portionem quam fideicommissario postulante defunctus adire iussus fuerat & adierat ille ex Senatusconsulto restituat. Quæ sententia est *l. non iustam. 4. C. ad S. C. Trebell.* in qua proponitur coheredem repudiantem adire iussu decessisse priusquam adiret aut pro herede gereret. Et ob eam causam responderet repudiata portionem coheredi accrescere, ita tamen ut fideicommissum nulla deducta falcidia præstare teneatur. Errant verò miserè, quia in ea lege separant aditionem à gestione pro herede. Quasi ad scrupulosam illam, quæ præcis temporibus obtinebat aditionis & gestione pro herede differentiam, potius quam ad rei effectum Imperatores respexerint. Aut quasi ad acquirendam hereditatem, & impediendum ius accrescendi sola aditio non sufficiat nisi pro herede gestio etiam subsequatur: quo absurdus nihil sanè dici potest. Tam enim per aditionem quam per gestionem acquiri hereditatem certum est, & siue hoc siue illo modo acquisita sit iuri accrescendi locum non esse. *l. vnic. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* sicut ne vulgari substitutioni. *l. post aditam. C. de impub. & alijs substituit.* Rectè igitur *Accursius* in *d. l. non iustam.* coactionem iussu esse interpretatur. Cogitur enim adire qui à Prætoris iubetur, neque tamen idè adit & acquirit hereditatem, nisi Prætori pareat & pro herede gerat.

Dixi Pro herede gerat. quoniam si aditionem eam intelligas, quæ olim certis & solemnibus cretionum uerbis fiebat, nulla ratio est cur Prætor heredem iubeat adire, & ea solemnia uerba proferre, quibus uix aliter locus erat, quam cum iure ciuili hereditas acquirebatur, & ita demum si testator sic heredem instituisset, ut hereditatem intra centum puta dies adiret cerneretque, sicuti Vlp. scribit in tit. *Qui heredi instit. poss.* Quid verò Prætoris interest an ea cretionum uerba heres proferat, an rem aliquam hereditariam attingat? Id siquidem duntaxat Prætor curat, ut hereditatem heres acquirat, quod cum per gestionem pro herede facilius minorèquè incommodum quam per aditionem fieri possit, credendum est Prætoris iubei solitum, ut heres pro herede gereret potius quam ut per cretionem adiret. *arg. l. servus inuito. 65. §. si pupillo. D. ad S. C. Treb.* Ut vel ex eo maxime appareat Imperatores in *d. l. non iustam.* veteris illius inter aditionem & pro herede gestionem differentie rationem nullam habere voluisse. neque dubitandum esse, quin ita demum repudiata coheredis portio coheredi cum onere fideicommissi adcrecat, si is qui post repudiationem hereditatem acquirere iussus est, ante acquisitionem quoquomodo factam decesserit. At si neque adita hereditate neque adire iussus decesserit, siue portionem suam repudiauerit, siue voluntatem suam minimè declarauerit, fideicommissum sanè non interciderit, sed à coherede ac si coheredi substitutus esset præstabitur, cum ea tamen distinctione, ut si fideicommissaria portio repudiata fuerit falcidia ex fideicommissi retineri non possit. Sin repudiata non fuit, eam portionem quæ adcreuit, coheres deducta quarta restituat.

CAPVT XV.

Ad l. Micinius. 61. D. de rei vindic.

§ VMMARIA.

- 1 De media inter Proculum & Cassium sententia in illa questione, ad quem dominium pertineat, quum quis ex aliena materia speciem aliquam, non nomine fecerit?
- 2 Iuliani à Paulo dissensio in questione de dominio nauis ex alienis tabulis compactæ.
- 3 Iuliani & Micini distinctio inter nauem, & quamlibet aliam speciem que ex aliena materia facta est.
- 4 Proposita differentia ratio redditur.
- 5 De usufructu nauis que per partes refecta, aut omnino dissoluta est, & an usufructus extinguatur?
- 6 Cur domus si ad aream usque diruta sit, licet ex eadem materia postea restituatur, eius tamen usufructus extinguatur?
- 7 Non eadem ratione aream partem aut principium domus dici, qua tabula pars, aut principium nauis dicitur.
- 8 De naue ex alienis tabulis refecta, & ad quem eius dominium pertineat?

Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, si de rei dominio disputetur, utrum ad eum pertineat qui materiæ dominus sit, an ad eum qui speciem fecerit, dissentientes fuisse legitimos Proculianorum & Cassianorum opiniones. Proculo namque placebat dominum esse eum, qui fecerit quòd ea species prius quàm facta esset neque in rerum natura, neque in bonis vllius esset. Cassius contra, naturali rationi conuenientius esse putabat ut qui ma-

teriar dominus extitisset, idem eius quoque dominus esset quod ex ea materia factum fuisset, quoniam sine materia species effici non potuisset. *l. adeo. 7. §. cum quis ex aliena. D. de acquirend. rer. domin.* Vtraque igitur opinio sicut magnos assertores habuit, ita ratione pereleganti, & probabili inducta, & confirmata fuit. Ob eamque causam, qui Proculus & Cassius secuti sunt Iurisconsulti, neutrius opinionem omnino explosam voluerunt, sed distinctione potius vtramque sic conciliari posse crediderunt, ut dicerent si materia ex qua species facta est talis sit, quæ in sua initia redigi possit, Cassij sententiam prævalere, & materiæ magis quam speciei & formæ rationem habendam esse. At si ex contrario materia per speciem ad eam immutata sit, ut à specie & forma quam accepit ad pristinam suam substantiam & qualitatem reverti nequeat, Proculi opinionem obtinere, & materiæ quasi in rerum natura esse deserit dominium ad eum omnino spectare qui speciem fecerit. Et hæc media Erciscundorum sententia, quam supra dicto loco Caius referat sicut æquior & verior est, ita magis communiter à iuris authoribus probata fuisse videtur si Paulo qui Cassianus fuit credimus in *l. in omnibus. 24. D. eo. & Justiniano in §. cum ex aliena. Instit. de rer. divis.* Quod ergo si ex meis tabulis navem feceris? Tuam navem esse Paulus respondit *l. sed si 26. de acquir. rer. domin.* non alia ratione quam quod facta navis cupressus non manserit, sed cupressum corpus factum sit: quemadmodum inquit, si ex mea lana vestimentum à te confectum esset, tuum non meum esse deberet: quoniam lana non maneret, sed laneum corpus efficeretur. Sed Iulianus in *l. Micinius. 61. D. de rei vindicat.* Micinium interrogatum contra respondisse refert. Navium quam tu ex meis tabulis ædificaveris tuam non esse, sed meam: eiusque sententiæ rationem illam subiicit, quod totius navis proprietates carinæ causam sequatur. Dissentit ergo Iulianus à Paulo non in questione illa Sabinianorum, & Proculianorum, quæ Erciscundorum distinctione sublata est, sed in speciali hac contentione, De dominio navis ex alienis tabulis compactæ. Aliam enim Iulianus & Micinius navis rationem esse voluerunt: aliam cuiuslibet alterius speciei quæ ex aliena materia facta sit. Fatentur regulare ac ferè perpetuum illud esse, ut qui ex aliena materia speciem fecit, rei dominus sit si materia in sua initia redigi non possit. Fatentur cupressum ex qua navis tabulæ confectæ sunt non manere, & ad pristinam speciem reverti non posse. Sed in eo dissimilem navis, & cæterarum rerum rationem constituunt, quod totius navis proprietates carinæ causam sequi debeat: in cæteris verò rebus nihil sit, præter materiam & formam ex quo rei dominium & proprietates æstimari possit. Paulus contra, pinguis meo iudicio, minusque subtiliter in *d. l. sed si*, sic disputat ut differentiam illam quæ à Iuliano inter navim, cæterarumque res constituitur, non tam reprehendere, quam prætermittere videatur: quæ tamen si attentius intuerare & perelegans est, & vera. Neque enim aut Erciscundi aut Proculiani ipsi materiæ dominium aliter amitti existimarent, quam si ex ea materia speciem aliquam non dominus fecisset. Ea enim ratio sola est qua Proculus movebatur quod species quæ ex aliena materia facta est, in nullius bonis antea esset. Nondum igitur confecta specie, ne Proculus quidem negabat materiæ dominium manere eum, qui antea fuisset. Atqui cum ex meis tabulis carinam navis extruxisti, nondum tamen navis facta est. Neque

enim navis carina, navis est, sed pars navis, quemadmodum area pars ædificij. Carinam igitur ex meis tabulis factam fateri te necesse est meam esse: cum materia tota mea sit, forma autem nulladum accesserit, ne carinæ quidem priusquam totam navim construxeris. Hoc verò si ita est, illud quoque fateri te oportet quicquid super ædificatur meum esse debere, quoniam carina veluti navis area & solum esse, cui ratione tum naturali, tum civili superficies cedit quia neq. ædificium sine area, neque navis sine carina subsistere posset. Quemadmodum ergo accedit ut si quis in alieno solo ædificaverit, ædificium non ad eum cuius impensa factum est sed ad soli, & area dominum pertineat: ita si tabularum corpus illud connexum ex quo navis carina facta est meum sit, totam quoque navim meam esse & carinæ causam sequi omnino necesse est. Eaque rectissima sanè est navis & domus comparatio, itemque area & carinæ: qua & plerisque aliis locis Iurisconsultos uti videas, ut in questione illa quam Vlpianus tractat in *l. quid tamen. 10. §. in navis. D. quib. mod. usus fructus amitt.* Si navis usus fructus ad aliquem pertineat, eaque per partes resecta, aut omnino dissoluta sit, an usus fructus extinguatur. Ait enim: Si per partes navis resecta sit usus fructus non interire, quoniam eadem navis existimanda sit licet adeo sepe resectam eam proponas ut nulla tabulæ eadem permaneret. *l. proponatur. 76. D. de iudic.* Sed si dissoluta sit quamvis postea restaurata iisdem omnino tabulis nulla præterea adiecta, extinctum tamen esse usus fructum, quod non ea ipsa cuius usus fructus alienus erat, sed alia navis esse existimetur. Tum subiicit Vlpianus, *nam etsi domus fuerit restituata usus fructus extinguatur.* Eadem omnino extinguendi usus fructus ratione scilicet rei mutatione, propterea quod domus diruta licet postea ex iisdem lapidibus & lignis restituta alia domus est: cum tamen si per partes sapius resecta sit, lapidibus & lignis omnibus usque ad unum immutatis, nihilominus eadem domus esse censeatur. Quamquam hac parte in eo fortasse dissimilis domus & navis ratio est, quod si navis dissoluta sit ea mente ut ex iisdem tabulis reficeretur, nondum intercidisse videtur, & compositis tabulis rursus eadè esse incipit. *l. inter stipulationem. 33. §. facta. D. de ver. obl. l. qui res. 98. §. aream. D. de solut.* At si domus ad aream usque deposita & dituta sit, licet ex eadem materia postea restitatur, alia erit. *dist. §. sacram. in fi.* Nec distinguemus an diruta sit ea mente ut ex eadem materia reficeretur. Quæ enim semel omnino diruta est refici non potest, cum ex ædificio, nihil super sit præter aream, quæ tamen nec pars dicenda est ædificij quod amplius nullum est: ut proinde si in eadem area rursus ædifices, aliam domum fieri non veterem refici dicendum sit. Nam ex lapidibus, & lignis sine area domum efficere non possis, neque igitur reficere. Cum autem navis dissoluta est, quæ tota ex tabulis constabat, tabulæ ipsæ super sunt ex quibus refici possit non secus ac si non omnes tabulæ refixæ essent. Et si ea mente refixas esse proponas ut rursus componerentur, solus ille reficiendi animus facit ut nondum intercidisse navis videatur, quia nondum inciderint omnia ex quibus navis constabat, id est tabulæ quarum vel minima principium reficiendæ navis esse possit. Dices neque aream diruto ædificio interdiceret, quæ tamen domus pars quoque est, *l. solum. 50. Dig. de ver. vindic. l. eum qui. 23. Dig. de usufruc.* Verum respondeo, non eadem ratione aream partem aut principium domus dici posse, quæ tabulam partem aut principium navis esse dicimus.

dicimus. Fit enim navis ex tabula & sicut ita fit ita reficitur. Ex area verò neque fit neque reficitur domus, sed cum aream partem aut principium domus esse dicimus, ad id respicimus quod sine area domus subsistere & ædificari non posset. Denique tabula fit ad usum navis, area non fit ad usum domus, sed eavtore qui domum ædificat, & eo demum tempore quo ædificatur est, aream partem ædificij appellamus. Et hanc domus & navis dissimilitudinem Paulus non obscure docet in *d. §. sacram.* cum navim quæ dissoluta est ea mente ut ex iisdem tabulis reficeretur comparat tignis ædium quæ deposita sunt ea mente ut reponerentur. Navim verò quæ eo animo resoluta est ut ad alium usum tabulæ destinaretur, licet mutato consilio reficiatur comparat ædibus quæ ad aream usque depositæ postea restitute sunt. Caterum ut ad institutum Micinij disputationem revertamur, quemadmodum si ex meis tabulis navim ædificaveris ratio facit ut navis mea sit, quia totius navis proprietates carinæ causam sequi debeat: Ita si navim quæ tua erat ex meis tabulis refeceris, eadem ratio evincit, ut navis tua maneat, quoniam carina tua remaneat, siue resecta ea non sit, siue per partes resecta sit, siue etiam omnino dissoluta, ea mente tamen ut ex iisdem tabulis reficeretur. At si omnino resoluta sit eo animo ut in alium usum tabulæ destinaretur, quamvis mutato consilio carina reficiatur, quia tamen alia est, mea efficietur, tū quæ navis ædificabatur carinæ causam sequetur, & mea erit, non tua. Atque ita Micinij & Iuliani sententiam explicandam esse existimo, quam nec Azo nec Accursius, nec alij interpretes perceperunt.

CAPVT XVI.

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

SVM MARIA.

- 1 Cur seruo quem pater filiis sine libertate tutorem dedit libertas data videatur?
- 2 An ea libertas directa dicenda sit, an fideicommissaria?
- 3 Casus quo is, qui testamento liber esse iussus est, fideicommissariam dum accipit libertatem consequatur.
- 4 Cur is qui seruo sine libertate tutelam dedit, directam libertatem dedisse videatur?
- 5 Difficultas nata ex l. etsi. 9. C. de fideicom. libert. ubi non directam sed fideicommissariam libertatem pater dedisse dicitur.
- 6 Tolluntur verba per fideicommissum è d. l. etsi.
- 7 Verba illa d. l. etsi potest igitur & huc fideicommissaria libertas defendi de seruo alieno, non de proprio accipienda esse.
- 8 Quibus libertatibus Senatusconsulto Damusiano aut Rubriano subuentum fuerit?

Pater si filiis suis testamento tutorem seruum proprium dedit, nec libertatem adscriptis. Placet, ac iam olim prudentibus placuit libertatem quoque datam videri, quod non aliter seruus tutor esse possit, quam si liber primum fiat. Nam ut rectè Seruius dicebat, nihil aliud tutela est, quam vis & potestas in capite libero iure civili data & permessa *l. 1. D. de tutel. Eorum verò omnium, quæ iuris civilis sunt usque adeo incapaces sunt serui ut pro nullis & mortuis habeantur. l. quod attinet. 32. D. de reg. iur. & quod magis est quadrupedibus comparentur. l. 2. §. ut igitur. D. ad leg. Aquil.* Eademque ratio facit ut etsi alieno

seruo tutela sine libertate data sit, nihilominus data libertas existimetur. *l. si hereditas. 10. §. ut. D. de testam. tutel. l. etsi non adscripta. 9. C. de fideicom. libert.* Quod ius libertatis non solum libertatis favore inductum est, sed etiam pupilli, cuius vel maxime interest tutorem habere: nec minus ea res ad publicam utilitatē pertinet ut libertates & pupillorum bona conferentur. Sed questio est & difficilis & elegans an tacita ea libertas directa dicenda sit, an fideicommissaria. Et si quidem alienus seruus tutor datus sit, non nisi fideicommissariæ libertati locum esse posse nemo ambigit: quoniam iuris ratio non patitur, ut testamento manumitti possint, nisi qui testamētū & mortis tempore testatoris serui fuerunt. Nam quemadmodum Vlpianus in titulis scribit, ut testamentum manumissi liberi fiant, lex duodecim tabularum facit ex ea parte qua confirmat quicquid testamento datum, & legatum est. Lex verò patrifamilias legandi potestatem facit de sua duntaxat pecunia non de aliena. *l. verbis legis. 120. de verb. sign.* At si seruum proprium tutorem dominus dederit, magis esse putò ut directa libertas competat perinde ac si seruus & liber, & tutor esse iussus esset. Favor namque libertatis sanè postulat, ut si directa libertas competere possit, fideicommissaria non debeat, ne patronus seruus manumissus habeat, quem Orcinum, hoc est nullius liberum esse patrifamilias voluit. Cur autem directo iure liber non sit, quem testator manumittere & voluit & potuit, non inficior aliquando accidere ut qui testamento liber esse iussus est fideicommissariam duntaxat libertatem consequatur. Sed id tum demum accidit cum directa competere non potest, fortè si quis seruo pignoratorem directam libertatem dederit, quo casu quia subtili iure directa libertas impeditur, cum fieri nequeat ut ipso iure liber sit qui pignoris iure & vinculo tenetur, ad fideicommissariam necessariò recurrendum est, quæ si tacite rogato herede ut pignus luat, deinde seruum manumittat. *l. generaliter. 24. §. si quis seruo. D. de fideicommiss. liber.* Quoties autem iuris ratio directam libertatem non impedit, nullo iuris loco ita constitutum reperias ut ex fideicommissio libertatem petere liceat ei quem testator ipse manumissit. Imò verò ius nostrum non patitur ut in serui electione sit, vtram petere malit, sed vel directam ipsa iure competere necesse est, vel fideicommissaria deberi. Directa libertas ipso iure competit, & quæ iam competit, deberi non potest. Fideicommissaria ex contrario non competit, sed debetur. *d. l. generaliter. §. ex testamento.* Directam dat testator, & lex duodecim tabularum confirmat. Fideicommissariam nec testator dat, nec lex confirmat, sed heres præstat. *l. si seruus. C. cod.* Denique fieri nullomodo potest ut qui ipso iure ex testamento liber est, quasi nondum liber sit libertatē sibi ex fideicommissio præstari possulet. Ergo si quis seruo suo sine libertate tutelam dederit, quia perinde est ac si libertatem quoque dedisset, quod sine libertate tutelæ datio non valeret, dicendum est sicut tutelam directis verbis testator dedit ita directam quoque libertatem dedisse eum videri non fideicommissariam: & quemadmodum eo casu seruus tutor necessarius efficitur, ita & necessariò liberum esse: ac proinde directo iure non per fideicommissum: quandoquidem is cui fideicommissaria duntaxat libertas debetur, non nisi volens & petens liber fieri possit. Quod etiam pertinet quod Vlp. scribit in *d. l. generaliter. §. si quis tutor em.* Aliud esse tutelam libertati patrocinari: Aliud verò libertatem ex fidei-

commisso deberi, ut intelligamus quoties tutela libertati patrocinetur, directæ libertati, non fideicommissariæ locū esse. Atque ita Iustinianus aperte scribit, itēque Theophilus in §. 1. *Inst. qui testam. tutor. dar. poss.* & Paulus in §. ult. *l. quæro. 32. D. de testam. tutel.* illis verbis *an possit libertatem sibi vindicare*, & aliis sequentibus *liberum quidem ab adita hereditate esse*. Directa enim libertas illa est, quæ vindicatur: fideicommissaria non vindicatur, sed petitur: & cum ab herede petenda sit, qui non nisi post aditam hereditatem heres est, fieri certè nequit ut ab adita hereditate liber sit, cui ex fideicommissio tantum libertas debetur. Nec est quod quis dicat in ea specie directam libertatem idè competere, quod Eros seruus cum liberi hominis prænomine Lucius Eros testamento dictus esset. Ea namque sola adiectio facere non potest, ut libertatem directam seruo dare testator voluerit, potius quam si Eros simpliciter dixisset, neque verò ex testamenti verbis, sed ex sola tutelæ datione libertatè quoque datam videri Paulus interpretatur. Ob eamque causam sic loquitur ut dicat libertatem directam datam videri, non quod verè data non sit, sed quod non nisi ex tacita testatoris voluntate, & iuris interpretatione data intelligatur. Ac sanè ita ius est ut si fideicommissi verba nulla sint directæ libertas competat, nisi stricta aliqua iuris ratio testatoris voluntati refragetur, indeque fiat ut ad fideicommissariam descendendum & recurrendum sit. *d. §. si quis seruo*. vbi quod dicitur ita constitutum esse favore libertatis contra communes iuris regulas, ostendunt satis regulam illam esse, ut in vnam eandemque personam vtriusque libertatis directæ scilicet & fideicommissariæ ius concurrere non possit. Quæ cum ita se habeant, non immeritò quis miretur quod contra scriptum est in *d. l. et si. 9. C. de fideicom. libert.* Et si non adscripta libertate tutorem quis seruum proprium testamento dederit, receptum tamen esse ut per fideicommissum manumissile videatur. Repugnant enim ij iuris loci quos supra citauimus. Repugnat iuris ratio quam attulimus. Repugnat denique ipsa legis verba si subtilius intueare. Neque enim testator ipse seruum manumissile videretur, si non nisi ex fideicommissio libertas deberetur, cum eo casu manumissio ab herede fieri debeat non à testatore. *d. l. si seruus. C. cod.* Vnde fit ut separati sint tituli De manumissis testamento, & De fideicommissariis libertatibus, quod iis qui testamento manumissi sunt non fideicommissaria libertas debeat, sed directæ competat. Sed & Iustinianus in *d. l. quidam. 5. §. cum iur. C. de necess. here. insti.* aperte scribit ius civile ita comparatum fuisse ut seruus qui tutor à domino scriptus esset directam quoque libertatem accepisse videretur. Sic enim eum locum accipiendum esse constat. & quod lex ait *iure nostro* non ius nouum & Iustinianum significat, ut à nonnullis interpretatur video, sed ius civile vetus quod ante Iustiniani tempora obtinebat, & cuius argumento Iustinianus vtitur, ut probet summa ratione niti quod ille ea constitutione inducit. Nimirum ut seruus qui heres esse iussus est, non adscripta libertate, nihilominus omnino ciuis Romanus existat, hoc est directam libertatem nanciscatur. Siquidem fideicommissariam ab aliquo petere eum necesse esset, quam porrò à seipso petere non posset. Quare sic mihi persuadeo in *d. l. et si*, tollenda ea verba per fideicommissum, addita fortassis ab imperito interprete in iuris nostri principiis parum aut malè versato. Què ex eo deceptum verisimile est quod posita lex sit sub

titulo De fideicommissariis libertatibus, & quod in secunda legis parte quæ est de alieno seruo tutore dato, scriptum sit eo casu *quæ fideicommissariam libertatem datam videri*. quasi in priore specie de fideicommissaria quoque non de directæ libertate respõsum fuitset. Verum facilis erit ad obiectionem responsio si quis dicat legis sententia illa esse, ut siue proprio, siue alieno seruo tutela data sit æquè libertas data videatur, sed tamè priore casu directæ, posteriore fideicommissaria. Sic enim Vlpianus in *d. l. si hereditas. 10. §. ult. de testam. tutel.* nihil inter se ait in proprio an alieno seruo tutela testator dederit: cum tamè certo certius sit hætenus interesse, quod si alienus seruus tutor datus sit, sub ea conditione datus intelligitur, *cum liber erit*, quæ in seruo proprio tutore dato, neque tacitè inesse creditur, nec nisi inutiliter & frustra expressè adici posset. *§. seruus autem alienus. Insti. qui testam. tutor. dar. poss.* † Et perperam locum illum accipit qui ea verba potest igitur & huic fideicommissaria libertas defendi, de seruo proprio interpretatur, cum non nisi de alieno Vlpianus tractet. Non enim argumentum ducit à seruo extraneo ad proprium, sed ex contrario à proprio ad extraneum, ut quemadmodum proprius ita alienus seruus tutore datus libertatem consequatur, quod verò casu eadem sit voluntas testatoris. Sed ex eo rectè inferre nequeas, eandem vtrique libertatem competere. Directam namque à fideicommissaria distinguit non voluntas duntaxat testatoris, sed etiam potestas. Seruo alieno nec volens directam libertatem dare testator potest. seruo autem proprio tutore dato nec si velit fideicommissariam: quia ut eleganter Theophilus ratiocinatur, neque pupillus manumittere seruum potest sine tutoris auctoritate, neque seruus aut ante acceptam libertatem tutor esse aut in rem suam pupillo auctoritatem præstare. † Nec possis dicere, quod quidam putant, sublatum hoc incommodum Senatusconsulto Damusiano quo cautum est de iis qui ex iusta causa absunt, ut nec libertas impediatur, nec libertas eripiat his qui fraude carerant, *l. neque. 36. §. 1. D. de fideic. libert.* Quamquæ enim pupillus qui tutorem non habet absentis loco esse, non aliis tamen libertatibus Senatusconsulto Damusiano, aut Rubriano subuentum fuit quàm quæ ex causa fideicommissi sic deberentur, ut vel intercederent vel impedirentur nisi Senatusconsulti auctoritas difficultati præstationis subueniret. *d. l. neque & l. cum vero. 26. §. subueniunt. D. co.* Sed ad directas libertates Senatusconsultum non pertinet, quæ cum ipsius legis duodecim tabularum potestate omnino confirmantur, Senatusconsulti auxilium implorare non possunt. Qui ergo fatentur, quod ex Iustiniani, Theophili & Pauli sententia verisimum est seruum proprium, tutorem testamento datum directam libertatem vindicare posse, eos fateri quoque necesse est nullum Senatusconsulto ad seruandam libertatem eo casu locum esse, ac proinde fideicommissariam libertatem impediri, directam verò ex testatoris voluntate & iuris ratione omnimodo competere.

CAPVT XVII.

Venditoris rem tradere nolentis, dolus quomodo æstimetur.

SUMMARI A.

1. An venditor qui rem tradenda potestatem habet ad tradendum cogi possit, an verò eius quod emptoris interest præ-

- est præstatione liberetur?
2. Retinetur Martini sententia existimantis venditorem ad tradendum cogi posse.
 3. Respondetur obiectioni contra Martini sententiam alata.
 4. Rationes due pro Martini sententia.
 5. Quid iuris, si venditor rem ipsam tradere nequeat?
 6. An quum dolo & procacia venditoris res vendita perijt, ita ut tradi nequeat, eo casu iusurandum in litem index deferre possit?
 7. Sententia & declaratio. l. si traditio. 4. Cod. de act. emt.
 8. Quæ ratione iusurandum in litem inductum sit?
 9. An perpetuo verum sit quod traditur, in bona fidei iudicijs in litem iurari?
 10. Casus quo in actione stricti iuris in litem iuratur.
 11. Emptori onus incumbere probandi quanti sua interest, quum res vendita dolo venditoris, priusquam traderetur, perijt.
 12. Quomodo venditoris dolus æstimetur, quum non modo moram contraxit, sed dolo fecit ne rem tradere cogi posset, ac postea res perijt?

Decisa † est ex Pauli sententiis vetus illa inter Martinum & Ioannem tot locis tractata questio, An venditor qui rei venditæ tradendæ potestatem habet ad tradendum cogi possit, an verò eius quod emptoris interest præstatione liberetur. Scribit enim ille cogendum esse venditorem ut tradat, nec indulgendum ei esse, ut si quicquid emptoris interest præstare malit, audiatur. Quæ fuit iam olim Martini opinio, à cæteris tamen interpretibus iuris serè omnibus improbata. Quibus fortassis ignoscendum esset, si nulla in libris nostris quos præ manibus habebant, in eam rem argumenta extarent. Pauli namque sententias eius seculi infelicitate, velut in tenebris sepultas nondum quisquam in lucem reuocauerat. Sed videamus ne & manifesta iuris ratione & aliis plarisque Digestorum locis Martini sententia comprobari possit. Atque ut cætera omittam, quæ ille iam olim non ineleganter disputauit. † Ea præcipue ratio mouere Ioannem debuit, quod venditor eo ipso quod vendere se dicit, hoc vnum præcipue promittere intelligatur, traditurum se vacuam rei venditæ possessionem. Quod verò non propter non traditam rem, aut propter rei traditæ euetionem præstat aliquando quicquid emptoris interest, id non tam sit vi & potestate obligationis, quàm æquitate iudicij quod bonæ fidei est, & eam tantum ob causam quod obligationi non satisfecerit siue rem non tradiderit, siue eam tradiderit cuius possessio iure auocata sit, quam perinde haberi lex ait ac si tradita non esset. *l. 3. l. ex empto. 1. D. de act. empt. l. si in venditione. 61. de euet.* Quod cum ita sit, dici non potest ex bona fide permittendum venditori ut nõ præstet quod præstare debeat eum possit. ne alioqui meliorem eius conditionem efficiamus, quàm si ex contractu stricto ad rem dandam teneretur. Melior enim conditio est eius qui electionem habet ex pluribus rebus vtram præstare malit, quàm eius qui certæ rei præstandæ omnino obstrictus est. Atqui nemodixerit eum qui fundum Tusulanum dari stipulanti sponderit eligere posse, ut si id quod stipulantis intererit præstare malit liberetur. Fundum namque ipsum dare debet & præstare ut eius dominium stipulantis omnimodo efficiatur. *l. ubi autem. 75. §. ult. D. de verb. oblig.* neque pro ea re quæ ex stipulatu debetur id quod interest vnquam petitur, aut

præstatur nisi cum faciendi obligatio est. *l. si quis alio. 13. §. ult. D. de re iudic. l. quoties. 81. de verb. oblig.* Non alia ratione quàm quod contractus stricti iuris præstationem illam eius quod interest quæ ex bona fide profiscitur, recipere non possit. Cur ergo venditori cõcedamus, ut mala fide rem retineat quam præstare debet potestque, præstet verò quicquid emptoris intererit, cum ad id quod interest non aliter sit obligatus quàm si id ex bona fide esse videatur? Sanè ex bona fide est, ut venditore rem tradere nolente cum possit, emptori liceat petere quicquid sua interest rem traditam esse: in quo non vera duntaxat rei venditæ æstimatio continebitur, sed & si quid præterea interfit. *l. 1. de act. emp.* Sed si rem ipsam habere emptor malit, eadem bona fides facit ut ei omnimodo præstari debeat, adeoque obligationis iure & potestate non secus ac si ex contractu stricto deberetur. † Quod si obicias tradendi obligationem qua venditor tenetur, facti esse: in huiusmodi verò faciendi obligationibus perpetuum sic obseruari ut si non fiat quod conuenit præstandum sit id quod interest, quemadmodum supra diximus. Respondebo factum quod in traditione versatur non esse ex eorum genere quæ ut quis faciat cogi non possit sine vi & impressione: quale illud est ut tu mihi tabulam pingas, aut pro me Romam eas: in quo demum faciendorum genere ne libero homini & ciui Romano vis fieret, constitui rationis fuit ut in locum obligationis faciendi, obligatio & præstatio succederet eius quod creditoris interesset. At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur ut tradentis factum aliquod interueniat, quàm ut in eum cui tradi res debet possessio transferatur, quod si factum eius ipsius qui ad tradendum obligatus est, non fiat iudicis auctoritate auocari possessio poterit, & in eum cui tradi res debuerat, transferri, adeoque manu militari si exequenda iudicis sententiæ ratio alia non supersit ut in *l. qui restitueret. 68. D. de rei vindicat.* Alioqui posset quis non dissimili ratiocinatione concludere, eum qui rem aliquam dare promisit, ad dandum cogi non posse, quia dare hoc est dominium transferre nequeat, nisi per traditionem: cogi verò ut tradat & faciat, citra vim & impressionem non possit. Quod tamen Vlpianus negat in *dict. §. ult. l. ubi autem. 75. de verb. oblig.* Quemadmodum & cogi quem posse dicimus ut rem alienam quam possidet restituat, *d. l. qui restituere*, quamuis qui restituere tenetur, utique ad faciendum obligatus sit, non minus quàm qui ad tradendum. † Atque hanc Martini sententiam eleganter illud probat quod Paulus respondit in *leg. si quis. 46. D. de act. emp.* cum qui rem alienam vendiderit si medio tempore, hoc est ante traditionem domino rei heres extiterit cogendum esse ut impleat vditionem. Hoc enim quid aliud est quàm cogendum eum esse ut rem tradat? Nam et si domino rei heres non extitisset, tamen ad id quod emptoris interesset obligatus fuisset. Cum igitur rei venditæ dominus factus sit, non liberabitur si emptori præstare velit quanti eius interest alienam rem venditam nõ esse, sed vditionem implere & rem ipsam tradere omnimodo compelleretur. Nec dissimile est quod Proculus respondit in *l. si cum fundum. 68. §. ult. D. de contr. emp.* ita demum venditoris rem tradere nolentis dolum æstimari si aliquo modo accidat ne rem ipsam tradere possit. Ut ex eo intelligamus posse venditorem præcisè cogi ut rem tradat; si eius tradenda potestatem habeat, quamuis Accursius ad eum locum Ioannis opinionem secutus relictetur, † Ve-

rūm quid si rem ipsam tradere venditor nequeat? Id enim multis modis accidere Proculus ait, & verissimum est, puta si venditoris dolo res quæ tradi debuerat perierit, aut eius possessio in alium translata sit, aut si fortè rem alienam quis siue sciens siue imprudens vendiderit. His sanè casibus de obligatione tradendæ rei quæ tradi non possit frustra contendatur, & ad præstationem eius quod emptoris interest necessariò recurrendum est, id ipsum aliter atque aliter æstimandum. Nam si venditor dolo careat, dignus certè est cum quo mitius agatur, nec iuris aut æquitatis ratio patitur vt in plus quàm quanti reuera emptoris interest teneatur. Emptori igitur incumbet probandi onus quanti sua interest, quæ probatio plerumque difficilis est, & probationum inopia res vt plurimum ad exiguam summam deducitur. *l. ult. D. de Prætor. stipul.* At si venditoris dolo aliquis arguatur, magis est quod Proculus ait vt dolo æstimari debeat, ac præter id quod reuera emptoris interest etiam doli nomine venditor condemnatur.

6 † An ergo emptori iusiurandum in litem iudex deferre poterit? Dicit enim solet in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, *l. in actionibus. 5. D. de in lit. iurand. l. 1. §. in depositi. D. depositi. l. si cui. 48. §. 1. D. locat.* propterea quod ex bona fide vt dolo cui nihil magis contrarium est quàm bona fides, ipsius iudicij bonitate & æquitate vindicetur. Quæ res facit vt & doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse dicamus *l. sed et si. 21. D. sol. matr. l. huiusmodi. 84. §. quæ seruum. D. de legat. 1.* Nec melior alia coercendæ contumaciæ ratio est quàm si actori permittatur vt iureiurando æstimet pro arbitrio rem quam petit. *l. 1. D. de in lit. iurand.* Atqui in contrarium, cum de actionibus empti & venditi, tot iura in libris nostris conscripta extant, nusquam tamen legimus, aduersus venditorem iurari in litem, multoque minus contra emptorem, qui non nisi pecuniæ debitor est, cuius ratione, sicut alio loco supra monuimus, vix est vt id quod interest præstetur: sed venditorem ad id quod emptoris interest, emptorem verò ad pretij vfuras teneri passim scriptum est: de iureiurando in litem ne verbum quidem. † Quin extat Imperatorum Valeriani & Gallieni rescriptum quo continetur, Si rei venditæ traditio iuxta contractum emptionis procacia & dolo venditoris non fiat, quanti interesse cõpleri emptionem & rem tradi arbitratus fuerit Præses provincie, tantum in condemnatione taxationem deducere eum debere *l. si traditio. 4. C. de act. emp.* Qui locus omnium apertissimus est, & ab iis interpretibus rectè acceptus, quibus visum est ex eo probari in actione empti iuramento in litem locum non esse. Si quo enim casu aduersus venditorem iurari possit, tunc sanè iurare licet cum venditoris procacia, & dolo rei venditæ traditio recusat. Iurare tamen eo casu licere negat imperatores, qui taxationem, & condemnationem eius quod interest iudicis nõ emptoris arbitrio & religioni permittunt. † Ac sanè si eam rationem inspicias, quæ iurisurandi in litem æquitatem induxit, facile videas ita ius constitui nõ posse, vt in actione empti iuretur. Ea siquidem ratio iusiurandum hoc suavit, quod æquum non sit intuitum quem suo pretio res suas vendere. *l. non enim. D. ver. amot.* & vero pretio, id est quanti reuera res est litem æstimari, cum & contumacia puniendæ sit, & arbitrio domini potius quàm alterius pretium rei statuendum, vt Marcellus ait *in l. tutor. 8. D. de in lit. iur.* Vnde fit vt in actionibus in rem, tamen bonæ fidei non sint, sed stricti iuris in litem iuretur. *d. l. in*

actionibus. l. qui restituere. 68. D. de rei vendic. l. si fundus. 16. §. in vendicatione. D. de pignor. Nimirum quoniam qui ita rem agit, siue domini, siue ius pignoris vendit ius suum adferit, quod in ipsa re habet: quod ius quum ei iniuito per rei contumaciam auferatur, æquum sanè est actoris arbitrio & religioni æstimari. Non idem dicendum est si aliena res petatur in qua nullum ius actor habeat, tamen eius nomine in personam experiri possit, quemadmodum contingit in actionibus ex stipulatu, ex testamento, & aliis quæ sunt stricti iuris, præter in re actiones. Minor namque iniuria fit ei cui alienæ, quàm cui propriæ rei, aut in qua ius aliquod proprium habeat, restitutio denegatur. Cui consequens est, vt neque in empti actione, quamvis bonæ fidei sit, in litem iuretur: quia in re vendita nihil iuris emptor habeat priusquam tradita sit, licet in personam venditoris actione habeat, ad hoc ipsum vt si tradi res possit, omnimodo tradatur. *§. cum autem. Inst. de empr. & vend. l. Quimus. 40. D. de act. emp.* Satisque venditoris contumacia ac dolo in eo coercetur, quod emptori præstat, supra quam reuera interest. Et id est meo iudicio, quod Proculo placet, venditoris dolum æstimari, scilicet officio & arbitrio iudicis, non emptoris iureiurando, his enim modis æstimari solet id quod interest, quoties non curat iudex vt quatenus verè interest, inspicatur, hoc est quoties ratio & æquitas postulat vt condemnatio ex rei dolo & contumacia augeatur. *l. semper. 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. si quando. 9. C. unde vi.* † Ex quo intelligimus perpetuò verum non esse quod plerisque locis traditum est, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. Nam & contrariæ depositi, commodati, & similes aliæ actiones bonæ fidei sunt: neque tamen in iis iurare in litem actori conceditur. *l. ei apud quem. 5. D. depositi.* vbi rationem elegantem Vlp. reddit, quod in huiusmodi iudiciis non de fide rupta agatur, sed tantum vt actori indemnitas præstetur. Ita innuens, non quemlibet dolum, aut quamlibet æquitatem locum facere iuramento in litem, si ex contractu agatur, sed illud præcipuè requiri vt de fide rupta conqueratur is qui iusiurandum sibi deferre postulat, non vt de indemnitate duntaxat consequenda deceret. Fidem verò ruptam intelligere debemus, cum is qui depositum aut commodatum ab alio accepit restituere recusat: in quo singularis quædam perfidia elucet, ac longè maior quàm cum quis rem suam quam dare vel tradere promissit non præstat. Nam si fidem ruptam Vlpianus intelligeret quoties non sit quod dictum aut promissum est, fidem sanè omnium maxime rumpere, qui id quod stipulanti promississet, præstare nollit: atque ita ex Vlpiani verbis admitendum esset in actione ex stipulatu iurari in litem, si fortè Stichum seruum tuum mihi stipulanti promiseris: nec dare velis: † quod tamen Iurisconsulti negant, nisi eo solo casu quem Marcianus refert, si post moram à te factam Stichus decesserit: propterea quod sine delatione iurisurandi nõ possit iudex æstimare rem, quæ non extat. *d. l. in actionibus. §. ult. cum l. seq. D. de in lit. iur.* Quæ ratio ostendit neque ex æquitate, neque ad dolum vindicandum iusiurandum eo casu permitti, vt in bonæ fidei iudiciis: sed ex necessitate potius, quod aliter condemnatio fieri nõ possit. Quamquam enim nouum non est vt æstimetur etiam res quæ non extat, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, & alijs plerisque, fieri tamen non potest, vt defuncto post promissoris moram Stichus qui dari debuerat, iudex per se æstimet

Emendatur §. quis cum effect. l. cum post mortem. 43. D. de administ. & pericul. tutor. & curat.

SUMMARI.

1. An patruo & curatori qui filia supra vires patrimonij dotem promissit emergente postea ære alieno succurri possit, vt supra facultates mulieris à marito non conueniatur?
2. Pauli rationes due pro curatore.
3. Eiusdem responsum contra curatorem.
4. Curatorem eo casu mulierem obligatam habere, vt pro ea dotis parte quæ mulieris facultates excedit indemnitas seruetur.
5. Inducitur Triboniani additamentum ad dict. §. quis cum.
6. Vera Pauli sententia quanam sit in d. §. quis cum.
7. An in specie d. §. quis cum. curator rectè ei comparetur qui creditori puellæ pecuniam dare spondisset, quæ ex puella bonis confici non possit?
8. Quomodo verba illa sed is de quo tractamus in d. §. sint accipienda?

æstimet quanti Stichus fuerit mortis tempore, cuius solius temporis ratio habenda est quoties in condemnationem deducenda est æstimatio quæ in humanis esse desit. *l. pen. D. de cond. tritic.* Nam cum debitoris mora obligationem sic perpetuet, vt Stichus qui dari debuit post moram mortuus peti nihilominus possit, ac si in rerum natura extaret. *l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. ult. de verborum oblig.* inde fit vt stipulator qui Stichum petit onerari nõ possit, vt probet veram quæ fuit mortis tempore Stichi æstimationem quam scilicet non petit, quomodo petit is, qui legis Aquiliæ actionem proponit. At quoniam iudex promissorem condemnare non potest vt præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare nequeat, necesse est Stichi æstimationem quæ petita non fuerat, in condemnationem deduci, & ab ipso iudice rem æstimari quam tamen verè æstimare non potest, cum non extet, sine iurisurandi delatione. Cum verò res petita extat, facilè iudex æstimare eam potest, præsertim cum in faciendâ æstimatione condemnationis tempus inspiciendum sit. *dict. l. penultim. D. de condic. tritic.* ideoque hoc casu iusiurandum in litem necessarium non est. Diuersum erit si rei quæ non extat æstimatio petatur, vt in actione legis Aquiliæ. Tunc enim petentem necesse est probare æstimationem quam petit, idque testibus aut alijs probationibus in eam rem idoneis non iureiurando. Atque ita difficilis ille necdum rectè explicatus Marciani locus explicandus mihi videtur. An igitur, vt ad propositam disputationem reuertamur, si Stichus venditus post venditoris moram, ac priusquam traderetur, decesserit, emptori iurare in litem permittetur? Minime verò. † Neque enim æstimandus est Stichus qui non extat, sed omne id quod emptoris interest, quod quantum sit nõ minus mortuo, quàm viuo Sticho sciri potest: & emptori onus incumbit, vt probet quanti sua interest, quoniam ex natura actionis empti est, vt si res vendita non tradatur, id quod interest præstetur, & qui ex empto agit, licet neque rem ipsam nominatim petat, neque id quod interest, petit tamen quicquid ex bona fide venditorem præstare oportet, ac proinde id etiam quod interest, si in re tradenda mora facta sit, quia id bonum & æquum est. Actorem verò semper necesse est probare quid, quale, quantumque illud sit quod petit: nec nouum aut absurdum est, vt difficultate probationum id quod interest ad exiguam summam deducatur, sicut supra diximus, ex *dict. l. ultim. D. de prætor. stipulat.* † Quod si venditor non tantum moram contraxerit, sed etiam dolo fecerit ne rem tradere cogi posset, ac postea res perierit, dolo eius hæcenus æstimabitur, vt officio iudicis id quod interest taxetur, non legitimis probationibus ac iureiurando emptoris, sed arbitrio & religioni iudicantis, cui liberum est in condemnationis taxationem deducere supra quàm reuera interest, ne alioqui dolo impune commissus videatur. *dict. l. si cum fundum. §. ultim. D. de contrahend. empr. & dict. l. si traditio. C. de action. empr.* Denique cum ex empto agitur aduersus venditorem ob non traditam rem quæ amplius tradi non possit, distinguendum non est, an vendita res extet, necne, sed illud tantum inspiciendum an venditoris dolo aliquis sit, an nullus. Priore casu æstimatur dolo supra quàm reuera emptoris interest. Posteriore verò non fit condemnatio nisi quanti sua interesse emptor probauerit. Nunquam autem iurare in litem emptori conceditur.

† Itius cum esset fratris sui filia curator, quadringenta marito eius dotis nomine daturum se promissit. Cum postea emergente ære alieno apparuerit supra vires patrimonij filia dotem esse promissam, quæsitum est an ei patruo & curatori succurrendum sit, vt supra facultates mulieris à marito non conueniatur. Huic quæstioni quæ proponitur in *§. quis cum effect. l. cum post mortem. 43. D. de administ. & peric. tutor.* prius quàm Paulus respondeat, duplicè rationem adfert, quæ pro curatore facere videatur? † Primam illam quod non vt de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, quadringenta dotis nomine marito promissit. Alteram quod in proposito casu non possit curatori obiici, si sciens mulieris facultates non sufficere, promissit vel donasse eum videri, vel quoniam dolo fecerit illi succurrendum non esse. Neque enim sciens promissit, qui putabat rationem pupillarem sufficere, & verò, qui ita existimandi probabilem causam habebat, cum non nisi post dotis promissionem æris alieni onus, quod antea latebat emerferit. Id enim est quod Paulus sibi vult in versi. præterea, vbi tamè pro omnino legendum est nec hoc modo, Præterea nec illud hic potest tractari, ac si diceret non posse hoc casu curatori obiici, vt vel donasse vel dolo quid fecisse existimetur, proinde facilius ei subueniendum esse. † Verum contra ille respondet, Curatori qui officium suum egressus sponte se obligauerit, à Præatore subueniri non debere, hoc est posse eum à marito, cui quadringenta promissit, in solidum conueniri, non secus ac si creditori puellæ pecuniam daturum se spondisset. Curator enim officium suum sanè egreditur, qui puellæ nomine promittit plus quam ex eius bonis præstare possit, siue sciens, siue ignorans puellæ facultates ita faciat, quia neutro casu dici potest curatoris officio incumbere vt dotem puellæ supra patrimonij vires promittat, eique imputari potest, cut marito qui alias uxorem ducturus non erat sponte, ac minime explorato ære alieno dotem certam promissit, cui potius omnes puellæ facultates sine vlla certæ quantitatis taxatione dotis nomine promittere debuisset, aut puellæ auctoritate tantum præstare vt proprio nomine do-

tem promitteret, quo casu si quid supra facultates promissum fuisset, promissio ipso iure non valuisset. *l. siue generalis. 61 de iur. dot.* † Quod quamquam ita est, Paulus tamen subiicit curatorem hunc qui non donandi animo, sed gerendi negotij causa dotem promisit habere mulierem obligatam, ut pro ea dotis parte, quæ mulieris facultates excedit, indemnis seruetur: atque idem posse dici etiam manente matrimonio eam teneri cum dotem habeat, sicut in collatione honorum dicitur etiam constante matrimonio dotem conferri, vel certe, quod facilius admittendum sit, post diuortium: siue exacta sit dos, quo casu ex eo ipso quod exactum erit satisfacere curatori poterit: siue nomen manserit, quia efficere poterit ut curatori qui ex promissione adhuc obligatus est accepto ferri possit id quod debet, quodque promissum est supra mulieris facultates. Hæc cum Paulus scripsisset, atque ita ad propositam questionem non minus aperte quam vere & eleganter respondisset, Tribonianus noster cæcitiens neque responsi vim, & elegantiam intelligens, ac si nihil responsum esset ad id de quo potissimum quærebatur, An curatori aduersus maritum quadringenta ex promissione dotis petentem subueniri deberet: † Subiecit de suo, eleganter nimirum & acutè, si Diis placet: *Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonij eius in dotem dare promisit non queat, curatorem quidem in hoc quod superfluum est per exceptionem releuari, mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod si quandoque constante matrimonio locupletior facta fuerit, dotis reliquum marito seruat.* Tota hac sententia quid obsecro dici potest inelegantius, stultius, insulsius? Primum enim, quænam loquendi ratio illa est, si mulier curatorem suum adimplere non queat, pro eo, quod Tribonianus dicere voluit, Si mulier curatorem & præstatorem non possit ut curator adimpleat ea, quæ promisit? Aut qua fronte possit mulier à curatore petere ut eam quantitatem quam supra vires matrimonij imprudens promisit, præstat: cum ei vel hoc maxime nomine ad indemnitate præstandam teneatur? Rursus quis vnquam apud Iure consultos scriptum legit, releuari quem per exceptionem, ut significant dari, aut competere alicui exceptionem? Quis denique præter Tribonianum sic loquatur, *cautionem in maritum exponere, pro eo quod est marito cauere? & dotis reliquum marito seruare, pro soluere.* Sed ut omnia verborum disputatione rem ipsam & sententiã consideremus, an non apertissime Paulo Tribonianus contradicit? Hic enim putat curatori contra maritum dandam exceptionem. Paulus contra magis esse ait, ut ei à Præatore non subueniatur, quia officium suum egressus sponte se obligauerit. † Nam ad propositam questionem Paulus proculdubio respondet iis verbis, *Respondit: Curator cum officium suum egressus sponte se obligauerit, non puto à Præatore ei subueniri debere.* Et de eo ipso curatore loquitur de quo ex factis consultus fuerat, hoc est qui quadringenta dotis nomine promisit supra puellæ, cuius curam gerebat, facultates. Quod à Triboniano animaduersum non est, qui iis verbis regulam potius constitui credidit de curatore qui officium suum egressus sponte se obligauit, ut ei qui ita faciat, non soleat Præator subuenire. Quasi tamen ex ea regula excipi debeat id de quo Paulus cōnfullebat. Atqui ex cōtrario sic Paulus respondet, ut primum dicat putare se huic curatori qui quadringenta sponte se obligauerit subueniendum non esse. Deinde huius suæ sententiæ rationem illam adferat, quod officium suum

egressus sponte se obligauerit. Nã, ut supra diximus, officium suum certè egressus ille est, qui puellæ nomine amplio rem dotem promisit quam patrimonij vires paterentur, siue sciens siue ignorans quantitatem patrimonij, dotem promiserit. † Neque hac parte dissimilis est hic curator ei, qui creditori puellæ pecuniam dare spondisset, quæ ex puellæ bonis confici non posset. Vterque enim in eo peccat quod officij præscriptum egrediuntur, dum sponte se obligant: eamque ob causam neutri subueniatur ut Paulus ait. Qua ex cōparatione magis intelligimus priora illa responsi verba, quæ supra retulimus, non tam ad constituendam iuris regulam, quam ad propositæ questionis decisionem pertinere. Alioquin ridicula esset comparatio illa curatoris qui officium suum egressus sponte se obligauit, & eius qui creditori puellæ pecuniam se daturum sponderit, cum & hic quoque officium suum egressus sponte se obligauerit. Sed non male comparabimus curatorem qui quadringenta in dotem puellæ nomine promisit, quæ non plus quam trecenta in bonis habebat, ei qui creditori pecuniam dare promisit, quæ ex puellæ bonis redigi non possit. Ac sicut in utroque eadem ratio locum habet, ita ius idem constituemus, ut neque huic, neque illi à Præatore subueniatur. Et sane ineptum faciamus Paulum, si dicamus non respondisse eum ad propositam questionem, quæ non de illo erat. An curatori mulier, sed an marito curator esset obligatus. † Nec interpretationi nostræ aduersatur, quod ea verba sequentia, *Sed is de quo tractamus, quæ Tribonianum fortassis deceperunt, sic accipienda videntur, quasi in præcedentibus nondum Paulus de eo curatore tractauerit de quo quærebatur.* Hæc enim coniectura leuior est, quam ut Tribonianum nostrum ofque interpretes aut fallere aut mouere deberit. Sed ita loqui Paulum necesse fuit, ut ostenderet difficilius obligari mulierem curatori, quam curatorem marito. Nam marito curator omnimodo obligatur, siue sciens siue ignorans puellæ facultates amplio rem quam par esset dotem promiserit. At curatori ita demum mulier obligatur si non donandi animo, sed negotij gerendi causa dotem ille promiserit, hoc est si puellæ facultates ignorauerit, non si sciuerit. Eamque ob causam Paulus de mulieris obligatione tractaturus ita scripsit: *is de quo tractamus, hoc est quem proponimus ignorantem & imprudentem quadringenta dotis nomine promississe priusquam æris alieni onus apparuisset.* Quamquam illud quoque dici probabiliter potest addita ea verba, quod institutum disputatione Paulus prosequatur de curatore qui quadringenta dotis nomine marito promiserat: quæ disputatio prioribus verbis interrupta videbatur, propter intermixtam cōparationem eius curatoris qui creditori puellæ pecuniam se daturum spondisset. Falsum igitur est, quod Tribonianus putauit, quodque nostri interpretes Triboniani errore decepti existimant curatori dandam exceptionem si à marito in solidum, ac supra mulieris facultates conueniatur. Quemadmodum & illud ridiculū est dicere, mulierem marito cauere debere, si constante matrimonio locupletior fiat integram dotem se soluturam. Qua enim actione consistit id maritus possit ab vxore quæ dotem non promisit, quæque in eam rem non est obligata? Verum de his iam satis. Tam multa autem dixisse non piget, quod quæstio hæc magni momenti sit, & digna que reiectis Triboniani notis atque interpretū erroribus ex Pauli sententia, rectaque iuris ratione explicetur.

Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis. 10. in princ.

D. de his quæ vt indig.

SVM M A R I A.

- 1 *Species & questio d. l. cum tabulis.*
- 2 *Cur in dicta lege substituitis pars hereditatis que ad eos ex substitutione pupillari pertinebat, auferenda sit?*
- 3 *Quenam sit mens Papiniani in illis verbis, quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent?*
- 4 *Emendantur dicta Papiniani verba, & eorum sensus proponitur.*
- 5 *Contra Papiniani sententiam disputatur, partem ex pupillari substitutione competentem substituitis & victis non esse auferendam.*
- 6 *An in specie d. l. cum tabulis substituiti à testamenti causa simpliciter recesserint, an verò sub conditione si successioni intestati locus esset?*
- 7 *Substitutos in specie d. l. testatoris iudicium non impugnasse, & ideo nihil eis auferendum esse.*
- 8 *Papiniani & Pauli dissensio in l. Clodius. 97. de acquir. hered.*
- 9 *Auferri quid dicatur?*
- 10 *Cur in d. l. cum in tabulis substituitis qui substitutionem agnouerunt subiecti partus accusationem instituire permittatur, per quam testamentum infirmetur?*
- 11 *An fisco, an verò proximioribus ab intestato succedentibus locus fiat, quum post aditum à filio herede scripto hereditatem subiectum fuisse partum apparuit?*

† **F**ilium † impuberem quem habebat pater testamento heredem ex asse instituit: deinde secundis tabulis, si is heres esset & in pupillari ætate decederet, substituit fratris sui filios Titium & Sempronium, deditque iis coheredes Caium & Meuium. Patri defuncto filius heres exstitit: tum impubes decessit. Atque ita cum pupillaris substitutionis conditio enensisset Caius & Meuius dimidiam hereditatis partem, dimidiam alteram Titius & Sempronius substitutionis iure vindicauerunt. Sed cum postea forte fratris filij, rescuissent subiectum & suppositum fuisse filium, qui fuerat institutus vniuersam hereditatem ab intestato petere instituerunt. In eamque rem pupilli matrem subiecti partus ream postularunt. Si accusatio iusta pronunciaretur, testamentum vtique non valeret, quasi per errorem instituto eo, quem testator nisi filium existimasset verisimiliter institutus non fuisset. *l. si pater. 4. C. de her. inst.* Multoque minus pupillaris substitutio defendi posset, quam certum est aliter valere non posse, quam si & patris testamento quod principale est confirmetur, & filio in potestate facta sit. Proinde successioni ab intestato locus esset, & tota patris hereditas ad fratris filios tanquam proximiores exclusis coheredibus pupillaribus, qui non proponuntur agnati, deueniret. Sed contra pronunciatum est iniustum esse accusationem, & victi sunt qui legitimam hereditatem petebant. Consultus Papinianus an pars illa hereditatis quæ ex causa substitutionis pupillaris ad eos pertinebat iis auferenda esset. Respondit auferendam, hoc est, vt ego interpretor, & titulus ipse ostendit, fisco vindicandam. † Cuius rei quanquam ratio illa statim occurrit, quod indigni videantur,

qui ex pupillari substitutione succedant, cum patris & pupilli testamentum impugnaverint. Aliam tamè & subtiliorem & elegantio rem Papinianus reddit iis verbis, *quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent.* Sed quis horum verborum sensus sit, quidve sibi Papinianus voluerit, non facile dici potest. Neque enim ponimus fratris filios de quibus Papinianus loquitur ex testamento egisse, at potius testamentum impugnasse, & id curasse vt institutio nulla ac per errorem facta pronunciaretur. Quod cum ita sit, quomodo ex testamento sententiam secundum se dictam habere, vel non habere potuissent? Aut si testamenti ratio aliqua habenda est, cur non ex testamento dimidiam hereditatis partem retinere ius liceat, qui disertis testamenti verbis ad pupilli hereditatem ex semisse vocati sunt? Denique quis non videat de controuersia illa & suppositi partus quæstio ne sententiam ex testamento dici non potuisse? Siquidem extra testamentum illud, vt sciatur an filius ille sit quem testator filium nominauit, an suppositus sit partus, idque ex aliis probationibus quam ex testamenti verbis decidendum est. Nihil igitur proximioribus agnatis obesse potest, quod ex testamento sententiam secundum se dictam non habeant: neque est quod ex eo quis inferat hereditatis partem iis auferendam esse. cum neque ex testamento neque de hereditate actum & iudicatum sit, sed de filij statu de quo controuertebatur. † Ego puto Papiniani mentem illam esse, vt dicat auferendam esse proximioribus agnatis partem hereditatis quæ ex substitutione habuerunt, quod nec haberent eam ex testamento si secundum eos dicta sententia fuisset. Nam vt supra diximus, si partum subiectum esse apparuisset, neque patris ex testamento, neque pupillari substitutioni locus esse potuisset, ac proinde partem illam hereditatis ex testamento non habuissent, sed totam hereditatem ab intestato. Vnde fit vt probè petere non possint hereditatem ex testamento, quam ex alia planè que contraria causa, hoc est ab intestato habere voluerunt. Tamen autem quod petebant non obtinuerint, absurdum tamen Papiniano videtur, vt post dictam contra eos sententiam de successione intestati hereditatem ex testamento retinere iis liceat: ac rationi longè conuenientius esse, vt neque ex testamento heredes maneant, cum noluerint, neque legitimam successionem obtineant, cum sint condemnati. Non dicit ille videri eos repudiassè testamentariam successionem ex eo quod legitimam petierunt, cui locus esse nequeat nisi prius repudiata ex testamento hereditate. Cum enim partem hereditatis ex causa substitutionis ac proinde testamenti iure iam acquisuerint, certum est, nec volentes eos testamentariam successionem custodiare posse. Sed illud Papinianus vult non esse ius, permitendum vt hereditatem ex causa substitutionis retineant, qui id omnino egerunt, vt eius ex testamento retinendæ ius non esset. Itaque quod illi sponte amittere & repudiare non poterant iis etiam iniuris auferetur. Denique ea præcipuè ratio Papinianum mouere videtur, quod eorum qui condemnati sunt, melior conditio esse non debeat quam si obtinuissent. Atqui si secundum eos dicta sententia fuisset hereditatem ex testamento non retinuissent, sed cū contra testamentum pronunciatum esset, successionem ab intestato habuissent. Non est ergo quod cōquerantur, si pars hereditatis quam ex causa substitutionis habuerunt, iis auferatur. † Hæc cum ita se habeant, nemo non videt, Papiniani verba superius

relata quæ secundum receptam lectionem interpretationi nostræ minimè conueniunt emendanda esse, vt sic legamus quia ex testamento sententia secundum se dicta non haberent. Solet enim Papinianus & elegantissimus ablatiuis absolutis uti, quibus orationem efficiat, & breuiorem, & venustiore. Sic autem ea verba sententia secundum se dicta accipi debent ac si pluribus scriptum esset si sententia secundum eos dicta fuisset. Verùm quàmquam hæc Papiniani sententia rectissimè disputantur, videamus tamen ne magis subtiliter quàm verè dicantur. † Mihi enim attentius consideranti sic videtur. Meliorem quidè conditionem agnatorum qui condemnati sunt esse non debere, quàm si obtinuissent: sed tamen ex eo inferri non posse, auferendam iis vicis partem hereditatis ex causa substitutionis, quòd eam ex testamento non haberent si secundum illos iudicatum fuisset. Nam etsi nihil iis auferatur, erunt tamen deterioris conditionis, quàm si contra testamentum iudicatum esset, cum eo casu totam hereditatem legitimam obtinuissent, cuius non nisi partem ex testamento & pupillari substitutione habere possunt. Nec rursus video, quâ ratione dici possit eos qui vniuersam successionem ab intestato petierunt, cum existimarent testamentum non valere, partem illam quàm ex causa substitutionis habebant retinere ex testamento noluisse. † Fateor maluisse eos ab intestato, quàm ex testamento succedere, sed à testamenti causa recessisse eos nego nisi sub ea veluti conditione, si successioni intestati locus esset. Quæ res facit, vt si in legitimæ hereditatis petitione succubuerint, tamen successionis ex testamento retinendæ facultas iis adimenda minimè videatur. Perpetuò enim verum, & æquum est quod Paulus ait in l. mater. 19. ff. de iust. testam. neminem ius suum etiam, quod se habere scit amittere. tametsi aliud eligat, quod sibi competere arbitretur. Propter quam causam scribit ille eo loco, legitimam hereditatem repudiare non videri eum qui ex testamento quod putabat valere adisset: quod si ita est, quidni eadem ratione dicere liceat à testamento recedere noluisse eum, qui legitimam hereditatem obtinere voluit cum testamentum iure nullum esse existimaret? Vnde suspicari lubet, in ea quoque Papiniani specie de qua disputamus aliud responsurum Paulum fuisse, quàm Papinianus responderit. Permittendum scilicet pupillaribus substitutis qui vniuersam successionem ab intestato sperauerant, vt post condemnationem nihilominus hereditatis partem quam ex substitutione habuerunt, retineant. Eaque sententia mihi, si dicere liceat quod sentio, & æquior, & verior videtur. † Nec enim testatoris iudicium impugnantur qui de iure & testamenti viribus disputant, qui quæ matrem pueri de subiecto partu, non ipsam testatoris voluntatem accusarunt, exemplo eius qui testamentum ex quo legatum acceperat iure factum negauit, & victus est, cui nihil auferendum esse Papinianus respondit in l. si testamentum. 24. D. eodem titul. de his que vt indign. Si enim partum subiectum esse constitisset, testamentum infirmatum fuisset non contra testatoris voluntatem, sed eam potius ob causam, quòd testatoris voluntas illa fuisse videretur, vt filius heres scriptus non aliter hereditatem obtineret quàm si filius verè esset. Quare nec Papinianus suæ sententiæ rationem illam adfert, quòd agnati qui subiecti partus accusationem instituerunt indigni sint, qui ex testamento aliquid consequantur: sed quòd si iusta accusatio pronuncia-

ta fuisset, nihil ex testamento haberent. Quæ tamen ratio si vera esset, cur non dici etiam posset filium, qui patris testamentum iure factum negauit, & legitimam hereditatem petiit, nihil ex voluntate defuncti retinere debere, qui scilicet ex testamento si non iure factum apparuisset nihil habere potuisset? Quod igitur Papinianus probat in d. l. si testamentum, & verissimum est auferendum non esse filio quod ex testamento accepit, tametsi testamentum iure factum negauerit & victus sit. l. 5. §. 1. D. eod. Idem mihi videtur de agnatis pupillo substitutis dicendum esse, vt quamuis subiecti partus accusationem proposuerint & succubuerint, ea tamen pars hereditatis quam ex substitutione habuerunt iis non auferatur. † Superiori disputationi non omnino dissimilis illa est de qua discrepantes Papiniani & Pauli sententias legimus in l. Clodius. 97. Digest. de acquir. hered. Nam cum ex facto proponeretur Clodium Clodianum facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituisse, scriptum verò heredem cum putaret posterius testamentum valere, ex eo hereditatem adire voluisse, Papinianus putabat repudiare eum ex priore hereditate: ex posteriore autem non posse adire. Paulus contra magis esse ait, vt prioris testamenti ius repudiare non videatur, qui putauit posterius valere. Ac quamuis Clodianum intestatum decessisse secundum Papiniani sententiam iudex pronunciauerit, ex Paulus refert, recte tamen interpretes omnes sentiunt, qui Pauli opinionem veriore esse defendunt. Quod si hereditatem ex priore testamento repudiare non videtur is qui si voluisset repudiare potuisset, an non multò minus dicendum sit repudiare hereditatem ex testamento voluisse eos, qui nec si voluissent, tamen potuissent? Agnati enim pupillo substituti hereditatis partem quam ex substitutione acquirerunt repudiare non potuerunt. † Acquisita verò ex causa substitutionis hereditatem ex eo intelligimus, quòd auferendam eam esse Papinianus ait. Auferri namque non posset quod prius acquisitum non esset: ex quo etiam intelligimus ita Papianum intelligi debere, vt quod agnatis auferatur fisco vendicetur. Cohærentibus enim adcrendi iure acquiri non potest ea pars hereditatis quæ iam est acquisita, cum dici liceat in portionibus agnatis neque iuri accrescendi locum esse, neque substitutioni, l. si ex pluribus. 9. de suis & legit. l. vnic. §. his in a diffinitis. Cod. de caduc. tollen. † Sed hic illa dubitatio incurrit, cur pupillaribus substitutis qui substitutionem agnouerunt, eam accusationem instituere permittatur; per quam testamentum infirmetur. Verum facilis responsio est, eum qui de subiecto partu accusationem instituit non de suo iure contendere, quomodo contendit qui de inofficioso testamento agit, sed de viribus testamenti disputare quod an valeat necne, in heredis aut substituti arbitrio esse non potest: quamquam cum quæritur an ab accusatione & impugnatione testamenti prohibendus sit is, qui ex testamento substitutionem accepit, iudici permittitur, vt causa cognita ex cuiusque persona, conditione & ætate id constituat, vt Paulus ait in dicta lege. quinta. §. 1. de his que vt indign.

† Illud reliquum est vt moneamus, si post aditæ ex testamento hereditatem ab eo qui filius dicebatur subiectum fuisse partem appareat, testamentum quidè infirmari, & heredi scripto hereditatem auferri, sicut diximus ex d. l. pater. 4. C. de hered. instit. sed non ideo filium admitti, vt malè quidam putant ex l. auferitur. 46. in princip.

in princip. D. de iur. fise. quæ de fisco non loquitur. At proximioribus ab intestato succedentibus locum fieri: quod omnium apertissime probat hic Papiniani locus quem explicauimus, cum Papinianus ait fratris filios pro parte hereditatis pupillo substitutos matrem subiecti partus ream postulasse vt ab intestato vniuersam successionem obtinerent: Item illa Papiniani ratio quam emendauimus, quia ex testamento sententia secundum se dicta non haberent. Quorsum enim verba illa ex testamento si neque ab intestato quicquam habere potuissent? Nec sanè credendum est quicquid heredi instituto aut legatario auferatur statim fisco vindicari, sed id duntaxat quod auferatur ab eo qui indignus est, vt testatoris voluntatem quam semel habuit retineat, aut per quem exclusi sint ceteri, qui alioquin fisco præferri potuissent. Qui verò quasi filius institutus est cum filius non esset, hereditatem non ideo amittit quòd indignus sit qui voluntatem testatoris, & acquisitam hereditatem retineat, sed quod neque voluntatem testatoris vnquam habuisse, neque hereditatem ex testamento quod nullum apparuit acquisiuisse videatur. Cui conueniens est, vt ac si ex testamento adita hereditas non esset, quæ nec adiri potuit, proximioribus agnatis quibus solis subiectus partus iniuriam fecerat acquirendæ ab intestato successionis locus relinquatur.

CAPVT XX.

Emendatio l. si conuenierit 4. D. de pact. dot.

SYM M A R I A.

- 1 An conuentione fieri possit vt dotis fructus in dotem conuertantur? & Marcelli ad hanc questionem distinctio.
- 2 Additur negatio in d. l. 4. versic. quod si conuenisset, & ex eodem versiculo nonnulla tolluntur.
- 3 Differentiam esse inter pactum de dotis fructibus reddendis, & pactum de fructibus in dotem dandis.
- 4 Differere hæc duo, in dote fructus esse, & fundi dotalis fructus non dotales reddi.
- 5 Alia questio ad explicationem distinctionis à Marcello proposita.
- 6 Multum interest an fundi fructus, an verò vsusfructus in dotem dati sint.
- 7 Supradictam Marcelli distinctionem Vlpiano non omni ex parte placuisse.

Huius legis questio illa est, An conuentione fieri possit vt dotis fructus in dotem conuertantur. In qua illud statim occurrit quod ex Marcello Vlpiano respondet conuentionem non valere, quoniam ita fieret, vt propè indotata mulier constitueretur, hoc est vt nihil ab ea dotis nomine maritus accepisse videretur, qui scilicet si non tantum dotem ipsam, sed eius quoque fructus reddere deberet, nullum ex dote commodum sentiret. Ea enim dotis natura & conditio est, vt pro matrimonij oneribus, qui fructus percipi possunt, ad maritum pertineant. l. dotis fructum. 7. de iur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eo. Sed tamen distinguendum Marcellus putabat, an fundus in dotem datus esset ea lege, vt fructus maritus redderet, quo casu nullum & inutile pactum esse dicebat, idemque probandum, si vsusfructum eodem pacto fructuum reddendorum mulier in dotem dedisset: An verò non conuenisset de reddendis fructibus, sed fundus vel vsusfructus in

hoc traditus esset non vt fundus ipse vel fructus dotalis fieret, sed vt maritus fructus perciperet dotis futuros. Atque ita dote constituta admittēbat cogendum maritum actione de dote fructus reddere, vt eo casu in dote sin fructus ipsi neque maritus fructuum nomine aliud consequi possit, quàm vsuras: quæ ex fructibus collectis, & in sortem redactis percipientur. Sic enim Marcelli distinctione explicio, licet legis verba, si recepta lectionem sequare, omnino repugnēt. † Deest enim negatio quam nos restituimus in illis verbis, Quod si conuenisset de reddendis fructibus, & totam illam interpretationem, hoc est, vt in dote essent fructus quosquos perciperet, omnino tollimus, atque in glossas interpretum à quibus profecta est reuocamus, vt Vlpianum breuius, facilius, & elegantius sic scribentē legamus, Quod si non conuenisset de fructibus reddendis, & fundus, vel vsusfructus in hoc traditus est, &c. Illud enim apparet Marcelli distinctionem, quæ Vlpianus refert, eò tandem recidere, vt multum interit, an de fructibus reddendis conuenierit, necne. Ad priorem distinctionis partem illa conuentionio pertinet si fundus, vel vsusfructus in dotem datus sit hoc pacto vt soluto matrimonio fructus restituerentur. De qua conuentione Marcellus primo loco tractat iis verbis, Si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita vt maritus fructus redderet, non esse ratum pactum. Idemque esse vt si vsusfructum in dotem hoc pacto dedit. Consequens igitur est, vt alteram distinctionis partem tractaturus in qua diuersam speciem diuersumque ius constituit, ita scripserit, Quod si non conuenisset de fructibus reddendis. Alioquin non præcedentia duntaxat, sed etiam sequentia illa repugnarēt. Et fundus, vel vsusfructus in hoc traditus est, non vt fundus vel fructus fieret dotalis, sed vt fructus perciperet dotis futuros. † Cum enim fundus vel vsusfructus marito traditus est non vt fieret dotalis, sed vt fructus ipsi dotis fierent, qui constante matrimonio perciperentur, quique nisi tradito fundo vel vsusfructu percipi à marito non possent, nemo sanè dixerit de reddendis fructibus conuenisse. Nam cum de reddendis fructibus Marcellus loquitur, de dotis fructibus proculdubio intelligit: fieri verò non potest vt dotis fructus sint illi ipsi, quos mulier sic in dotem dedit vt nihil præterea dederit. Nisi fortè quis putet, eandem rem in dotem dotisque fructum posse cedere, quod absurdum est, quæ vt probare id quisquam possit. Tametsi autem eo casu, quo conuenit vt maritus ex non dotali fundo fructus perciperet dotis futuros, soluto postea matrimonio fructus actione de dote restitui oportet, non ideo tamen minus valere conuentionem dicimus, ac si de dote ipsa restituenda conuenisset: neque reddendorum fructuum conuentionem improbamus, nisi cum de dotis ipsius non de dotalibus fructibus disputamus. Denique contrarias esse pactiones has Marcellus putat De fructibus reddendis, & De fructibus in dotem dandis, quoniam, vt dictum est, qui in dotem dantur, dotis fructus esse non possunt. Quæ cum ita sint, Marcelli sententiæ & verbis conuenire non potest illa interpretatio, hoc est vt in dote essent fructus, quosquos maritus perciperet. Siue enim de fructibus reddendis conuenisset, siue non conuenisset proponas, nihil habet ea conuentionio comune cum hac pactione, vt in dote sint fructus quosquos maritus sit percipiturus. † Logè nāque differentia hæc sunt in dote fructus esse, & fundi vel vsusfructus dotalis fructus non dotales reddi: neque dubito quin ea verba interpretis sint non Marcelli. Idque vt sentiam præter ea, quæ dixi, me illud etiā non parum mouet, quòd post obseruatum à me felici ter vulgaris lectionis mendum, postrema illa, quosquos ma-

ritus percepisset in quibusdam libris deesse animaduerti. Item illud, quod si admittas valere conuentionem, vt in dote sint & à marito reddantur fructus omnes quosquos is perceperit: ferè sit vt de fructuum quoque vsuris reddendis conuenisse videatur: cum fructuum appellationis contineantur, nec alia ratione ad maritum spectent, quàm quòd dotis fructus dici possint. Atqui id Marcellus disertè negat, & pactio- nem valere ait, quæ si fructuum quoque vsuras com- prehenderet, valere sanè non posset, quòd eo casu ster- ilis, & sine fructu dos esset. Minus tamen interpreti succensendum sit, qui cum ea verba præcedentia, *Quod si conuenisset de fructibus reddendis* sine negatio- ne legeret, eamque conuentionem à Marcello proba- ri videret, quam paulò ante bis improbasset, interpre- tatione aliqua corrigendum putauit, quòd si ex pro- pria verborum vi & potestate intelligeretur, defendi certè non posset. † Verum, quæ ratio excogi- tari tandem potest, cur eandem conuentionem iisdem verbis conceptam & repetitam aliter atque aliter in- terpreteremur? Aut si pactum huiusmodi, de quo Mar- cellus secundo loco disputat non idèdè valet, quòd de fructibus reddendis conuenierit, & vt in dote essent fructus omnes, quos maritus perciperet, sed idèdè dū- taxat, quòd neque fundus neque vsusfructus dotalis sit, at in id tantum traditus, vt maritus fructus perci- peret dotis futuros: An non fatis erat Marcello scri- bere, *Quod si fundus vel vsusfructus in hoc traditus est*, cæteris omnibus, quæ obscurè & superuacue inter- mixta sunt prætermittis? Postremò cum verè dici non possit valere conuentionem, vt fructus in dote sint, nisi eo solo casu quo nec fundus nec vsusfructus in dote datus est secūdum Marcelli sententiam. Prius sanè illud erat, vt Marcellus scriberet in hoc traditum esse marito fundum vel vsusfructum, vt fructus ille perciperet dotis futuros, quàm vt diceret conuenisse de fructibus reddendis, & conuentionem illam in- terpretaretur, ac si conuenisset, vt in dote fructus es- sent. Sed hæc apertiora & probabiliora sunt, quàm vt in iis confirmandis diutius nobis immorandum vi-

deatur. † Ne quid tamen prætermittamus eorum a- mnium, quæ ad loci huius explicationem pertinent, animaduersione dignum illud est, quod Vlpianus & Marcellus docent referre multum, an fundi fructus in dote dati sint, an vsusfructus. Nam vsusfructu in dote dato, si fructus ipsi dati viderentur, vtique so- luto matrimonio restituendi essent, tamen si pactum, ea de re nullum intercessisset. Aut ius ipsum vtendi fruendi in dote datum intelligitur, l. cum in fundo. 78. D. de iur. dot. l. vsusfructu. 57. D. solut. matrim. vt qui fructus à marito percipiuntur, ij non quasi dotales sed tanquam eius iuris, dotisque fructus & accessio- nes ad maritum pertineant. † Obseruandum etiam est supradictam Marcelli distinctionem non omni ex parte Vlpiano placuisse. Hic enim putat defendi posse conuentionem de fructibus reddendis licet fundus ipse vel vsusfructus in dote datus sit, si fortè ob hoc maiorem dote marito mulier dederit, quod fructus volebat dotis esse, contento marito ea pecunia quæ ex fructibus colligi posset, quia hoc casu non videatur dos esse omnino sterilis & marito infructuosa. Finge, inquit Vlpianus, quadringenta annua esse redditus a- pud eum, qui non accepisset in dote nisi ita conue- nisset plus trecentum. Vtique boni consulere debet quòd tam vberem dote sit consecutus. Aut quid si tale pactum interuenerit, vt maritus fructus in do- tem conuerteret, ac mulier se suosque aleret, & vni- uersa onera expediret? Cur non dicamus valere con- uentionem? Ita siquidem æquum est dotis fructus ad maritum pertinere, si is quoque matrimonij onera sus- tineat, vt ibi dos sit, vbi sunt onera matrimonij. l. si in qui. 56. §. ibi dos. D. de iur. dot. Ergo Marcelli & Vlpiani distinctiones sic conciliabimus, vt quo casu maritus matrimonij oneribus adstrictus sit, conuentionem non valeat de dotis fructibus in dote conuertendis, nisi ob eam causam amplior dos data sit, vt ea pecu- nia, quæ ex dotis fructibus, vsurarum nomi- ne colligi posset, vice fructuum do- tis maritus conten- tus esset.

AMPLIS.



AMPLISSIMO VIRO, PETRO FABRO, REGIO CONSILIARIO

LIBELLORVM ORDINARIO MA-
gistro, & in Tholosano Senatu
Præsidi integerrimo.

ANTONIUS FABER SABAUDVS SENATOR S. D.



TSI qua mira, & ab ipsa natura comparata est inter bonos ac literatos omnes a-
nimorum studiorumque coniunctio non sinit me dubitare quin tibi, Præses amplis-
sime, præcipua eruditione, virtuteque prædito gratissimum: esse debeat quicquid ab
eiusmodi viris proficiscitur, Hoc ipsum tamen est quod mihi permagnam diu hasi-
tandi causam præbuit, num celeberrimo tuo nomini perexiguum hoc munus litera-
rium inscribere deberem. Primum quia cum scirem quàm essem tui dissimilimus
(nisi fortè parum apud te refert an literarum virtutumque studiosus quis sit an
possessor) subuerebar ne viderer impudètius si prima salutatione illam abs te implo-
rarem benevolentiam, quæ non nisi tui simillimis deberetur. Deinde quoniam si verè scitèque dictum il-
lud est, in omnibus inuendis coniunctionibus maximè interesse quo veluti aditu amicitia fores aperiatur:
erat sanè multo conuenientius ignotum me sic tecum agere, vt egregiam aliquam de ingenio meo tibi opi-
nionem commouerem, quàm vt id præstarem ex quo posses in ipso statim congressu quàm pusillus, nullus
que loguleius sim, perspicere. Quanquam enim excellenti iudicio tuo illudere neque possum neque debeo,
probus tamen honestusque fuisset dolus ille quo tuam in me voluntatem excitare forsitan & promereri li-
cuisset: vt cum amare me cœpisses, minis postea laborandum haberem ne amare desineres. Tuam scilicet de
me expectationem, quantumuis maximam humanitatis tuæ magis quàm ingenij mei viribus sustinerè
fortassis potuissem, atque ita summo meo bono experiri quatum distet, ab eone quid accipias, quem iam a-
mes, an ab eo quem amare duntaxat velis. Sed importunas istas & verecundiores, quamuis ipsa etiam ve-
recundia honestas ac laudabiles cunctandi rationes improuisus quidam ac propè mirabilis casus nuper fre-
git. Nam cum superiore Ianuario Lugduni essem, nihilque minus cogitans in eodem hospitio virum cla-
rissimum, necdum mihi tum cognitum Marcum Antonium Lombardum Ruthenum offendissem, vt vidit
hominem qui se non ita dudum Tholosa profectum diceret, illiusque excultissima eruditionis & literatu-
re, quam postea sum admiratus exuberantem magnitudinem vultu verbisque præ se ferret, confestim sicua-
ti soleo de te rogavi, non an te nosset (quis enim Tholosa rediens præsertim Lombardo similis tantum Fa-
brum non nouerit?) sed quomodo valeres, quid ageres, quis denique in tanta ista publicarum rerum om-
nium perturbatione tuarum status esset. Ille, non solum te sibi cognitum esse respondit, verum etiam, quod
summa felicitati gloriaque tribuebat, se tibi per necessarium & familiarem. Tum de te multa honorificen-
tissimè, vt accebat, grauissimèque commemorans sic me oblectabat, vt facile appareret non magis audiendo
me defatigari posse quàm ipsum ea differendo, quæ vterque nostrum honoris tui gratia maximè cuperet &
probaret. Mox vt alij ex alijs sermones, cum me ille & Sabaudum esse & Fabrum nominari comperisset,
vicissim ex me quasi amicissimè, num is ego Faber essem, qui superioribus annis Coniecturarum Iuris
Ciuis libris aliquot in publicum edissem. Anni, quod neque sine manifesto mendacio inscisciari poteram,
neque sine rubore maximo confiteri cum abnuere fortassis gloriosius fuisset. Statim ille sibi gratulari, quasi
preclarum aliquem Fabrum nactus & affirmare lectas à te nugas meas, quòdque magis mirandum erat,
non omnino improbatas: Hoc etiam addito, quòd dixeras, (id verò mihi Deus bone, quàm honorificum!)
gaudere te, quòd suum Fabrum haberet etiam Sabaudia. Dicam liberè. Neque enim Senatorem, præsertim
qui ad Præsidem scribat, mentiri fas est. Non ego quidem is sum, quem vana istius laudis aucupanda fruendi-
deve studium facile moueat, qui nec ignoro quàm honestus cuique sit ea facere propter quæ laudari debeat,
quàm laudari velle, gloriàmque sequi semper, appeti nunquam debere. Sed tamen imperare mihi non potui,
quin subiret continuo suauissima quedam titillatio ex tam magnifica tui de me iudicij relatione. Quis en-
nim adeò sit temperans, vt à tam laudato viro laudari se non solum non patiat, sed etiam non ambiat

ardentissimè? Non quod tibi, cui omnia debeo, magis credere deberem, quàm mihi: sed quia sciebam, quàm solerent efficaces esse ad viros virtutis igniculos in tyronum animis accendendos, & alium virorum prædicationes, quas ego tum etiam cum vel falsa sunt, vel suspecta, pro veris ad laudem cohortationibus accipiendas semper existimavi. Inde verò peropportunitatem mihi occasionem datam credidi, non solum salutandi tui: sed etiam id audendi, quod iam pridem timidius meditabar: ut ex officina mea promerem aliquid, quo, ut fit inter artifices, licet dissimillimos, Faber Fabrum donarem. Etsi enim satis intelligo nihil à me proficisci posse, quod vel dignitatis tue amplitudine, vel observantia erga te mea magnitudine, dignum videri queat: Has tamen cogitationes meas, ut à te non prorsus improbatas iri sperare debeam, facis tu, qui priores approbasti. Nam nisi me fallo habent posteriores hi libri nescio quid insignioris & politioris non dicam eruditionis, sed disceptationis. Nec recusos, si qui erunt qui non probabunt (at erunt sane quàm multi!) sic eos de me iudicare, ut sibi persuadeant in tanto Senatoriarum occupationum concursu, nihil à me in hoc scribendi genere elaborari potuisse præstantius. Mihi, ut videbis, præcipua perpetuaque contentio est cum maiorum, ut ita dicam, gentium interpretibus fere omnibus: sed maxime cum magno illo tuo Iacobo Cuiacio, si tuus magis quàm meus dicendus est, quem ego certè tanti facio fecique semper, quanti alium ex Iustinianæ Iuris Doctoribus, te uno excepto, neminem. Nam ut taceam admirabilem illam, qua excellit in tam vasta scientia edocenda & facilitatem, tantam ille obscurissimis quibusque locis elucidandis diligentiam adhibuit, ut neque in actum penè quicquam reliquerit, neque aliud in scriptis suis desiderandum, præterquam fortasse ingenij tui subtilitatem: quam si tanta coniunxisset industria, Papinianum credo equauisset: sane alios omnes quorum sententijs pro legibus utimur, longo, ut arbitror, interuallo superasset. Tulit ætas nostra maximos in Iurisprudencia viros non paucos, sed præcipuos, si quid mei iudicij est (ceterorum pace dixerim) Antonium Goueanum & Iacobum Cuiacium. Illum, ut mihi quidem videtur, multo felicior ingenio ad Iurisprudentiam natum: sed qui natura viribus tam consideret, ut diligentia laudem sibi non necessariam, minus etiam fortasse honorificam putare videretur. Hunc contra minus lucido præstantique ingenij acumine, sed qui assiduo labore ea quoque se assequi posse crederet, quæ solis ingenij neruis parari queunt. Tu Faber maxime, multo beatior, cui uni, hac nostra ætate à Deo Opt. Max. datum est, & illum ingenio æquare, & hunc diligentia: utrumque haud dubiè utroque superaturus, si tantum tibi ad hæc studia pertractanda otium suppeteret, quanto illi abundarunt. Testantur hoc præclarissima illa totoque terrarum orbe celeberrima promiscua eruditionis tua monumenta, quæ si singula recensere, nedum laudare vellem, utique facerem ineptè, qui putarem ex commendatione mea posse aliquid ad eorum dignitatem accedere. Quò magis mihi verendum est, ne tibi parum accepta sit ea excusatio, quam ex quotidianis Senatoriarum functionum impedimentis, inscitia mea volo prætexere. Tibi, inquam, Faber præstantissime, qui iam ab ipsa inde adolescentia rei & publicæ & literariæ distinctissima studia, tam præclare coniunxisti, ut mutuis illa auxiliis ad gloriam tuam eodem impetu collatis, id unum inter se certamen inisse videantur, utrius beneficio in amplissimo isto Senatus Tholosani, quinimò totius Gallie theatro, maior dignitati tue laudis materia pararetur. Adeo nimirum tibi familiare est sic agere omnia ut singula. Sed pro tua & prudentia & humanitate cogitare debebis hanc inter fabros & artifices differentiam esse, non inter Fabrorum studia & voluntates: nec parum de tuis decessurum laudibus, si pro nullis habeantur quotquot quorum potius comparatione, quàm egregius Faber sis & artifex dignosci oporteat. Restat igitur, quoniam nec ipsas virtutum tuarum imagines, aut oratione adumbrare possum, aut imitatione assequi, te ut iterum atque iterum rogitem, non ut his meis ineptijs iudicij tui auctoritatem impertias: (neque enim tu tibi iudicij pro arbitrio fingere magis potes, quàm ego ingenium mihi) sed quod facere, si libet, licet, ut me ames, & quæ ab optimo animo profecta vides, rudi licet stilo exarata, non planè indigna iudices, quæ tibi offerantur. Quæquam & illud quoque videor pro meo quodammodo iure petere posse, ut ea legendo legas, id est, quæ minus probabuntur seligas, aut si forte expeditius videbitur illa potius quæ probabuntur. Ne dubitandum arbitrum volo ad omnes has dividendas controversias, quæ mihi tam multæ cum tot tantisque viris intercedunt. Nec quam inter te & Cuiacium, adeo longam arctamque fuisse scio necessitudinem, mouere me potest, ut in amicissimi hominis causa ius te dicere prohibeam. Quem enim alium peritiorum possim quærere? Cerè favorabiliorem nec sperare ausim, nec optare: qui video gloriorque iam contigisse mihi antehac non semel in difficiliorum legum nodis dissoluendis, & ijs maxime in quibus non conuenit mihi cum Cuiacio, ut id ipsum ego, quod tu senserim prius etiam, quàm ex scriptorum tuorum lectione quid sentiendum esset didicissem. Quod si hoc amplius ulterò largiri voles (nam flagitare non audeo) ut rescribas aliquando non tantum quid sentias: sed etiam quid ita? tum verò nihil mihi ad absolutam voluptatem & felicitatem deesse arbitror. Non quod iudicio tuo minus quàm ipsissima iuris rationi tribuendum existimem: sed ut pro certissimis sententijs tuear constantius si quando fortasse mihi cum imperitioribus res erit, qui pro me contra te sentire velint. Scis enim idem fere iam nobis quod philosophis euenisse: ut in Iurisprudencia nostra

stra nihil sit tam imprudens quod non suos habeat, eosque ut plurimum pertinacissimos, nec ignobiles defensores. Eris tu mihi instar omnium, longèque præclarior mecum agi putabo, si te ingenuum doctorem experiar, quàm si suspectum laudatorem. Denique habeo te si pateris in Fabrum, Tu me, si placet, in tyronem, quem, ut apud Papinianum, Nicostratus Regulum, eloquentia, probitate ac eruditione tua & meliorem facere possis, si velle voles, & præstantiorem. Bene vale, Faber præclarissime, & quem tui amantissimum vides, fac pro tua liberalitate amantissimum. Ex urbe Chamber. II. Cal. Iul. M. D. X C III.



ANTONII FABRI SEBVSIANI

SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber Septimus.

CAPITULUM I.

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

SVM MARIA.

- 1 De tempore quod indicatis ad soluendum datur.
- 2 Cur in d. l. 3. fideicommissarius in personam non in rem fideicommissi debiti nomine egisse dicatur?
- 3 Non aliter iudicari faciendi dilationem concessam esse, quàm si in personam, non item si in rem actum sit.
- 4 An in d. l. 3. actori commodius fuerit in rem quàm in personam experiri.
- 5 Non bene ab Accursio intellectum fuisse Imperatoris decretum in d. l. 3.
- 6 Vera dicti decreti sententia, & Papiniani mens.
- 7 Heredem in specio d. l. 3. pro toto tempore quod indicatis datur neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnari.
- 8 Reuocatur contraria Accursij & aliorum Interpretum opinio.
- 9 An in d. l. 3. ex illo tempore quod heredi concessum est, actoris qui obtinuit ius immunitum duci possit?
- 10 Heredem non ideo magis moram contrahere, si legati aut fideicommissi solutionem spe detrahenda Falcidia recuset.
- 11 An in d. l. 3. Imperatoris Antonini decreto locus sit, si heres ante sententiam moram in soluendo fideicommissi contraxerit?
- 12 Sententia l. lite contestata. 35. ff. de vsur.

Mota est de fideicommissi singulari inter heredem & fideicommissarium cõtrouersia, cū hic in personam ageret, sibi que fideicommissum deberi contenderet, ille contra solutionem recusaret eo colore quod legi Falcidie locus esse diceret, iudex datus est qui causa cognita fideicommissum salua Falcidia deberi pronunciauit. Certum est condemnatum heredem non prois ad fideicommissi præstationem vrgeri debere, quàm tẽpus illud præterierit, quod iudicatis ad soluendũ datur, triginta scil. dierũ ex duodecim tabulis, aut duorũ mensũ ex posteriorũ Imperatorum constitutionib. aut deniq. ex Iustiniani lege, quadri-mestre l. 2. l. 1. §. cū antiquitas. C. de vsur. res iudicat. Tametsi ante Iustinianũ & Papiniani tẽporib. cuius est l. 2. de vsur. quã interpretandã adgredimur, vsũ receptũ fuisse videatur, ut in arbitrio esset iudicatis tantum tẽporis ad soluendũ dare, quantũ sufficere pro

condenati facultatib. crederetur l. debitorib. 31. D. de re iud. l. si debitori. 21. D. de re iud. Eoq. etiã hodie iure utimur, nõ seruata ea distinctione quæ traditur in l. si se non obtulit. 4. §. si quis condemnatus sit. D. de re iud. ¶ Dixi fideicommissarium in personam egisse. Non quasi in eius fuerit electione vtrũ in re an in personam ageret, ut malè Accurs. & Bart. existimant. Sed quia ante Iustiniani constitutionẽ in l. 2. C. commu. de lega. fideicommissi debiti nomine nulla in re actio cõpetebat, at tantũ persecutio, quo nomine in personam potius, licet rei persequendæ gratia, quã in re actio significatur l. pecunia. 178. §. actionis. de verb. sign. l. actio. 28. D. de oblig. & act. Quã ob causam sic Papinianus in d. l. 3. de vsur. in fideicommissi persecutione. Et quodd scriptũ est in l. 1. C. de vsur. & fructib. legat. siue in rem, siue in personam agatur, de legatis tantũ de quib. etiã illo loco tractatur, nõ itẽ de fideicommissis accipi debet. Neq. enim fideicommissarius siue vniuersalis siue singularis ante fideicommissi restitutionẽ dominus est, l. facta. 63. D. ad S. C. Trib. Nec igitur in re actio ei cõpetere potest, sed tantũ in personam, si iuris ratio potius quã Iustiniani lex inspiciatur, l. testamento. 89. §. quatuor de leg. 1. l. in rem. 23. D. de rei vind. l. Quintus. 27. §. argento. D. de ant. & arg. mund. legat. quod in legatis secus est l. legatum. 80. de leg. 2. l. à Titio. 64. de furi. ¶ Illud sanè verũ est, quod Accursio & Bartolo placet, non aliter eã iudicati faciendi dilationem concessam esse quã si in personam actũ proponatur. Nã cū in re actũ est, Iudicis officio incūbit ut iubeat re quæ petita & adiudicata est, domino statim restitui, Nisi fortè possessor cauetur nõ posse se in præsentĩ restituere, ideoque sibi tẽpus præstitui postulet, neq. frustrationis causa id faciat §. & si in re actũ Inst. de offi. iud. Non enim tã favorabilis causa est eius qui re meã mala fide possidet post litẽ contestatã adeoq. post condensationẽ, quã illius, qui pecuniã aut quid aliud mihi debeat, quippe eo nomine actione in personam proposita cõdenatus est, siue quod facilius res aliena restitui, quã pecunia explicari, aut res alia dari possit (quandoquidem vindicatione is demum tenetur, qui rem alienam possidet, eiusque restituendæ facultatem habet l. officium. 9. D. de rei vindicat.) Siue quod in vindicationis iudicio rei ipsius adiudi-

ratio fiat, non condemnatio personæ, ut proinde possessori, qui condemnatus non est, frustra dilatio concedatur, Nisi per ipsam rem quæ ad iudicata est fiat, quominus statim post sententiam restitui possit. † Quæ ratione actori longè commodius esset in rem quam in personam experiri, nisi ex alia parte actionem in rem illud difficiliorem redderet, quod exactissimam dominij probationem requirit, §. *commodum. Inst. de interd.* cum tamen is qui in personam agit non nisi de iure ex quo dari sibi quid vel fieri oporteat, docere teneatur. Ergo ut ad Papinianum nostrum redeamus, heres de fideicommissio cõdemnatus, non nisi elapso tempore quod iudicatis datur yrgeri potest. At si post id elapsum moram solutioni faciat, quæstionis est, quid de fructibus constitui oporteat. † Et refert Papin. Marci Antonini Imp. decreto cautum esse, ut intermisso eo legitimo tempore quod iudicatis datur vsque ad sententiam, comoda omnia fideicommissarius accipiat. Quod Accursius noster sic intelligendum putat, ut retrocedendo, inquit ille, à die mortis testatoris vsque ad sententiam fructus omnes non tantum qui percepti sunt, sed & qui percipi potuerunt, fideicommissario præstentur: quia verò post sententiam bimestri illo, aut quadrimestri tempore percipiendi erant, nec percepti sunt, minimè præstentur. Nam de iis qui percepti sunt, nec dubitat quin restituantur, quod ut paulò post Papinianus subiicit, ea temporis intercapedo dilationem iudicatis dare, non lucrum adferre debeat. Sed quoniam huic interpretationi non convenit quod Papin. ait, decretum hoc Imperatoris ita accipi oportere si ante iudicis sententiam mora nõ interuenerit, idem Accursius ut se suamque opinionem tueatur, nescio quid comminiscitur de sententia commonitoria quæ præcedat liti contestationem. † Ego verò, sicuti quam ille commonitoriam sententiam dicat non intelligo: ita neque retrocessionem istam commentitiam agnosco, longèque diuersam Papiniani mentem esse pro certo habeo. Illam nimirum, ut ex Imperatoris decreto fructus omnes qui post sententiam de fideicommissio redditam percepti sunt, percipi que potuerunt intermisso tamen, hoc est detracto iudicatis faciendi tempore fideicommissario restituantur, ad aliam vsque sententiam, quam ferri necesse est ut eorum fructuum nomine heres condemnatur. Quoniam enim is qui restituere iussus fuit, si iudici non pareat, iubendus iterum & condemnandus non est, sed manu militari exequenda potius sententia, ut ei si restituenda rei facultatem habeat possessio auferatur: Attamen fructuum omnique causæ nomine condemnationem subsequi & sententiam ferri necesse est. *l. qui restituere. 64. D. de rei vindicat.* quoniam priore sententia nihil de fructibus expressum fuit, neque exprimi potuit, cum in actoris potestate sit iudicatum exigere, nec ad iudicis officium quicquam pertineat futuri post condemnationem temporis tractus, ut eleganter idem Papin. & ad eum Paulus tractant in *l. i. §. 1. de vsur.* ubi ob has causas nec bonæ fidei iudicij iudicem rectè iussurum aiunt interponi cautiones, ut si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis vsuræ fructus (ve pendantur). Mora igitur quam heres post sententiam contraxit, si elapso tempore quod iudicatis datur, non satisfecerit, hæcenus coercetur, ut omnia quæ post condemnationem percepit & percipere potuit comoda ad fideicommissarium deuoluantur. Intermisso tamen & detracto eo tempo-

re quod iudicatis faciendi conceditur. Sic enim Papinianum intelligo ut de fructibus omnibus tam perceptis quam percipiendis loquatur, cum & indistinctè fructuum mentionem faciat, & de iis aperte sentiat, qui in actione ex testamento à die moræ, aut in iudiciis strictis à tempore liti contestatæ debentur. Cuiusmodi sanè sunt tam qui percepti fuerunt, quam qui percipi potuerunt. *l. cum seruus. 20. §. fructus. de legat. 1. l. cum fundus. 31. D. de rebus cred.* † Cui consequens est Antonini rescriptum eò pertinere, ut pro toto tempore quod iudicatis datur, heres neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnatur. Nam & omne illud tempus intermittendum esse constituit, & cum non aliam ob causam quam propter moram quæ post sententiam contracta est ea fructuum condemnatio fiat, Nemo dixerit per heredem contractam videri moram, quandiu is ut sententiæ satisfaciatur interpellari non potest. Mora siquidem fieri non intelligitur ubi nulla petitio est. *l. lecta. 40. D. eodem. l. si pupillus. 127. de rei oblig. l. nulla. 88. de reg. iur.* nec quicquam impudandum est heredi qui iure suo vitur, legis beneficio, quod ei sicut non inutile, ita nec captiosum esse debet arg. *l. sciendum. 21. D. de vsur.* † In quo præcipue errant post Accursium cæteri interpretes, qui fructus omnes medio illo tempore perceptos fideicommissario restitui debere contendunt. Moti tantum ex eo quod apud Papinianum sequitur, eam temporis intercapedinem iudicatis dilationem dare non etiam lucrum adferre debere. Quasi dici possit lucrum ex ea dilatione heredi accessurum si ita ius cõstituitur, ut liceat ei fructus quos interim perceperit retinere. Ac sanè sic res haberet, si quod de lucro Papin. ait tam generaliter & absurdè quam illi putant, intelligeretur. Sed planè aliam Papiniani sententiam esse vel ex eo maxime cognosci potest, quòd fieri certè nequeat quin ex ea dilatione lucrù aliquod condemnato accedat. Alioqui nec beneficio vllò affici videretur, nec quicquam causa esset cur daretur ei dilatio. † Id igitur Papin. sibi vult, Eà temporis intercapedinem non debere condemnato prodesse ut lucrum consequatur ex quo actoris qui obtinuit ius imminutum videri possit. Ita enim eueniret ut melior eius conditio esset post cõdemnationem quam antea fuisset. At qui non possit dicere diminui aliquid de iure fideicommissarij licet nihil ei des ex fructibus quos heres legitimo illo tempore post rem iudicatam percepit, siquidem ut Papin. subiungit, decretum illud Antonini sic intelligendum est si ante sententiam de fideicommissio latam heredis mora nõ interuenerit. Quo casu sicut nullum in fructibus ante sententiam perceptis fideicommissario ius quæsitum dici potest, quorum scilicet non nisi post contractam moram ratio vlla habeatur: Ita neque iniuria affectum se queri poterit quamuis torum id iudicatis faciendi tempus à fructibus dependendis immune esse admittamus: Cũ fructuum præstandorum obligatio neque ex sententia nasci possit, per quam nihil de fructibus pronuntiatum est, neque ex mora post sententiam contracta, quòd toto eo tempore nec fideicommissarius quicquam exigere, nec antè quam exigi ceptum sit mora per heredem contrahi potuerit. *d. l. i. §. 1. de vsur.* † Esti autem vix est ut ad iudicem perueniatur, quin prius mora contracta sit, quæ & per interpellationem extra iudicium testatò, atque opportuno loco & tempore factam, & saltem à liti contestatæ acceptique iudicij tempore contrahi solet, plerunque tamen

tamen accidit cum de legatis aut fideicommissis controuersia est, ut solutionem heres recuset, eoque nomine litem contestetur, nec ideo magis moram contrahat, fortè si legi falcidiæ locum esse dicas & ex iudicij euentu verum id esse appareat. Est enim ea iusta causa differendæ solutionis si fideicommissarius nolit aut non possit cauere satisfactò se si quid amplius quam per legem falcidiam liceat, acceperit, restitutum. Neque aliter hoc casu condemnari heres potest ad vsurarum aut fructuum præstationem, à tempore liti contestatæ, quam si legi falcidiæ locum non esse constiterit. *l. 2. C. de vsur. & fructib. legat.* Falcidia namque interueniente nihil sanè est quod heredi imputetur qui prætoris Edictum secutus iusta ex causa solutionem recuauerit. *l. i. & tot. tit. Si cui plus quam per leg. Falcid.* † Ac tum demum rectè Papinianus Antonini decretum procedere existimat ut fructuum nomine qui post sententiam intra iudicati tempus percepti sunt, heres non condemnatur. Nam si ante sententiam mora interuenerit, hoc est si frustrandi causa & per calumniam heres falcidiam obiecerit, nulloque colore fideicommissi præstationem distulerit, Papiniano placet nihil ei relinquendum esse ex fructibus qui post sententiam percepti sunt aut percipi potuerunt, neque minus habendam rationem eius temporis quod post condemnationem iudicatis datur, quam illius quod post moram in iudicati executione contractam secutum est. Itaque Imp. Antonini decreto locum hic nõ esse ex ea parte qua tempus illud iudicati intermittendum esse constituit. Quam in sententiam mouetur sanè pereleganti ratione, quòd heres qui fideicommissario moram fecit iam inde ab eo tempore quo mora contracta est fructuum omnium præstandorum necessitate adstrictus esse cœperit. Quod cum ita sit, qua tandem inquit ratione dici possit liberandum eum à fructuum præstatione pro legitimi temporis spatio. Ideò duntaxat quòd per sententiam victus sit & condemnatus? Nemo utique dixerit meliorem esse debere conditionem heredis condemnati, quam si nondum lata esset sententia. Alioqui eueniret ut res iudicata ei proficeret, eontra quem iudicatum fuisset, quod euidenter iniquissimum esse Iulianus ait in *l. euidenter. 19. D. de excep. rei iudic.* & elegantius idem noster Papinianus in *l. postquam. 5. §. 1. D. de legat. nomin. caueat.* † At iam vsque ex eo tempore quo mora contracta fuit & ante sententiam fideicommissi fructus vsuræ debebantur. *l. si quis bonorum. 23. de legat. 1. l. si quis seruo. 84. de leg. 2. l. si quis. 29. de legat. 3. l. respondit. 14. l. equis. 39. D. de vsur.* Ergo & post sententiam debebantur. Moram enim semel interuenisse sufficit ut perpetuò debeantur. *l. T. iria. Seio. 87. §. vsuras de legat. 2.* hoc est etiam post litem contestatam. Qui sensus est *leg. lite contestata. 35. de vsur.* multoque magis post sententiam quæ lucrum adferre condemnato nunquam potest. Quamquam enim dici solet tam liti contestatione quam iudicati actione nouatione quandam fieri. *l. aliam. 19. D. de nouat. l. ult. Cod. de vsur. rei iud.* Ea tamen rationis illius natura est, ut nec eius qui litem contestatur, nec eius qui obtinuit deteriori conditionem efficiat. *d. l. aliam. l. non solet. 86. cum seq. de reg. iur.* Idque nimirum est quod Papin. ait, eam temporis intercapedinem quæ condemnatis ad iudicatum faciendum conceditur, dilationem duntaxat iis dare, nõ etiam lucrum adferre debere. Lucrum namque maximum sentiret heres condemnatus, adeoque ex fideicommissarij damno si toto illo iudicatis faciendi tempore fructus nullos deberet, quos

iam inde à tempore moræ, si ante sententiam percepti essent, debuisset. Denique id Pap. contendit, ut quòd ante condemnationem ex heredis mora fideicommissario quæsitum iam erat in fructibus ex fideicommissio perceptis aut percipiendis, postea per sententiam, quæ pro fideicommissio lata sit, neque auferri neque imminui potuisse. Si quæsitum ius nullum erat, impunitam heredi esse legitimi post sententiam temporis cunctationem. Quod ut apertius comprobet, exemplum aliud subiicit de iudiciis strictis. *§. in his quoque*, de cuius etiam sententia & emendatione, quoniam longiores iam fuimus, sequenti capite videamus.

CAPVT II.

Emendatio §. in his quoque. eiusd. legis.

SUMMARIÆ.

- 1 Quo sensu dici soleat, In strictis iudiciis à die liti contestata præstandam actori omnem causam in eum vsque diem quo sententia dicitur.
- 2 Restituitur negatio in d. §. in his quoque.
- 3 Respondetur obiectioni contra emendationem allatam, & explicatur *l. vlt. C. de rei iudic.*

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

ris Papinianum hac parte constituere voluisse in iudiciis strictis quod in actione ex testamento constituendum dixerat, apertissime demonstrat series contextus in illis primis verbis in his quoque iudiciis, quæ ille adiecit ut omnes intelligerent, decretum illud Antonini de non restituendis fructibus intra iudicati faciendi tempus perceptis, ita accipi semper oportere, si ante sententiam nondum nata fuerit eorum restituendorum obligatio. Nata, inquam, vel ex litis contestatione in strictis iudiciis, vel ex mora per interpellationem contracta, in ceteris. In iudiciis quidem bonæ fidei propter bonam fidem, in arbitrariis propter arbitrium iudicis: In actione ex testamento neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis (quoniam cum ex vnius hominis voluntate non ex pluriū consensu nascatur, nec bonæ fidei esse potest, nec arbitraria) sed ex voluntate, & iudicio testatoris. Facile autem potuit librarij & exscriptoris inciticia prætermitti negatio quam nos restituumus, cum fortè scriptum esset, quomodo in Florentinis scribi solet paucioribus sed maiusculis literis *IMMUNE* NEC est pro eo quod apertius scribi poterat *IMMUNE* nec est. sic in *l. Prætor edixit. 7. de iniur. §. sed & si quis. Vlpia. ita scribit certè his qui sunt in potestate prorsus nec competit. Quod si durius id putes malisque legere immune non est, nec ego repugnabo. Nam & erroris interpretis fortasse imperiti causam præbere illud potuit, quod dictionem illam certè qua Papin. utitur sic accepit, quasi exceptionem significet, cum magis propriè & eleganter designet affirmationem, ut & in *d. §. sed & si quis.* Neque video quid huic nostræ emendationi possit obiici præter Iustiniani Constitutionem in *d. l. vlt. C. de usur. rei indic. vbi ille disertis verbis constituit, ut usurarum quæ ex priore contractu debentur, quæque in condemnationem deductæ sunt, cursus post sententiam inhibeat, nec nisi sortis usuræ centesimæ post quadrimestres, ut loquitur, iudicis præstentur. An quod alia ratio sit fructuum alia usurarum ut Accursius, Bartolus & ceteri existimant? Non puto. Nam licet alioqui minùs fauorabilis sit usurarum quàm fructuum præstatio propterea quod pecunia sui natura sterilis sit, quæ aliam pecuniam parere nequeat, generaliter tamen traditum est usuras vicem fructuum obtinere, præsertim verò in legatis & fideicommissis, nec à fructibus separari debere *l. usura. 34. D. de usur. & fructib.* Et ratio qua Papinianus mouetur non minus in usuris quàm in fructibus obtinet, ut facile ex superioribus intelligi potest. Fuèrit ergo fortasse probabilius, loqui Iustinianum de iis tantùm usuris quæ ex priore contractu debita sint, quarum non eadem hac parte ratio est quæ usurarum ex mora debitarum. Siquidem, ut Iustinianus ait, nouatur iudicis actione prior contractus, ideoque usurarum quæ ex eo debentur cûrsus inhiberi minùs absurdum est *l. nonatione. D. de nouat. licet ea nouatio, si iuris rationem spectes, nunquam victori damnosa esse debeat, ut supra diximus. In eoque nimirum Iustiniani Constitutio nouum ius potius quàm iuris rationem continet. At ex contrario nemo dixerit priorem moram quæ vel ante iudiciū vel in ipso iudicio contracta sit, purgari per sententiam. Neque igitur usurarum, quæ ex ea mora debebantur, cursus per sententiam interrumpetur. Sunt enim hæc fauorabiliores, & creditori hæc parte utiliores, quàm quæ ex conuentione debentur, quarum ratione propter conuentionem superuacanea est omnis de mora quæstio, ut docuimus *lib. 1. Constit. cap. 1. in explicatione l. qui Roma. 122. in princ. de ver-****

borum oblig. Denique manifesta ac necessaria iuris ratio cogit omnino, ut quam Papinianus ad Antonini decretum interpretationem induxit, verbis licet quodammodo repugnantibus, eadem ad Iustiniani Legem & constitutionem accommodetur: Aliam non huic dissimilem emendationem subiiciemus infra cap. 5.

CAPVT III.

De fructibus & usuris legatorum ac fideicommissorum.

SUMMARI A.

- 1 An legatorum & fideicommissorum usura & fructus à die litis contestata, an verò à die mora debeantur?
- 2 Accursij & Bartoli in hac questione distinctio.
- 3 Reijcitur Interpretum distinctio inter fructus speciei, & usuras pecunie legata.
- 4 Aliam esse rationem rei legata, aliam fructuum ex re legata perceptorum.
- 5 An ea que seruus legatus nec dum traditus, per stipulationem, traditionem vel donationem acquisiuit, in fructibus habeantur, an verò ad proprietatis causam pertineant?
- 6 Cur legatum quandocunque à legatario agnatum, iam inde à die mortis testatoris legatario acquisitum videatur?
- 7 An in fructibus legatorum ista retrofictio locum habeat?
- 8 Reijcitur Cuiacij distinctio inter fructus ex legato vindicationis, & fructus ex legato damnationis perceptos.
- 9 De fructibus legatorum aut fideicommissorum ad pias causas.
- 10 An fructus legati, qui mortis testatoris tempore pendebant, legato cedant?

Superioribus finitima est & illa quæstio, quam hoc capite latius tractandam proponimus, De usuris & fructibus tam legatorum quàm fideicommissorum. In qua dubitationem potissimum facit quod Papinian. in *l. 3. in princip. de usur.* apertè scribit, in fideicommissi persecutione fructus quorum eadem quæ usurarum ratio est, non à litis tantùm contestatione deberi ut in iis iudiciis contingit, quæ nec arbitraria sunt nec bonæ fidei, sed à tempore contractæ moræ. Imperatores verò in *l. 1. 2. & vltim. Cod. de usur. & fructibus legat.* contrà, ut videtur rescripserunt, legatorum & fideicommissorum fructus ac usuras ex eo tempore deberi, quo lis sit contestata. Quod & Iuliano placet in *l. quasiuum. 91. §. vltim. de legat. 1.* Mihi semper probata est Accursij, Bartoli, & sequacium sententia, qui quod ab Imp. rescriptum, & à Iuliano responsum est, sic accipiendum putant, si ante litis contestationem mora nulla præcesserit. Neque enim semper præcedit, sed ita demùm si priusquam iudicium acciperetur interpellatus heres testato, congruoque loco & tempore fideicommissum, aut legatum soluere recusauerit. Quod quia testibus plerumquæ probandum est, nec facile sciri potest an eo interpellationis genere mora contracta sit nec ne, cum ea disceptatio facti potius sit quàm iuris *leg. mora. 32. de usur.* inde fortassis factum est ut litis contestatæ potius quàm moræ Imperatores meminerint, non quasi præcedentis moræ ratio nulla habenda sit, si commissam

missam eam esse appareat, sed quòd vix sit ut non saltè eo tempore quo litis contestatio fit mora contrahatur. Nam statim atque legato aut fideicommisso præstando mora facta est, siue interpellatio tantùm extraiudicialis interuenerit siue contestatio subsequuta sit, testatoris voluntas quæ hac parte spectari potissimum debet, fundet sanè ut ea omnia legatarius aut fideicommissarius habeat quæ habiturus erat si testatoris iudicio heres paruisset. *l. equis. 8. l. respondit. 14. l. equis. 39. D. de usur. l. si quis bonorum. 23. de legat. 1. leg. si quis seruo. 84. de leg. 2. l. is qui. 26. de legat. 3. leg. generaliter. 24. §. proinde de fidei. libert.* Scio esse qui putent dici posse subtiliter, fructus speciei legata ad eum pertinere qui ipsius rei sit dominus, ex *l. si ubi homo. 86. §. cum seruus. de legat. 1. leg. Herennius. 41. alias l. fructus. D. de usur. hoc est, inquit illi, post Accursium, Bartolum, & alios, ad legatarium aut fideicommissarium à die mortis testatoris, quandoquidem dici solet rei legata dominium recta via transire à testatore in legatarium, *l. à Titio. 64. de furt.* Usuras verò certæ pecuniæ legata non prius ab herede deberi, quàm in ea pecunia præstanda cuius ipse interim dominus est, moram fecerit. Sed si quid mei iudicij est, neque subtilis est distinctio hæc, neque probabilis. Cum enim usura vicem fructuum obtineant, perpetuò & generaliter verum est quod Vlpianus ait in *l. usura. 34. de usur.* non debere eas à fructibus separari, præsertim cum de legatis & fideicommissis disputatur. Neque ex eo quod dicimus rei legata dominium recta via transire à testatore in legatarium, bona consecutio est: Fructus ergo omnes, quos ex specie legata post mortem testatoris heres perceperit, ad legatarium pertinere. Alia namque ratio est rei legata, alia fructuum ex re legata perceptorum. Res ipsa quæ legata est, ex testamenti verbis & testatoris iudicio debetur. Fructus verò, sicut legati non sunt, ita neque ex testamento deberi possunt priusquam mora per heredem contracta sit, ut apertè Africanus docet in *l. quasiuum. 40. de acquir. rerum domini. vbi tractans de legato fundi ait, ex eo demum tempore incipere heredem fructus suos non facere ex quo rem legatam soluit. Cum tamen non eò minus legati fundi dominium à die mortis testatoris legatario etiam ignorati quæsitum intelligatur, quòd heres legatum nesciat. Quam ob causam nec in hereditatis restitutionem quæ vniuersalis est veniunt fructus siue testatoris iudicio, siue fideicommissarij non petentis negligentia percepti sint, quamuis qui ex iudicio testatoris percepti probantur in falcidiam imputentur. *l. in fideicommissaria. 18. l. heredes mei. 57. D. ad S. C. Trebellian. l. quod his verbis. 83. de legat. 3.* Nec simile est quod Iulianus scribit in *dict. §. cum seruus,* legato seruo non tantum ipsius serui statum in suspeso esse, sed eorum etiam, quæ personam eius attingunt, quæque is per traditionem acceperit, aut stipulatus fuerit, quæve ei legata aut donata fuerint, ut ea omnia legatario si legatum non repulerit ex die adita hereditatis quæsitæ videantur, vel heredi, si legatum repudiauerit legatarius. Non enim habentur in fructibus illa, quæ per traditionem seruus accepit, aut stipulatus est, nec quæ ipsi donata aut legata sunt, sed ad causam proprietatis spectant, ideòque ad proprietarium non ad fructuarium pertinent, *l. acquiruntur. 10. §. de his D. de acquir. rerum domini vbi scriptum est in fructu serui nihil aliud esse nisi quod ille ex operis suis, vel ex re fructuarij acquirit.* Separatur autem hac parte causa proprietatis à fructibus, quia quod ad proprietatem rei legata pertinet necessaria est retrofictio, ut quandocunque agnatum à legatario legatū**

videatur iam inde à die mortis testatoris legatario acquisitum: Ne alioqui, si admitteremus legatarij dominium fuisse interea heredis, ut reuera fuit, consequens fieret ut legatum acquiri legatario postea non posset, atque ita intercideret potestas legis duodecim tabularum quæ legandi licentiam dedit, *l. verbis legis. 120. de verborum signific. Nam & de sua tantum cuique pecunia legare permisit, & dominum, quod post testatoris mortem heredi eius quæsitum esset, non posset ab eo inuito vel ignorante postea abscedere, l. si ergo. 9. §. 1. de iur. dot.* Necesse igitur fuit per interpretationem prudentium ad legem duodecim tabularum inducere fictionem, ut legati dominium, quod pendente agnitione & toto medio tempore reuera fuit heredis, nunquam eius fuisse videatur, sed legatarij, ac si statim mortuo testatore legatarius legatum agnouisset, sicut & eadem fictione induci necesse fuit ut hereditas quandocunque agnita ab ipso mortis instantis agnita videatur, licet negari non possit quin ante aditionem re vera iacuerit. Nempe ut dominij continuatio impediatur, ne iacente hereditate res hereditariæ quasi nullius sint, fieri possint occupantis. Idque est quod ait, *l. legatum. 80. de leg. 2.* legatum ita facere legatarij rem legatam, sicut hereditas facit heredis res singulas. vtrumque enim sit eiusdem legis potestate, & eiusdem beneficio fictionis. At in fructibus legatorum, quia non sunt legati, retrofictio ista non est necessaria ad conseruandam legis potestatem, quæ non nisi de legatis locuta est. Proinde nec in iis locum habere potest, quia fictio nunquam nisi ex necessitate inducenda est. Minùs quoque ad rem pertinet, quod ex Modestino obiicitur in *d. l. Herennius,* fructus qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere. Est enim longè alia illius legis sententia, de qua, quoniam obscurior locus est, & qui in quaestione ista præcipites egit quotquot sunt interpretes, differemus copiosius sequenti capite. Sed neque probabile est, quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius distinguendum putat inter legata vindicationis, & damnationis, ut horum quidem fructus non nisi ex tempore moræ, illorum verò ex aditionis die debeantur. Nullo siquidem iuris loco videas Iurecòsultos aut distinctionem hanc inducere, aut in quaestione ista spectare tempus aditæ hereditatis, Nisi fortè in *§. vlt. l. nihil proponi. 120. de legat. 1.* qui tamen locus non eam rationem habet, quòd ab eo tempore mora contracta videatur, ut quidam scripserunt (quid enim si non nisi longo post interuallo legatum petitum sit?) sed quòd de iis fructibus loquatur ibi Vlpianus, qui ab ipso legatario percepti sunt, in quibus sanè nihil iuris habere heres potest. Igitur perpetuò verum est, quod volumus, Ita demum fructus legatorum aut fideicommissorum, ad legatarios vel fideicommissarios pertinere, si aut ab ipsis percepti sint, aut ab herede post moram per eum contractam. Nisi fortè ad pias causas legatum aut fideicommissum relictum sit, quo casu fructus à tempore mortis deberi singulari piæ causæ iure Iustinianus constituit, *Novell. 131. de eccles. iur. §. si autem heres.* Ita tamen si heres intra sex menses ab inscriptione testamenti numerandos relictum præstare distulerit. Sanè fructuum, qui mortis tempore pendeant alia ratio est. Hos enim legato cedere non tanquam legati fructus, sed tanquam legatos Paulus scribit, *lib. 3. Sentent. tit. u. De legat. neque est qui de eo dubitet. Nā ut Papin. eleganter ait in l. cum vnus. 10. §. verbis de alim. legat. toties de mora quærendū est, quoties de usuris aut fructibus fideicommissi quæ-*

ritur, non de ipsius fideicommissis. cum etiam si mora nulla per heredem contracta sit, non eò minus tamen debeat quicquid est in legato vel fideicommissis. Fundo autem legato, fructus quoque pendentes legatos videri constat, utpote qui fundi ipsius partem efficiant vulg. *l. fructus pendentes. D. de rei vendic.* quod generaliter verum est, siue de maturis fructibus intelligas, qui elegantius pendentes dicuntur, siue de ceteris, qui nondum maturi terra tamen contineantur, *l. fundus. 17. D. de action. empr.*

CAPVT IV.

Interpretatio. *l. Herennius. 42. aliàs. l. fructus.*

D. de vsur.

SVMARIA.

1. *Diuersam esse in d. l. Herennius legati & fideicommissi rationem.*
 2. *Cur fideicommissi dominium non aliter fideicommissario queratur, quam si res per fideicommissum relicta ei ab herede tradita sit?*
 3. *Cur Iulianus neget fundi ex fideicommissi causa traditi dominium fideicommissario acquiri?*
 4. *Verba illa d. l. Herennius post acquisitum dominium de bonitario domino accipienda esse, non de Quiritario.*
 5. *Bonitarium dominium ex Prætoris iurisdictione subsecuta demum traditione acquiri.*
 6. *An, si maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterierit, nihilominus fructus omnes qui à fideicommissario percepti sunt, ad eum pertineant.*
 7. *An eadem sit hac parte legati quæ fideicommissi ratio?*
 8. *An hodie fructus fideicommissi ex terra percepti, post acquisitum fideicommissario dominium ad eum pertineant?*
 9. *Heredem qui ante moram legati aut fideicommissi fructus percepit, plus quam bona fidei possessorem esse.*
 10. *Quomodo Accursus, Bartolus & alij Modestini responsum in d. l. Herennius, cū alijs locis conciliarint.*
 11. *Respondetur ad l. quæsitum. 40. de acquiren. rer. dom. qua est de fructibus legati ab herede perceptis.*
- I**ud primùm obseruandum est, quod nostri non obseruauerunt, Modestinum hac lege non de legato tractare, sed de fideicommissis. Diuersa enim est, quod ad propositam disputationem pertinet, legati & fideicommissi ratio, propterea quod legatum si à legatario agnatum sit, iam inde ex tempore aditam hereditatis ipsi acquisitum intelligitur, *l. si tibi homo. 86. cum seruus de legat. 1. id est à morte testatoris. l. a Titio. 64. D. de furt.* siquidē heres quandoque adeat hereditatem, iam tum à die mortis adiuile intelligendus est, *l. heres quādocumque. 54. D. de acquir. hered. l. omnia ferē. 154. de reg. iur.* Fideicommissi verò dominium non aliter fideicommissario queritur, quam si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, ei tradita sit ab herede. Lex enim duodecim tabularum quæ testandi ius induxit, *l. verbis legis. 120. de verb. sign.* de legatistantum locuta est, de fideicommissis nihil dixit. Quæ ob causam, quod sanè magis mirum videri debeat, licet traditam sibi rem ex fideicommissis acceperit fideicommissarius, Iuliano tamen placet possessionē duntaxat ademptam non etiam dominium videri, *l. qui vsusfructum. 3. D. si vsus. petar.* Nimirum quod fideicommissa iuris vinculum nullū habeant, & ex Prætoris fideicommissarij iurisdictione non ex lege aliqua aut cōstitutione civili pendant. At iure Quiritium vt Vlp. in Titulis scribit *tit. 19. de dominij & adqui. rer.* non nisi sex modis transferri dominium potest, traditione, mācipatione, vsuca-

pione, cessione in iure, ad iudicatione, & lege. Inter eos trāsferendi dominij modos Prætoris autoritas & iurisdictione nō est, indeque etiam euenit quod alio loco monuimus vt heredem facere Prætor non possit, *l. quos autem. Inst. de bon. posses.* quia heredis appellatione dominus propriè significetur, *l. vlt. Inst. de hered. quali. & differ. 1. 3. §. pen. D. de minor.* Quid si traditio transferendi dominij modus est, vt Vlp. fatetur & certissimū est, *l. traditio dōbus. 20. C. de pact.* † Cur negat Iulianus fundi ex fideicommissi causa traditi dominij fideicommissario acquiri? Nempe quia nunquā nuda traditio transfert dominij, sed ea tantum quæ fiat ex iusta causa, *l. nunquam. 31. D. de acqu. rer. dom.* Iustam autem causam intelligimus quæ iure cognita sit & approbata. Proinde fideicommissi titulū quem ius ciuile, sicuti diximus non agnoscit, pro iusto nō admittimus. Neque est contrariū quod Marcellus ad Pomponiū in *l. filiusfamilias. 16. qui testam. facer. poss.* eandē rationem constituere hac parte videtur legati & fideicommissi. Id enim eo pertinet, vt actiones quæ pro legatis & fideicommissis cōpetunt, ignorantibus legatariis aut fideicommissariis acquirantur, sed nō vt eadē actiones his quæ illis cōpetāt, nec vt fideicommissi perinde ac legati dominium transeat recta via à testatore in fideicommissariū. Vt ad eum locū tractabimus *lib. seq. c. 19. †* Quod cum ita sit, iustius quis miretur quod in *d. l. Herennius*, scribit Modestinus post acquisitū ex causa fideicommissi dominium. Nisi dicamus quod à celeberrimo doctore meo D. Ioanne Antonio Manutio perleganter & eruditè traditum accepi, duplicē fuisse Digestorū iure dominij speciem & differentiam. Vnius quod ex iure Quiritium dicebatur, de quo Iulianus loquitur. Alterius verò quod bonitariū dicere liceat quoties ē aliquā in bonis quis haberet, De quo sanè accipiendum est illud Modestini, sicut & quod scriptū est in *l. 1. D. de bonor. posses.* bonorū possessionē quæ ex Edicto proficiscitur dominium tribuere rerū hereditariarū. Sēsus enim est bonorū possessionem à Prætorē cōcessam efficere vt res hereditariæ fiant in bonis eius qui possessionē admiserit. Quod à viro doctissimo Iacobo Cuiacio animaduersum non est qui perperam eum locū de possessionis dominio intellexit. Nec dissimile est quod Paulus scribit in *l. 2. §. vlt. D. si ex noxal. caus. agat.* seruum qui cum noxali iudicio nō defenderetur Prætoris iussu ductus est, in bonis actoris esse cōpisse. Et quod Vlpianus ex Iuliano tradit in *lege si finira. 15. §. Iulianus De damn. infect.* cum qui in possessionem mittitur damni infecti nomine nō prius incipere per lōgum tēpus dominium capere id est, dominij ex iure Quiritium, aut si maius Quiritiarium acquirere; quàm secundo decreto fuerit à Prætorē dominus constitutus. Quod etiam pertinet, *l. 1. D. de fund. dotal.* Quamquam enim semel acquisitum dominium magis acquiri non potest, *l. non vt ex pluribus. 119. de reg. iur.* nihil tamen absurdū est eum qui dominus bonitarius factus sit, ex alio iure dominium Quiritiarium acquirere, quia duplex diuersūque dominium est. † Denique quoties dominium ex Prætoris iurisdictione acquiri legimus, de bonitario tantū non etiam de Quiritario intelligere debemus. Quamuis non ignorem Constitutione Iustiniani sublatam eam differentiam in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollen.* Cæterum neque ex eo solo quod fideicommissum relicta est, dominium bonitarium fideicommissario acquiritur, sed ita demum si traditio subsecuta sit, *d. l. qui vsusfructum.* Perpetuò namque verum est dominij bonitarium à Prætorē non tribui, nisi cui prius possessio quæ sita sit, quomodo & in Prætorio pignore obtinet, vt non aliter

ter constitutum intelligatur quàm si ventum sit in possessionem, *l. non est minus. 26. §. 1. de pignor. act.* Igitur quod scriptum est in *d. l. leg. Herennius*, fructus qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere, perinde est ac si quis diceret fructus ab ipso fideicommissario post fideicommissi restitutionem & traditionem perceptos ad eum pertinere. Quod certè dubitationem nullam haberet, nec dignam elegantia Modestini sententiam, tamen in legatario quoque idem traditum sit in *l. nihil proponi. 120. §. vlt. de leg. 1.* si non illa verba adiecta essent, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterierit, *†* De illo enim duntaxat Modestinus querit. An si maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterierit, nihilominus omnes fructus qui à fideicommissario percepti sunt ad eum pertineant. In quo dubitandi causa illa occurrebat, quod non nisi pro rata temporis pertinere viderentur, quomodo dici solet cum de dotis fructibus soluto matrimonio diuidendis disputatur, *l. de diuisione. 5. l. fructus. 7. §. Papiannus, aliàs l. diuortio. D. solut. marim.* Sed decisionis ratio est, quod qui fructus à fideicommissario percipiuntur, ex testatoris iudicio & voluntate percipiuntur, ideoque nulla ex parte ad heredem spectare debeant, qui fideicommissis præstito nullum amplius aut in re ipsa aut in eius fructibus ius habeat. † Eademque hac parte legati ratio est, vt quod Vlpianus ait in *d. l. nihil proponi. §. vlt.* fructus ex fundo purè legato post aditam hereditatem à legatario perceptos ad ipsum pertinere, ita accipiatur, licet maior anni pars ante diem legati cedentem præterierit, solaque conductori superfit aduersus heredem ex conducto actio. Enimvero cum hodie ex Iustiniani Constitutionibus in *l. 1. §. 2. C. commun. de legat.* eo iure vtatur, vt in omnibus exæquata sint legata fideicommissis, nec minis fideicommissorum singularium quàm legatorum dominium statim in fideicommissarios transeat, eoque nomine citra vllam traditionem agere iis in rem liceat. † An dici poterit ex Modestini sententia fructus fideicommissi qui ex terra percipiuntur post acquisitum fideicommissario dominium ad eum pertinere? Minimè verò, Nisi ab ipso fideicommissario perceptos fuisse proponas. Quandoquidem ex iis quæ diximus apparet Modestini temporibus fideicommissi fructus non tam propter dominij acquisitionem, quàm ex causa factæ traditionis, ipsorumque fructuum perceptionis ad fideicommissarium pertinuisse, ob eamque rem nec legatario alios fructus acquiri potuisse quàm qui ab ipso percepti essent, *d. l. nihil proponi. §. vlt.* si nulla heredis mora interuenisset, vt superiori capite docuimus, tamen iam inde à morte testatoris legati dominium in legatarium transisse intelligatur. Separata enim est causa dominij, & fructuum, nec quicquam prohibet alienæ rei fructus ad eum pertinere qui dominus non sit, si modò percipiendorum fructuum ius aliquod habeat, vt contingit in bonæ fidei possessore, *l. bona fidei. 48. D. de acquir. rerum dom.* de quo scripsi *lib. 5. cap. 17.* itémque in creditore *l. vlt. de pign. habente*, aliisque similibus. † Atqui heres qui ante moram legati aut fideicommissi fructus percepit, etiam pro eo tempore quo rei legata aut per fideicommissum relicta dominium ad legatarium vel fideicommissarium iuris potestate, & retroflectione pertinere ceperit, non solum bonæ fidei possessor est, sed etiam plus quàm bonæ fidei possessor, quia licet rem legatam aut fideicommissis obnoxiam esse sciat, euenire tamen potest vt legatum aut fideicommissum repudietur, quod si eueniret, nihil vnquam iuris lega-

tario aut fideicommissario in ea re quæsitum videretur; *d. l. si tibi homo. 86. §. cum seruus de legat. 1.* vt proinde imputari iis possit cur in petendo non fuerint diligentiores, potius quàm heredi qui fructus percipiendo ante contractam moram suo tantum iure vsus est. In eoque melior conditio est heredis quàm bonæ fidei possessoris, quod hic perceptos fructus, si modò extent, restituere cogitur, *l. certum. 22. C. de rei vendic.* Illè verò nec si omnes extent qui ante moram percepti sunt, vllos tamen restituit, quod eos non tantum bonæ fidei, sed etiam iure sup. propter legatarij aut fideicommissarij non petentis negligentiam perceperit, argu. *l. mulier. 22. §. si heres. D. ad S. C. Trebell.* Neque illa iuris retroflectio quæ in legati & fideicommissi dominio locum habet, ad fructus quoque extendi potest, quia cum non sint in legato, nec legis duodecim tabularum potestas, nec fictionis inducendæ necessitas ad eos pertinet, vt superiore capite explicauimus. Quàm autem verum sit heredem etiam qui legatum aut fideicommissum à se relicta sciat bonæ fidei possessori nihilominus comparandum, vel ex eo constat quod nostris placet iuuari eum posse longissimi temporis præscriptione si ante triginta annos legatarius aut fideicommissarius relicta non agnouerit, cum tamen certissimum sit ex regula iuris Pontificij nunquam ea præscriptione defendi posse quisquis malæ fidei possessor fuit. † Hæc verò omnia pessimè vulgò interpretes explicant, qui vt Modestini responsum concilient cum tot alijs iuris locis quibus proditum legimus deberi fructus legatorum & fideicommissorum à die moræ vel litis contestatæ, locos illos omnes coarctant ad eum casum quo aliena res legata aut per fideicommissum relicta sit, quod tunc dominium rei quæ non fuit testatoris statim transire non possit in legatarium aut fideicommissarium. Quasi verò quoties propriam rem testator reliquit, fructus omnes dominij iure legatario aut fideicommissario acquiri ex die mortis necesse sit. Sic enim Accursus Bartolus, Castrensis, & ceteri ad *l. 1. Cod. de vsur. legat.* & alibi sæpe. Quo sanè tantorum pace virorum dixerim, somnari nihil potest ineptius. † Illud difficilius est, & iis quæ supra diximus penè ex diametro contrarium Africanus scribit in *l. quis fructum. 40. de acquir. rerum dom.* iis verbis *quia etsi fundum suum quis legauerit, heres qui legatum eum esse sciat proculdubio fructus ex eo suos non faciet.* Necdum sanè mihi liquet quid commode responderi possit. Nouus Africani interpretis quasi non viderit prætermisit. Idem veteres quoque interpretes fecerunt. Nos inscitiam nostram proderè malimus, quàm dissimulando fallere. Nisi dicas, quod non fuerit improbabile sic intelligendum Africanum, vt ita demum heres non faciat suos fructus rei legatæ ex quo legatum sciuit, si iam tum legatarius legatum agnouerit, & petierit. Alioquin sanè quandiu non est agnatum legatum, non est in mala fide heres qui rem legatam retinet, eiusque fructus percipit, cum in eo sit legatum vt repudiari possit. Aut si sola heredis scientia sufficit ad inducendam hac parte malam fidem & impediendam fructuum acquisitionem, dicendum esset omnimodo & indistinctè fructus omnes à die mortis restitui legatario debere, quandoquidem fieri nequit vt heres sciat scriptum se heredem quin sciat etiam legata omnia eodem testamento relicta. Propter quam causam si legatum petatur non iubet Prætor verba testamenti edere, cum sufficiat heredem habere exemplum testamenti vt sciat quid sit legatum, *l. 2. D. de edend.*

CAPVT V.

Emendatio l. sanè II. D. de iur. dot.

SVMARIA.

1 *Rebus æstimatis in dotem datis regulariter mariti electionem esse, vtrum rem an æstimacionem reddere velit.*

2 *An si res æstimata quidem extet, sed deterior facta sit, maritus adhuc electionem habeat?*

3 *Emendatio & sententia l. sanè ff. de iur. dot.*

Speciebus † in dotem datis, multum interest, an æstimatae sint, necne. Nam in æstimacione facta constat mariti periculum esse. Et, si fortè constante matrimonio perierint, aut deteriores factae sint, licet factò mulieris, quæ vestes dotales putat adtriuert, & vsu consumpserit, nihilominus post solutum matrimoniũ æstimacionem mulieri reddendam esse. At si æstimatae non sint, mulieri & pereunt, & deteriores vicissimque meliores fiunt. l. plerumque. 10. D. de iur. dot. leg. cum dotem. 10. C. eod. l. vnic. §. & cum lex. C. de rei vxor. action. vbi non ineleganter Iustinianus fundum in æstimacionem propriè dotalem esse ait, quod is omnimodo restituendus sit, eiusque dominium penes mulierem remaneat. quod in fundo æstimato secus est. Æstimacione enim quasi venditio est, d. l. plerumque. §. inde queri potest. & l. quoties. 16. D. eod. ideoque & dominium & periculum eius facit, qui accipit, l. §. vltim. D. de æstimat. act. Ergo si conuenit vt soluto matrimonio res ipsa quæ æstimata in dotem data est, aut eius æstimacione restituatur, superuacua, & inutilis pactio est. Nisi ponas etiam couenisse vt electionem mulier habeat vtrum rem an æstimacionem petere malit. Nam siue adiectum fuerit, vt electio ad maritum pertineat, siue nihil de electione dictum sit, mariti electio est, ex vulgari iuris regula, quæ in alternatiuis, vt nostri dicunt, debitori perpetuò dat electionem. Quod si res non extet, fortè quia perierit, æstimacionem omnimodo maritus debet. Eligendi namque facultas superesse nulla potest, cum alterutrum quod in obligacione erat perit, aliterve præstari posse defuit, leg. Stichum aut Pamphilum. 95. D. de iur. dot. † Quid autem si res quidem extet, sed deterior facta sit? Verius est quod Vlpian placet in dict. l. §. vltim. D. de æstimat. action. cum qui rem æstimatam accepit ad hoc obligatum esse vt vel æstimacionem de qua conuenit præstet, vel rem ipsam incorruptam Scilicet quoniam vix est vt reddi videatur id quod deterius redditur, l. 3. §. 1. l. in rebus. 18. §. siue autem prius D. commod. l. 1. §. si res deposita. 16. D. deposit. Idque consequens est ei quod diximus, æstimatas res in dotem datas periculo viri & deteriores fieri, & perire. † Quæ cum ita sint, verum esse non potest quod ex Paulo traditur in l. Janè. II. D. de iur. dot. posse maritum æstimatam rem etiam quæ deterior facta sit reddere. Quin potius, cum in lege præcedenti Vlpianus scripsisset, Pe non existente omnimodo præstandam æstimacionem, ne quis fortè ex eo colligeret, Re igitur existente numquam compellendum maritum vt æstimacionem præstet subici necesse fuit, quod Paulus docere voluit, Imò & si res extet, deberi nihilominus interdum æstimacionem, nempe si res deterior facta sit. Eam verò Pauli sententiam facile assequemur, si receptam lectionem quæ nec Accurs. explicat, nec alius quisquam commode explicare possit sic emendemus vt pro & legamus Nec. Constat, vt credibile est, errore ex eo facta esse quod Florentini libranij more breuiter scriptum esset *salv* Et pro eo quod plurib. literis scribendum erat *salv*

ne nec. Similem errorem errorisque causam indicamus supra cap. 2. Et nouum non esse vt pro nec exscriptores scripserint & iam alij ante nos obseruauerunt, & nos alibi docuimus. Neque tamen perpetuum est vt præstari & restitui non debeat res æstimata quæ deterior facta est. Nam si conuenit vt eedem species quæ æstimatae sunt, soluto matrimonio reddantur, eedem quoque licet deteriores restituende erunt, sed ita tamen vt deteriorationis ratio habeatur, hoc est, vt quod propter secutam deteriorationem deest conueniente æstimacione, per maritum suppleatur, quasi in hunc duntaxat finem facta æstimacione, l. si inter. 21. C. de iur. dot.

CAPVT VI.

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

SVMARIA.

1 *Cuius temporis ratio habenda sit, cum de æstimando prædio agitur ad cuius emptionem vir vxori pecuniam donauit?*

2 *Emendatur §. idemque d. l. quod autem.*

3 *Quæ ratione marito subueniatur, si æstimacionem rerum quas in dotem accepit, donationis causa auerit?*

4 *Expenduntur in d. l. quod autem §. si maritus, verba illa Vlpiani nec aliud in commodato æstimato dato obseruari solet.*

5 *Quem in finem fiat rei depositæ vel comodatæ æstimatæ?*

6 *Emendatur d. §. si maritus, & pro commodato legitur homine dato.*

7 *Quomodo mulieri subueniendum, quæ se in eo circumuentam dicit, quod seruum dori datum minoris æstimauerit.*

8 *An si in æstimacione serui in dotem dati dolus mariti interuenit, maritus morte serui liberetur quominus instam æstimacionem præstet?*

Si † vir vxori donauerit pecuniam, ex qua prædium illa emerit, certum est donationem non valere, & marito hæcenus conditione competere quatenus ex ea pecunia locupletior mulier facta sit, leg. si sponsus. 5. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor. Inde queritur si prædia hodie vilissimi precij sint, quid veniat in conditionem. Et placet eam æstimacionem spectandam quæ sit tempore litis contestatæ, l. quod autem. 7. in princ. & §. idemque aut. D. eod. vt si eo tempore minoris sint prædia non tota pecunia quæ in eorum emptione couersa fuerat, sed quanti sunt cum litis contestatio fit, marito restituatur. Quid ergo si ex contrario prædia maioris precij facta sit? Non totum precium restituatur, sed ea tantum summa quæ numerata est, quonia illud duntaxat inspicere debet quatenus mulier locupletior facta sit ex donatione, non ex aucta prædiorum æstimacione, cum eatenus tantum donator pauperior factus fuerit, l. si id quod. 28. §. si ex decem. eod. Idque est quod Vlp. tradit in d. §. idemque aut. versic. *Plane si magni precij prædia sunt, summa tantum numerata erit restituenda.* Nec proinde dubitandum videtur quin imperiti interpretis sint verba illa, quæ sequuntur *non etiam vsura precij.* Neque. n. de vsuris precij Vlp. tractat, sed de ea summa quæ contestationis tempore excedit conuentum & numeratum precium prædiorum, vt & in d. §. si ex decem. De vsuris verò quomodo dubitaret? ant quæna obsecro dubitandi causa esse posset in pecunia non fœnori collocata, sed in prædiorum æstimacione conuersa? Mendum aliud receptæ lectionis obseruatione & emendatione dignum est in §. si maritus, ex libranij tamen & ex scriptoris potius quam interpretis vilius incitia constat. † Eo loco idè Vlp. querit, si maritus æstimacione rerum quas in dotem accepit,

pit, dicat se donationis causa auxisse, quo remedio ei subueniri oporteat. Et refert Imperatorum Seueri & Antonini rescripto constitutum esse vt si pecuniæ modum maritus recuset, ipsa prædia sumptuum deductis rationibus restituere iubeatur, vt in arbitrio mariti sit quid præstitum malit. Idemque iuris esse, & si mulier è contrario de minore æstimacione conqueratur. Nimirum, vt in hac etiam specie electione maritus habeat, an prædia ipsa sumptuum rationibus deductis velit restituere, an quod de iusto prædiorum precio donationis causa mulier remiserat, suppleat. Ita enim fit, vt neque marito, neque vxori fraudi sit donatio quæ non valuit. Nec contrarium est quod Accurs. ex eodè Vlp. obiicit in l. si sponsus. 5. §. circa eod. si coniunx coniugi vendiderit, cum vendendi animum haberet, ex precio tamen aliquid ei donationis causa remiserit, venditionem ipsam valere, remissionem verò hæcenus non valere quatenus locupletior est quod ei donatum fuit. Et si namque æstimacio quæ dotis causa fit, de qua disputamus, venditio est, non tamen pura & simplex venditio est, sed dotis causa, l. quoties. 16. D. de iur. dot. ideoque nihil sit aduersus conuentionem si soluto matrimonio prædij ipsum quod æstimatum fuerat restituatur. Nisi fortè deterius factum sit. Sic enim Vlp. intelligendus est secundum ea quæ superiore capite diximus. Alioquin iniquum esset marito permitti, vt ille ait, sumptuum rationes deducere, deteriorationis autem, quæ constante matrimonio mariti periculo contigisset, rationem non haberi. Sed & eos demum sumptus maritum deducere posse credendum est, quibus res quæ in dotem data fuerat preciosior facta sit, non quos facere marito necesse fuerit, ne res deterior constitueretur. Cum si deterior facta fuisset, mariti non vxoris periculo, damnoque cessisset. † Sequitur verò apud Vlp. *nec aliud in commodato æstimato dato obseruari solet.* Quibus verbis quid ille sibi velit ego planè non intelligo. Quamquam enim commodatum posse æstimatum dari scio, vt periculum omne ad comodatarium pertineat, l. si vt certo. 5. §. & si forte D. commod. fieri tamen non potest, vt donationis causa æstimatum detur. Ita namque eueniret, vt æstimacionem omnimodo præstare comodatarius cogere. Alioqui donationis effectus nullus esset, si rem ipsam commodatam quæ minoris esset æstimacionis reddere liceret, quomodo licet vtique si commodatum simpliciter æstimatum datum sit, l. §. vlt. D. de æstimat. action. Atqui conuentione fieri nequit, vt comodatarius rei ipsius comodatæ, si extet deterior facta sit, præstatione non liberetur, quod ea res excedat notissimos comdati terminos: quæ admodum in deposito Papin. scribit, si conuenit vt non ea ipsa nummorum corpora quæ deposita sunt reddantur, sed tantundem, l. Lucius. 24. D. deposit. † Tam enim comdati, quæ depositi actio in id competit, vt res ipsa reddatur. Æstimacio autem si quando fit, non alio pertinet, quam vt rei comodatæ periculum ad comodatarium pertineat, vt sciatur quid quantumque comodatarius præstare debeat, si rem ipsam quæ fortè perierit, aut deterior facta sit, præstare non possit, arg. l. si inter. 21. C. de iur. dot. Nam si æstimacio omnimodo præstanda esset, venditio potius contracta videretur, rei que comodatæ dominium translatum in comodatarium, sicuti dicimus rebus æstimatis in dotem datis venditionem dotis causa factam censeri d. l. quoties. 16. D. eo. At comdati causa venditionem fieri quis vnquam dixit, aut scripsit? Siquidem rei comodatæ & dominium & possessionem semper retinet is qui commodauit, l. rei comodatæ. 8. & seq. D. commod. quod in re dotali secus est l. l. D. de iur. dot. † Igi-

tur, nisi me prorsus fallò, corruptus est hic quoque Vlpiani locus, & pro *comodato* legendum potius *homine dato*. Coniecturam iuuat quod quæ per *xxviii* sequitur dictio *dato* quasi obreptitia lineis interclusa est in Pand. Florent. Tum vero cur de comodato potius quam de deposito, aut pignore aut alio contractus genere Vlp. loqueretur? At cum de prædiis in dotem datis, & donationis causa æstimatis locutus esset, non inutile fuit subiicere, idem iuris & in homine dato æstimato constitui debere, siue quod plerumque serui in dotem darentur iis temporibus; quibus præcipue in mancipiis erant facultates, siue quod in homine difficilius, maiorisque dubitationis res esse videretur, cuius scilicet quandiu viuit æstimacio multò sit incertior, quam fundi, quique longè citius & facilius perire possit, itemque melior, aut deterior fieri, quam fundus. Quid enim si seruus non æstimatus perisset aut deterior factus fuisset? Vtique ad mulierem non ad maritum ea res pertinisset. Proinde vix audienda videatur, si minore precio donationis causa æstimatum seruum alleget, tamen si seruus viuat, quæ si is mortuus esset, lucrum & comodum ex æstimacione sentiret arg. l. pen. C. de solut. Sed tamen aliter Iurisconsultis visum est, inspecto nempe conuentionis initio, rei que euentu. Vt si seruus viuat, & preciosior factus sit, cuius æstimacione donationis causa minorem mulier fecerat cogatur maritus, vel seruum ipsum deductis sumptuum rationibus restituere, vel quod iusto precio defuit, suppleat. Quod si seruus vel decesserit, vel deterior factus sit, vix est vt vllus quæstioni locus superfit. Neque dubitandum arbitror quin eo casu illa duntaxat æstimacio præstari debeat quæ facta est, quia boni consulere mulier debet, quod fuerit æstimatus. Cum si simpliciter & in æstimatum dedisset, proculdubio periculo eius, non mariti & mortuus, & deterior effectus fuisset. † Exemplo eius quod apud Vlp. in l. si res æstimata. 12. §. 1. D. de iur. dot. Marcellus putat in quæstione non valde dissimili, si mulier se dicat circumuentam in eo, quod seruum dori datum minoris æstimauerit. Distinguit enim, vt si seruus viuat, in arbitrio mariti sit vtrum iustam æstimacionem an potius seruum præstet, si verò decesserit æstimacio præstetur, non quæ iusta, sed quæ facta sit. Idque siue minor annis viginti quinque, siue maior æstimacionis tempore mulier fuisse proponatur. Planè, inquit, si emptorem habuit mulier, iusti precij, magis est vt eo casu iusta æstimacio præstari debeat, si modò minor annis fuerit cum in æstimacionis modo circumueta est. Id enim benignius ætatis fauore indulgetur, non quidem beneficio restitutionis in integrum, quæ hic nulla dari potest, seruo iam mortuo, sed iudicis officio propter manifestam equitatem minoris ætatis priuilegio subnixam. Vnde & in ea specie quæ tractamus, si seruum in dotem datum mulier donationis causa minoris æstimauerit, eidem distinctioni locum esse debere quis fortasse putauerit, vt si ea minor viginti quinque annis fuerit, & emptore iusti precij habuerit, etiam mortuo seruo iusta nihilominus æstimacio præstetur. At non ita est. Loquimur. n. de facta per donationem minore æstimacione serui qui in dotem iam datus fuerat, quæque ideo mulier donationis tempore alienare non poterat, siue simpliciter in dotem datus fuisset, siue æstimatus. † Sed quod ad Marcellum notasse Sceuolam Vlpia. refert, vt si in æstimacione dolus mariti adfuerit, morte serui non liberetur, quominus iustam æstimacionem præstare debeat siue maior siue minor annis mulier fuerit, id ego & in proposita quæstione facile admittam, si ponas dolo mariti inductam mulierem, vt seruum quem in dotem dederat, don-

tionis causa minoris estimaret. Nam cum in donatione quoque donatarij dolo interuenire possit & donationi causam dare, *l. i. C. de emet.* non video cur marito qui dolum commiserit, fauere debeamus. Et quamquam ex quoque inter virum & uxorem donationes improbantur quæ mutui amoris causam habent propter eas rationes quas Iuriconsulti congerunt in *l. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & ux.* longè tamen minus fauorabiles, aut potius multò odiosiores sunt quæ per mariti vim aut dolum extorquentur, quòd non solum bonis moribus non conueniant, sed nec ipsius mulieris donantis libera & liberali voluntate adiuuentur. Non enim velle quisquam id creditur, quod vt inuitus velit alterius dolo aut impressione compellatur, quamuis dici soleat coactam voluntatem esse etiam voluntatem.

CAPVT VII.

De differentia filijfamilias & serui in fideicommissaria hereditatis restitutione.

SVMARIA.

1. In quibus verbis inchoandus sit. §. 2. l. recufare. ff. ad S.C. Trebel.
2. An sui heredes de restituenda hereditate rogati per Prætorum cogi possint vt suspectam hereditatem adeant, vel se immisceant?
3. Reijciunt Accursij super hac questione sententia.
4. Refutantur argumenta ob Accursio pro sententia sua confirmatione allata.
5. Iuliani & Ulpiani in proposito questione reconciliatio ab Accursio tradita reijciuntur.
6. Cur seruis hereditibus institutis necessaria sit immixtio priusquam restitui per eos hereditas possit?
7. Quando seruis necessarijs hereditibus institutis bonorum separatio permittatur.

NEscio adhuc an quisquam obseruauerit differentiam, quæ iudicio meo & perelegans est & vera inter filiumfamilias & seruum, cum de fideicommissaria hereditate restituenda tractatur. Nam si filiusfamilias à patre institutus sit, rogatusque hereditatem restituere, deinde suspectam dicat, placet nihilominus posse hereditatem restitui ex Trebelliano, vt quæuis filius se non immiscuerit, actiones tamen quæ ei & in eum competebant, in fideicommissarium transferantur *l. i. a tamen. 27. §. si pater. D. ad S.C. Trebell.* At si seruus liber & heres esse iussus, deque restituenda hereditate rogatus, suspectam dicat, compellit eum Prætor vt misceat se hereditati, sic deinde restituat *l. recufare. 6. §. hoc Senatusconsultum. D. eod.* Sic enim inchoandus est §. non vt vulgò fit ab iis verbis, sed & ad filium, quod & Accursius notauit, & ipse verborum contextus orationisque series demonstrat. Nam in §. præcedenti, de illo Ulpiani. querit, An Senatusconsultum Trebellianum, quod de instituto herede loquitur ab intestato etiam locum habeat. Et verius esse ait, eoque iure nos vti, vt ad intestatorum quoque (sic enim legendum est non *intestatos*) pertineat successores, siue legitimi sint siue honorarij. Sed & ad filium qui in potestate est, qui tamè nec honorarius nec propriè legitimus, sed suus heres est. Quod igitur in §. seq. scriptum legitimus vt à Prætorum compellantur misceat se hereditati, non ad filium in potestate referri debet, sed ad ceteros necessarios, seruos scilicet cum libertate institutos, de quibus separatim tractatur in d. §. hoc Senatusconsultum. In quo sanè emarunt veteres

omnes recetioresque interpretes, quos ad eum locum notare video suos heredes cogi per Prætorum, vt suspectam hereditatem adeant, aut potius, quomodo loqui debuerunt, vt se immisceant. Cum tamen Iulianus in *d. §. si pater*, aperte scribat in suis heredibus suspectam hereditatem dicentibus non esse necessariam immixtionem, & consequenter non esse eos compellendos vt se immisceant. Cur enim Prætor ad immixtionem compelleret, si perinde citra immixtionem hereditas restitui & actionum translatio fieri potest? Nam quod Accursius comminiscitur posse immixtionem esse necessariam, ne si fortè postea falsò probetur filium restitutionis tempore emancipatum fuisse, tota restitutionis potestas pereat, & in irritum deducatur, ridiculum sanè est & ineptum, quandoquidem ipso restitutionis tempore non post factam restitutionem quarendum est an suus an emancipatus sit filius qui de restituenda hereditate rogatus est. Nec Prætor curare debet quid ex post facto probari falsò possit, sed illud tantum quid sit in veritate eo tempore quo constituit & decernit. Alioqui perpetuò incerta essent omnia, nec certi quicquam Prætor aut iudex statuere vnquam posset arg. *l. i. §. 1. D. de vsur.* Nec rursus dici potest quod idem Accursius obiicit, ideò in suis necessariam esse immixtionem, quòd cum abstinent, heredes sint nomine tantum non etiam re *l. necessarijs. 57. D. de acquir. hered. eamque* ob causam nec à Prætorum heredum loco habeantur. *l. si filius. 12. D. de interrog. in iur. faciend.* Nam & seruos heredes institutos Vlp. cogendos esse ait, vt se immisceant. *dict. §. hoc Senatusconsultum:* quos tamen non possis dicere, si suspectam hereditatem allegent, nomine tantum, non effectu heredes esse, cum iis Prætor abstinenti beneficii numquam tribuat *d. l. necessarijs in fin.* Quamquam nec illud ad rem pertinet, quòd filius qui se abstinuit, heredis loco non habeatur apud Prætorum: quia licet coactio ad adeundum fiat imperio Prætorum, actionum tamen translatio non ex Prætorum iurisdictione descendit, sed sit autoritate & potestate Senatusconsulti Trebelliani, quemadmodum & Pegasiano inductum fuit, vt cogi heres possit, scilicet per Prætorum fideicommissarium *l. si quis. 17. D. si quis omis. caus. test.* Neque enim coactio fieri potest ipso iure, factò & impressione opus est: at in actionum translatione ius non factum versatur, ideoque nil in eo se Prætor interponit. Quare nec Accursius ipse negat posse filium in potestate heredem institutum qui abstinerit, transferre nihilominus actiones: sed Vlpianum cum Iuliano sic conciliat, vt in fideicommissarij potestate sit vtrum filius ad se immiscendum cogi debeat, necne. Quasi verò Prætor fideicommissarij voluntatem sequatur, ac non potius ipsam iuris rationem & necessitatem intueatur. Etenim si inducendæ ex Pegasiano coactionis ratio alia non fuit quam quòd alioqui futurum erat vt fideicommissum intereideret: vt pote non valente herede restituere hereditatem quam non haberet, nec transferre actiones quæ repudiata hereditate ei aut in eum nullum competere: prorsus consequens est, vt filiusfamilias heres institutus & se abstinentis cogi non possit per Prætorum, vt se immisceat, quia perpetuò Prætorum edicto abstinenti beneficium habeat, Cuius ei auferendi causa hic nulla est, cum & post abstentionem heres tamen ipso iure remaneat, verumque sit non esse sine herede eum, qui suum heredem habeat quamuis se abstinetem *l. cum quasi. 30. §. sed est suus. D. de fideic. libert.* quod planè sufficit vt actiones omnes ipso etiam iure in fideicommissarium transferantur. Nec ea hereditatis restitutio immix-

tionem vllam inducit, quoniam alienandæ & transferendæ potius quam acquirendæ hereditatis animo fiat, dicique soleat non velle heredem esse eum qui ad alium transferre velit hereditatem *l. non vult. 6. de reg. iur.* De illo igitur duntaxat queri potest. Cur in seruis hereditibus institutis qui necessarij sunt heredes, necessaria sit immixtio priusquam restitui per eos hereditas possit. Et puto non esse necessariam immixtionem ad hoc, vt actiones quæ iis aut in eos competunt, in fideicommissarium transferantur. Cum enim vsque adeò necessarij heredes sint, vt nec abstinenti beneficium habeant, nihil ea immixtio potest ficere aut addere, quò magis hereditas iis acquiratur, aut fideicommissarium restituatur. Sed vel ob eam maximè causam constitutum dico, vt iubeantur & cogantur se immiscere, quòd iis nullo casu permittat Prætor vt se abstinerere possint, quòd ipsum tamen permittere videretur, si seruum reculantem & suspectam dicentem non cogeret ad immixtionem. Permittit sanè Prætor interdum, vt bonorum separationem impetrare possint: id est, ita demum si patroni bona non attigerint *l. i. §. vlt. de separat.* Nimirum, quia cum petunt separationem, eo ipso fatentur & agnoscunt se heredes esse: alioqui si confusio nulla facta esset per hereditatis acquisitionem, nec separatio fieri posset. Requirit tamen, vt patroni bona non attigerint. Non quòd eò minus heredes sint, cum non attigerint, sed quia nulla ratio sit iis subueniendi qui non tantum iuris potestate, sed proprio quoque factò & spòte sunt obligati, arg. *l. si filius. 12. D. de vulg. & pupill. subst.* Magna enim seruis ad fraudes in patroni hereditate creditorum damno comminiscendas fenestra patefieret si post immixtionem bonorum impetrare separationem iis liceret. Ideoque non perpetuò Prætorum edicto beneficium separationis habent quomodo sui & necessarij beneficium abstentionis, sed decreto ea impetranda est, *d. l. i. de separat. in princip.* id est, causa cognita. Quo exemplo æquissimum esset publiceque vtilissimum, idem Principis lege constitui in iis hereditibus quos tam frequentes hodie cernimus implorare beneficium legis & inuentarij, fraudandorum creditorum consilio, tametsi opulentissima sit & modico ære alieno onerata hereditas, potius quam vt sibi consulant, latensque aditionis periculum effugiant.

CAPVT VIII.

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

SVMARIA.

1. An ex eo quod per continuum decennium ex causa legibus permissa aliquid præstitum dicitur, actio in eum nascatur qui debitor dicitur.
2. Tempus solum sine titulo ad inducendam obligationem non sufficit.
3. De alimentis inutiliter relictis d. l. i. C. de fideicom. accipiendam esse.
4. Cur in d. l. i. fideicommissa inutiliter relicta nihilominus ab herede debeantur?
5. Alimenta in testamento minus solenni legata non aliter debentur quam si eorum præstationem titulus aliquis præcedat.
6. Verba illa, longo tempore, semper, & per multum temporis, quid passim in iure significent?
7. Vera questio d. l. cum de in rem verso.
8. Vera Papiniani sententia in §. 1. d. l. cum de in rem verso.

Peruulgata est in scholis & in foro illa nostrorum traditio, Si quid per continuum decennium pro-

betur vniformiter præstitum, & ex ea causa quam lex pro iusta habeat, iure præstitum videri, ita vt ex iis præstationibus nascatur actio in eum qui debitor dicitur, vt id ipsum in futurum quoque perpetuò præstet, si modò solutionem ex tali causa factam non solum alleget creditor, sed etiam probet, tametsi eius causæ probatio nulla proferatur. Sic enim Bartol. & post eum ceteri ad *l. cum de in rem verso. 6. D. de vsuris*, eamque sententiam receptissimam esse testatur ex recentioribus Dydac. Couar. in *2. part. lect. cap. possessor §. 4. numer. 2.* & ante eum Carol. Molin. *De contr. vsur. quest. 20. numer. 205. & seqq.* Iure inquirunt, præsumpti tituli, quamuis non desint qui iure Canonico continuas quadraginta annorum præstationes requiri existimet, quos refert & sequitur Guid. Pap. *quest. 407. & 408. quod in reb. eccles. & ad integrum in iis ius acquirendum* admittunt interpretes iuris ciuilibus, sed in ceteris causis sequuntur Bartolum, non alijs fulti legibus, aut rationibus quam quòd ea Papiniani sententia fuisse videatur in *d. l. cum de in rem verso*, à Iustiano non obscure, vt putant comprobata in *l. libris 20. C. de agric. & const. libr. 11. tit. 47.* Mihi verò probari hæc traditio numquam potuit, quippe quæ sit à iuris ratione certissimèque principiis omnino aliena. Etenim si verum est, quòd omnes fatentur, tempus non esse modum tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè. 44. §. placet. D. de obligation. & action.* multò minus inducendæ esse poterit. Extantque in hæc rem apertissima Imperatorum rescripta & Iuriconsultorum responsa in *l. se certis annis. 28. Cod. de pactis. l. creditor. 7. C. de vsur. l. operis trigesima prima. D. de oper. libert.* quibus omnibus locis non est quòd cum Bartolo respondeas titulum habilem non præcessisse. Non enim aliam rationem habent quam quòd ea quæ certis annis præstita fuerant, non essent promissa. Atqui non eò magis promissa dici possunt quòd titulus habilis præcessisse dicatur, nisi reuera promissio aut quid aliud præcessisse probetur. Adde quòd etiam si libertus operas præstiterit quæ si se debitas ex causa manumissionis, quas tamen non promiserat, non ideo in posterum præstare cogi potest, quamuis iusta illa causa sit, adeò vt naturalem quoque obligationem inducat, nec possit libertus præstitas operas condicere, *l. si non sortem. 26. §. libertus. D. de condit. indeb.* Idemque ferè in vsuris tractari potest. Nam licet promissa non sint, soluta tamen, si fors fuit debita, condici non possunt, *d. l. si non sortem in princ.* ex quo apparet quasi naturaliter deberi eas ab illo qui aliena pecunia pro arbitrio vsus sit. Neque tamen eò magis debentur in futurum quòd per multos annos soluta fuerint, si promissa non sint *d. l. creditor.* Mouet me etiam non parum, quòd in *l. i. C. de fideic.* quæ nostri in suam sententiam abutuntur, non aliter deberi alimenta constitutum est, quam si ea testatoris voluntas fuisse probetur, quamuis & alimentorum & vltima voluntatis licet inutilis, fauor concurreret. Nam de alimentis inutiliter relictis, hoc est in vltima nuntis solenni voluntate, eam legem intelligendam esse omnes consentiunt, & vel ex eo maxime apparet, quòd alioqui omnimodò alimenta deberentur, etiam si nunquam essent præstita. *l. l. cum venus. 10. §. x. l. libertus. 18. §. de alm. legat.* At vt debent rescriptum sit, illud duntaxat fecit quòd minus solennem illam defuncti voluntatem heres agnouerat, vt in *l. 1. §. l. si veritas. 23. C. eod. tit. de fideic.* Agnouisse porro constabat, quia per triennium alimenta & vestitaria fideicommissario præstiterat. Breuius sanè tempus sufficere non potuisset, vt ostendunt verba illa *non minus in talis causa triennio.* Siue quòd alioqui propriam

potius quam defuncti liberalitatem exercuisse videri possit in homine inopem, qui alimentis & vestiariis indigeat, siue quod in fideicommissio tot annuarum praestationum, non videatur vna aut altera probare satis animum heredis voluntate defuncti sequentis. Na si voluntas testatoris vno actu impleri potest, puta si fundus per fideicommissum relictus esset, nihil aliud requireretur qua vt semel esset traditus, quia nec sapius tradi posset, dicit. l. 2. cod. Cum igitur in alimentis quoru causa toto iure tam fauorabilis est, triennalis, aut etiam si voles decennalis aut vicennalis praestatio non sufficiat: (illa enim verba non minus in tali causa triennio, probant satis nihil referre quanto tempore praestita sint alimenta, dummodo non minore qua triennio nisi praeterea constet de testatoris voluntate: Constat, in qua non sola allegatione, sed exacta probatione fideicommissi, vt lex docet iis verbis si probaueris, quis admittat in aliis debitis qua minus fauorabilia sint, sola tituli allegatione sufficere posse? Est enim ius illud singulare in fideicommissis vt etia ex inutili minufque solenni voluntate, quam tamen heres quomodo-cunque agnouerit, debeantur, quod ex eius qui rogatus est conscientia potissimu pendeant, d. l. 2. arg. l. fideicommissum. 62. D. de cond. m. deb. T quod in ceteris causis adeoque vel ipsis legatis non similiter dici potest, si in testamento minus solenni relicta proponatur (quamuis alioqui maxima sit legatorum & fideicommissorum ad finitas) nisi alimentorum praestationem titulus aliquis praecedat, vt in l. quaedam muli. r. 41. D. famil. erc. s. in cuius tamen specie caue ne putes inutiliter legata fuisse alimenta. Nam quod lex ait nullo enim iure eum fecisse ad iudicem qui libertos inter coheredes diuiserat, referendum est, non ad testatorem qui alimenta libertis vtiliter reliquerat, vt apparet ex l. vlt. D. de iur. patro. Neque facere pro Bartolo potest elegans illud Papiniani responsum quo omnes mouentur, in d. l. cu de in re verso. Primum quia nihil est in ea lege ex quo possit conici solutas fuisse vsuras per integrum decennium. T illa enim verba longo tempore licet, cum de longi temporis praescriptione agitur, exprimat decennium inter praesentes & vicennium inter absentes, tot. tit. C. de praeser. long. tempor. & de vsuc. transform. Vt & in specie, l. si cum fideicommissa. 16. §. Aristo. D. qui & a quib. manum. plerunque tamen aliam habent significationem, quemadmodum in l. nunquam in vsucapionibus. 31. in princ. D. de vsucap. vt & illa per multum temporis, qua ad triennium coangulantur in d. l. 1. Cod. de fideic. Et in proposito id sane sibi Papinian. voluit solutas fuisse a patre vsuras quandiu dixit, quantumcunque tandem id tempus fuerit. Na & semper fecisse dicitur, qui fecit quandiu vixit, l. aduersus. 5. C. de vsur. vbi male etia Baldus quod lex ait semper interpretatur de triennio aut ad summum de decennio, vel vicennio. Qui enim dicit semper a te factum, intelligit proculdubio quod feceris in hodiernu vsque die, aut si iam decesseris, in tempus vsque mortis tuae. Itaque plus est dicere semper quam longo tempore, si plus quam decennio vixeris. Minus, si intra decennium obieris, & longum tempus pro decennio accipitur. Deinde non exprimit Papin. solutas fuisse vsuras tanquam ex stipulatione debitas, quod tamen, si nostris credimus, necessario requireretur. At neque ponit solutas fuisse quasi debitas ex natura actionis competens De in re verso. Quod tamen et si factu esset, nihil prodesset, quia titulus De in rem verso no magis habilis est quam pactu nudum ad inducendam vsurarum obligationem, Nisi stipulatio interuenerit, l. si pro patre. 10. §. sed utrum. D. de in rem verso. Praeterea, quod praecipue obseruandu

est, non querit Papinianus in illa specie, An vsura in futurum debeantur, sed an debeantur pro eo tempore quod praeterit in illum vsque diem quo De in rem verso actum sit. Proponebatur enim actum de in rem verso ad solutionem fortis, nec nisi incidenter mota quaestio de vsuris praeteriti temporis qua simul cum sorte exigebantur. Denique nullam longi temporis rationem eo loco haberi constat manifestissime ex sequentibus, in quibus Papinianus subiicit Imperatorem Seueru filiae Flauij Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, de fisco numerari decies centena milia iussisse ideo quod allegasset illa patrem dotis vsuras praestitisse. Nam nec sapius quidem vsuras a patre praestitas ponit, nec longi temporis vllomodo meminit. Idque & Molin. ipse fateri cogitur in d. tractat. De contract. vsur. quest. num. 207. vbi tamen male scribit factis Papiniano constituisse de dotis debito ex aliis probationibus. Quod si ita erat, dici vix poterit qua de re consultus Imp. proponeretur. Cur enim de dote dubitaretur si deberi eam constabat? De vsuris sane aut praeteritis aut futuris tractatum non fuisse ex eo apparet quod iussit Imp. decies centena dari filiae dotis nomine, hoc est pro dote non pro vsuris dotis. Neque enim dotis appellatione veniunt dotis vsuras, l. vir uxori. 54. de donat. int. vir. & vxor. T Papiniani igitur, quod ad secundum illud responsum attinet, hac sententia est, Motum fuisse Imp. vt dotem de cuius promissione non constabat, filiae deberi pronunciret, quia dotis vsuras a patre praestitas apparebat. Vsurarum enim solutio praesupponit debitum fortis. Et quamuis ex sola vsurarum solutione non probetur fors debita, d. l. si non sortem. 26. in princ. de cond. indeb. dotem tamen a patre filiae nupte datam verisimile erat. Alioqui publicatis bonis patris indotatum esse filiam, nec vllum ad bona patris regressum habere, non tantum inhumanum esse: sed etiam inuidiosum. In summa aequissimum est fiscum qui ex causa publicationis omnia patris bona habeat, praestare filiae dotem quam pater debere voluerat, & filiae aliquando soluere destinauerat. Quod tamen quoniam aequitatis specie quadam sumpta ex fauore filiae & odio fisci, potius quam stricta iuris ratione nititur, fuit in eam rem necessarium rescriptum Imp. nec Papin. aut alius Iurisconsultus, vt arbitror ita respondere potuisset. At quid hoc, inquires, commune habet cum primo legis responso? Ex eo nimirum intelligimus quam male nostri primum illud Papiniani responsum interpretentur.

CAPVT IX.

Vera nouaque interpretatio d. l. cum de in rem verso. & l. litibus. 20. C. de agric. & censit. lib. 11. tit. 47.

SVMARIA.

- 1 Cur in d. l. cum de in rem verso heres patris aut domini in cuius rem versum erat, vsuras a die mortis defuncti vsque ad tempus quo de in rem verso actum est, praestare debeat?
- 2 An in d. l. heres quoad vsurarum praestationem voluntate mutare possit & vsuras in futurum non soluere?
- 3 Heredem ex sola & praesumpta testatoris voluntate fortius quam ex instrumentis aliquando obligari.
- 4 Fieri interdum posse vt voluntatem mutare heres nequeat, quam defunctus mutare potuisset.
- 5 Readditur alia ratio, cur vsuras praeteriti temporis quibus defunctus no soluere potuisset, heres et inuitus praestet.
- 6 Aliam esse rationem debitoris, aliam heredis eius, quum de vsuris indebitis longo tempore solutis, in posterum soluendis agitur.

- 7 Cur in d. l. cum de in rem verso, necessarium fuerit Imperatoris rescriptum?
- 8 Respondetur obiectioni contra superiorem interpretationem allatae, & explicatur. l. litibus. 20. C. de re agric. & censit.
- 9 Reijciunt Molinae & aliorum ad d. l. cum de in rem. & d. l. litibus interpretatio, & ex ijs legibus elicitur conclusio.
- 10 Obligationes personales difficilius nasci & periri quam reales.
- 11 An ex vniuersi & per triginta annos continuata praestatione possit aliquis ad futuras praestations obligari?

P Vto t Papiniani sententiam illam esse, vt heres patris aut domini in cuius rem versum erat, debeat vsuras totius illius temporis quod a die mortis defuncti praeterierit in illum vsque horam qua de in rem verso actum sit, non ratione illa quam nostri comminiscuntur, quod per decennium aut aliud longum tempus essent praestita. Neque item quod causa vlla allegaretur, aut probaretur, qua vsurarum obligationem posset inducere extra stipulationem, sed ea ipsa quam Papinianus exprimit tam aperte, vt non potuerit aperitius, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset. Quibus verbis ostendit non tam ipsius praestationis rationem haberi, aut temporis quo continuata est quam personae qua vsuras praestitit: ipse, inquit, dominus vel pater. Quasi dicat, non debere heredem recusare solutionem vsurarum quas pater ipse vel dominus a quo causam habeat, & cuius personam representet, praestiterit quandiu vixit. An quod pater ipse vel dominus si viueret cogi hodie posset ex longa illa praestatione, vt in futurum quoque vsuras solueret? Minimè. Obstant enim, l. creditor. 7. Cod. de vsur. & l. si certis annis. 28. C. de pact. qua id negant, etiamsi pactio nuda praestationem longam praeciserit. Illa siquidem verba certis annis no minus de decem aut viginti qua de duobus vel tribus annis intelligi debent, cum certis annis opponantur duntaxat perpetui, l. 4. l. annua. 20. in fin. l. cum quidam. 23. de ann. legat. An quia praestare heredem oporteat iure hereditario id quod defunctus ipse, si viueret, praestare non cogeretur. Multo minus, l. postulante. 44. in princ. D. ad S. C. Trebell. Sed quod credibile sit eum qui quandiu vixit vsuras praestitit versae in rem suam pecuniae, si diutius vixisset, diutius quoque praestitutum fuisse, qui scilicet non ignoraret alienam se pecuniam retinentem ex qua lucrum sensisset, obligatum esse naturali quodam ratione ad eius vsuras, licet no promissas, veluti ad vtriusque arg. l. si non sortem. 26. D. de cond. indeb. Cur non ergo sanam iustamque eius voluntatem heres sequatur? Aut quid eum magis mouere debeat quam exemplum factumque eius cum quo eadem ipse persona esse existimetur? Et si enim voluntatem mutare defunctus potuit, praesumendum tamen non est fuisse eum mutaturum, arg. l. 3. l. eum qui. 22. D. de probat. T Et ea ratio concludit duntaxat posse heredem quoque mutare voluntatem, quod sane verum est, cum nulla obligatione teneatur, l. Lucius. 32. D. de donat. l. 4. D. pro donat. Sed non facit quin vsuras quas defunctus in diem vsque mortis praestitit, praestare etiam ipse debeat quousque voluntatem suam declarauerit, easque in futuro praestare se nolle dixerit. A quo demum tempore si creditor patitur manere penes eum sterilem pecuniam, quam vtrique, si vellet posset statim exigere, sibi imputet. Denique imago quaedam hic est tacite stipulatio: o, n, sicut imaginem societatis dixit Iuricon. in specie non omnino dissimili in l. 1. §. vlt. D. de bon. liber. illis

verbis, vt quod vnius solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret. T Nec sane nouum est, vt ex eo quod facere defunctus solebat colligatur eius voluntas, adeoque nonnunquam fortior quam qua ex instrumentis probatur, l. praedius. 91. §. Titio de leg. 3. l. 1. de reb. dub. nisi specialis aliqua ratio impediatur, vt in l. 1. §. 3. de reb. cor. qui sub tutel. propter pupilli vtilitatem, & Senatusconsulti, de quo ibi agitur, auctoritatem. Porro voluntatem defuncti heredem subsequi semper equum est, l. pure. 5. §. praeterea de dol. excep. eo etiam interdum casu quo implenda eius obligatio nulla sit, quasi sola voluntatis auctoritas deficiente quoque iure sufficere debeat, vt in l. Quintus. 7. de ann. legat. in testamento. 38. D. de fideic. liber. i. si ego. 9. §. 1. D. de iur. dot. l. 2. si veritas. 23. C. de fideic. Et quemadmodum contingit aliquando, vt plus possit heres quam defunctus, leg. reperitur 87. D. ad leg. falc. l. 7. l. si per imprudenciam. 51. §. non mirum. D. de euct. T Ita euenire contra potest, vt voluntatem mutare heres nequeat quam defunctus mutare potuisset, l. 3. D. de seru. expor. quod & in donationibus inter virum & vxorem accidit, quas cum donans ex sola poenitentia reuocare possit, si tamen non reuocauerit, heres eius reuocare non potest: l. cum hic status. 32. §. au oratio & pass. D. de donat. int. vir. & vxor. Proinde nec mirum videri debet si in specie dicit. l. cum in rem verso. inuitus heres praeteriti temporis vsuras debeat, quas inuitus defunctus, si viueret, non deberet. Nam & idem ferè euenit, si dotis vsuras in stipulatu deductas vir quandiu viuit ab vxore non petierit, vt donasse ille videatur, earumque petitio heredi non superfit, qua tamen ipsi marito, si viueret, superisset, l. vir vxoris. 54. D. de donat. int. vir. & vxor. Quod si defuncti negligentia in non exigendis vsuris quas in stipulatu deduxerat inducit vsurarum remissionem ex coniectura voluntatis, idque in praedictum non stipulatoris, qui viuis posset exigere, sed heredis eius. T Vtique eadem ratio facit in contrarium, vt defuncti diligentia in soluendis vsuris, quas non debuit, heredi noceat, tamen nocere ipsi soluenti non potuisset si in solutione cessare nec amplius eas soluere voluisset. Non enim credendus est quisquam velle heredi suo parcere magis quam sibi, aut in heredis sui persona soluendarum vsurarum necessitatem improbasse quam in sua probauerit, sibi que versa in rem suam pecuniae conscientia imposuerit, sicut & qui sibi consulit heredi quoque suo perinde consulere intelligendus est, vulg. l. si pactum. 9. D. de probat. Accedit quod existimandum sit creditorem qui a patre aut domino, in cuius rem versum est vsuras annuas accipere solitus erat, idcirco distulisse fortis exactorem, non alioqui dilaturus, nec de vsuris cum herede postea contendendi materiam habiturus. Nam sicuti qui in futurum vsuras a debitore accipit, tacite pactus videtur ne intra id tempus sortem exigit, l. qui in futurum. 57. Cod. de pact. l. 2. §. non male. D. de dol. mal. except. l. vlt. de eo quod certo loco. Ita ex contrario qui vltro indebitas vsuras soluit pro praeterito tempore, nec praemonet nolle se in posterum soluere, impellit creditorem, vt ea percipiendarum futuri temporis vsurarum spe allectus fortis exactorem in longius tempus differat, quo elapso & interea defuncto debitore videntur sine dolo proximus heres eius, si totius praeteriti temporis vsuras nondum solutas deneget. T Nec ad hunc casum pertinet d. l. si creditor. 7. C. de vsur. qua non de herede debitoris loquitur, sed de ipso debitore, cuius longe diuersa, vt diximus, ratio est. Debitor enim qui per longum aut etiam si voles longissimum tempus vsuras soluit, quas non promiserat, voluntatem suam inter-

pretari potest, an id fecerit ex liberalitate, cuius eum iam pœnitent, an uti ne alienam pecuniam in suos vfus impunè vertisse videretur. Ideoque & minores vfuras pro arbitrio præstare potest, & consequenter etiam nullas, quia neque obligatus est, neque ex propria etiam voluntate, nisi per eos modos quos lex induxerit, obligari potest. At heres neque voluntatem testatoris reuocare, neque interpretari potest, nudaque defuncti voluntas ad heredem obligandum sufficit, quæ defunctum ipsum obligare non poterat. Itaque quoad sortem debitam restituat, aut nolle se sub illdem vfuris pecuniam retinere insinuet, æquissimū est nec à iuris ratione alienum, licet nulla iuris necessitate inductum, vt eas vfuras præstet, quas defunctus præstare solitus erat. Vel ob id maximè quod defuncti fidem secutus creditor, non ita facile heredis ipsius fortasse secutus fuerit. Itemque quoniam agentis de in rem verso causa fit idèo fauorabilior, quod non tantum agat ob mutuum datam pecuniam, sed etiam quod in re debitoris versa sit, factusque ille locupletior. † Enimverò quia casus hic valde singularis est, in quo nimirum vfuræ alioquin odiosæ, quæ non deberentur si pactum nudum præcessisset secuta etiam longi temporis præstatione, vt & nostri fatentur, inhabili scilicet ad agendum causa, debeantur, citra pactum ab herede eius, qui si viueret nullas deberet, idque ex vi tacitæ non pactionis, quæ minimè sufficeret, sed stipulationis, quæ post mortem demum eius qui vfuras præstare solebat, vires suas exerere incipiat, nec id in futurum omne tempus, sed in eum vsque diem duntaxat, quo declarauerit heres nolle se sub vfuris eam pecuniam retinere, (sic enim omnino intelligi Papinianus debet) necessarium certè fuit rescriptum Imperatoris, ad constituendum ius, quod sola iurisprudētum autoritate constitui vix potuisset. Apparet igitur ex superioribus quàm malè & imperitè hæctenus nostri elegans illud Papiniani responsum in suæ sententiæ comprobationem detorserint.

† Iam verò quod obiiciunt ex *l. litibus. 20. C. de agricol. & censu. lib. 11. tit. 47.* longè minus ad rem pertinet. Nā quod lex ait *vel longinqua & inueterata reddituum susceptione*, & paulò post *vel reddituum frequentissima consequentia*, hunc sensum habet, vt fundi dominus, cui per longum tempus reddituum præstatio à colono facta est, non possit ab eo pati controuersiam possessionis, aut dominij, cum ex iis præstationibus appareat colonum quantumuis longo tempore possederit fructusque perceperit, non sibi sed domino possedisse, *l. malè agit. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Non autem vt colonus qui per longum aut longissimum tempus certos redditus etiam ex iusta causa domino persoluerit, eodem in posterum persolueri compellatur. Et, vt breuius dicam, non vult Iustinianus ex ea longa præstatione obligari colonum, si eosdem redditus in posterum præstare nolit (quid enim si fundum derelinquere paratus sit?) sed repelli si eum fundum cuius redditus domino antea per longum tempus præstiterit, tanquā suū vindicare velit, ipsique domino referre quæstionem dominij aut possessionis, vt apparet ex illis verbis *colorum impetum excludente*. Si quidem longè facilius est dare exceptionem ei qui sit dominus, tuendi dominij gratia, aduersus eum qui mala fide dominum vindicat, quàm actionem in personam eius, qui exsoluenda fidei potius causā quàm se obligandi animo fundi, quem colebat redditus per longos annos domino præstiterit. † Nec in re tā aperta nostri, vt puto, cæcutissent si non iis Papinianus supra scripto responso imposuisset. Miror verò præcipuè Molinæum qui

cum in hac quæstione, vt in aliis omnibus, subtillem egerit, maximè in receptoribus aliorum sententiis impugnantis, hac parte tamen communem errorem secutus sit. Nam si quis alteri obsequia clientelærum certi fundi nomine per decennium continuum præstiterit, fatetur quidem ille in *Consuet. Paris. §. 7. tit. 1.* non idèo posse cum cui præstata sint, si nullo alio iure nitatur, ius feudi vindicare: quod & verissimū est. At si de personali iure agatur, locum esse ait legi, cum de in rem verso. Quasi verò actio realis longius tempus requirat quàm personalis: quo absurdus dici nihil potest. † Quis enim nesciat obligationes personales difficilius nasci, & difficilius quoque perimī? excepto casu, *l. cum quis. 3. §. ult. de solut. & l. grege. 13. §. 2. tit. 1. D. de pigno.* Et ob id nimirum veteribus iuris actoribus incognitam fuisse earum præscriptionem, cum tamen nec vfucapio rerum immobilium nec longi temporis possessio esset iis incognita. Quin & Iustinianus ipse qui res omnes immobiles vbi que terrarū decennio acquiri voluit inter præsentēs, & vicinū inter absentes, *l. vnic. C. transf. vfucap.* An non Honorij & Theodosij, itemque Anastasij leges incorrectas reliquit, quibus inductum erat vt personales præscriptiones trigesimo demū aut quadagesimo anno complerentur? *l. scilicet l. omnes. l. compet. C. de præscr. 1. 30. vel 40. annor.* † Sed neque illud probare possum quod nostris tam constanter placere videri: eum qui pertingit annos cōtinuos annuum quid vniformiter præstiterit ex iusta aliqua causā vsque adèo obligatū intelligi ad futuras præstationes, vt ei præscriptio ius firmū tribuat illi cui solutiones factæ sunt, nec quicquam profit fallam & erroneam probari causam solutionum. Sic enim Molin. post alios in *dict. tractat. De contract. vfur. quæst. 20.* Nam etsi non ignoro præscriptionem triginta annorum habere locum, nullo etiā concurrente titulo, puto tamen id eò pertinere vt actionem quæ alteri competeat possit excludere, non autem vt ius actionis quæ præscribenti nunquam cōpetit, possit ei acquirere. Ipsum siquidem præscriptionis nomen non acquisitionem dominij, *l. 3. D. de vfucap. sed exceptionem tantum, l. qui agnitis. 11. & pass. D. de excep. l. 3. D. de præuaric. l. 3. C. de prec. Imp. offer. l. si non conuicij. 5. C. de inur.* Et ex iis Imperatorum constitutionibus quæ longissimi temporis præscriptionem nouo iure induxerunt, apparet nihil aliud eos egisse quàm vti ne vlla actio ultra longissimum tempus viueret, non etiam vt ex eo temporis lapsu actio aliqua acquireretur. Est namque difficilius, vt modò dicebamus, actionem dare quàm exceptionem, secundum iuris regulam, *l. inuitus. 156. §. cui damus de reg. iur. l. 1. §. bis autem de superfic. l. creditori. 5. C. de pact. cap. qui ad agendum de reg. iur. in 6.* Et ex contrario longè facilius fuit legislatori cōstituere vt tempus modus esset tollendæ saltem per exceptionem actionis, aut obligationis, quàm vt fieret modus inducendæ. Quare, vt dicam quod sentio: Non puto ex vllis præstationibus quantumuis vniformibus, & per longissima tempora continuatis acquiri posse actionem præscribenti, nisi tempus id effluerit quod hominum memoriam excedat. Hoc enim solo casu, & præterea nullo constituti iure habetur quod per tot tēpora vniformiter præstitum apparet. Nec de errore quæstio vlla referri potest, cum nec necesse sit vt causā vlla allegetur ex quā solutiones factæ sint, *l. 1. §. ult. de aqua plu. arcend. l. 3. §. ductus aquæ de aqua quotidian. & astu. Dydac. Covarr. in 2. par. relect. cap. possessor. §. 4. n. 4. Molin. de quæst. 20. n. 206. in prim.* De quo tamen videnda sunt quæ nos pluribus in Codice nostro Sabaudico scripsimus.

De bonorum vacantium vfucapione aduersus fiscum, Ad l. quamuis. 18. D. de vfucap.

SVMARIA.

- 1 *Res fisci, delatas tantum, sed nondum nuntiatas vel incorporatas vfucapi olim potuisse.*
- 2 *An in eo casu quadriennij præscriptioni locus fuerit?*
- 3 *An fuerit eo casu inter lucrativam & onerosam causam differentia?*
- 4 *Verba illa diutina possessione, in dict. l. quamuis, à Triboniano supposita esse.*
- 5 *Tentatur etiam post Iustiniani constitutionem bona vacantia fisco nondum nuntiatas, biennio vfucapi.*
- 6 *Bona fisco nuntiatas nec vfucapi, aut quadriennio præscribi, vel longo tempore possideri posse.*
- 7 *An viginti annorum præscriptio aduersus fiscum currat cum mala fide?*

NON potuerunt iure vetere fisci res vfucapi, ex scilicet quæ fisco iam acquisitæ, & vt nostri loquuntur incorporatæ essent, *l. vbi lex. 24. §. ult. D. de vfucap. l. 2. C. commun. de vfucap.* Quæ verò delatæ tantum vfucapi potuerunt, vt puta, bona vacantia nondum nuntiatas, quæ fisco deferebatur ex lege Iulia caducaria, vt Vlp. refert in titulis, *it. 8. §. 1. in fin.* Nam si ex eiusmodi bonis vacantibus fisco nondum nuntiatas bonæ fidei emptor traditam sibi rem accepisset, iam olim Papin. respondit, & ab Imp. rescriptum est potuisse vfucapionem procedere, *§. res fisci. Inst. de vfucap.* hoc est earum rerum dominium biennio acquiri. Id enim fuit vfucapionis tempus lege 12. tabul. præscriptum vt idem Iustin. testatur in princip. *d. i. in. de vfucap. & in l. vnic. C. de vfucap. transf.* Cui consequens est non fuisse eo casu locum præscriptioni quadriennij, quæ aliàs locum habebat contra fiscum bona vacantia nondum nuntiatas post quadriennium vindicantem, *l. 1. C. de quadrienn. præscript.* Nam qui rem vfuceperat biennio, atque ita dominium sibi quæsiuerat (est enim vfucapio adiectio, aut, vt alij legunt, adeptio dominij, *l. 3. de vfucap.*) non indigebat quadriennij præscriptione, quæ vt cæteræ præscriptiones omnes, nihil aliud quàm exceptio est, sicut superiore capite diximus. Quomodo enim locus esse possit exceptioni vbi actio nulla superest? cum in id tantum comparata sit exceptio, vt actionem excludat, *l. 2. D. de excep.* Extrà eum casum si possessor exceptionis titulū aliūve non haberet, cum non posset vfucapio procedere sine titulo, *l. Celsus. 27. de vfucap.* necessaria erat præscriptio quadriennij, *d. l. 1. C. de quadri. præscr.* Nisi fortè quis putet fuisse etiam necessariam si donationis aut alterius lucrativæ causæ titulū possessor habuisset. Fuisset enim hac parte differentiam aliquam inter donatarium & emptorem, minusque fauorabilem visum donatarium in ipsa quoque longi temporis possessione, constat satis ex Iustiniani constitutione in *l. super longi. 11. C. de long. temp. præscr.* cuius tamen verba illa *perspicuo iure sancimus*, non obscurè significant latam eam legem dubitationis tollendæ gratia, ne quis fortasse hac in re lucrativam causam ab onerosa secerneret, potius quàm quod ita ius ante esset vt secerni deberet. Nam & olim potuisse longi temporis possessionem ex causa donationis procedere apparet ex *l. locus. 26. D. de acq. possess.* si non ille locus inmutatus est à Triboniano respiciente ad illam Iustiniani legem, itemque ad Constitutionem *de vfucapio. transform.* vt per longam possessionem capi, scripserit pro

eo quod Iurisc. dixerat *vfucapi*. Id enim ab eo factum plerisque aliis locis, & ante nos Iacob. Cuiacius, & ex recentiorib. doctissimus quisque non minus verè quàm subtiliter obseruarunt, ac ex iis, quæ mox subiiciemus manifestissimè intelligitur. Certè quadriennij præscriptionem de qua in *d. l. 1. C. de quadri. præscr.* non potuisse locum habere in emptore bonorum vacantium nondum fisco nuntiatorum, ex eo apparet quod emptor hic vfucapere poterat, *d. §. res fisci. Inst. de vfucap.* Vfucapionem verò cū quadriennij præscriptione concurrere nec iuris ratio olim patiebatur, nec hodie patitur. † Ex quo moueor vt putè responsum illud Modest. quod extat in *l. quamuis. 18. D. de vfucap.* cū prorsus expressum sit ad Papiniani sententiam à Iustin. relatum in *d. §. res fisci*, non posse intelligi de quadriennij præscriptione in illis verbis, *diutina possessione*, vt male quosdam interpretatos video. Nec rursus de longi temporis possessione, vt alij explicant. Siquidem Modestini temporibus & ante Iustinianum distincta prorsus erant locis, & rebus, vt etiam tempore iura vfucapionis & longæ possessionis. Nec quæ res poterat vfucapi, eadè poterat etiam per longam, hoc est decennalem possessionem acquiri, quoniam peracto biennio dominium iam ex vfucapione quæsitum non poterat magis fieri possidentis. Ergo cum vfucapio illo casu locum haberet vt Papiniano & Imp. teste ac probante Iustiniano, visum est, eamque speciem Modest. tractet in qua haud dubiè vfucapio procederet si res cum fisco non esset (sic enim ille *quamuis aduersus fisco vfucapio non procedat*, ne fortè putes agere eundem de re prouinciali quæ non vfucapi, sed diutina tantum possessione acquiri potuerit) non potuit in illa specie emptorum bonorum vacantium prius quàm fisco nuntiantur, locus esse diutinæ possessioni. Proinde fatèri necesse est corruptum Modest. responsum à Triboniano, supposita que verba illa *diutina possessione capiet* pro eo quod Modest. post Papiniani. scripserat *vfucap. p. r.* Hoc verò propter illam vfucapionis transformationem quæ à Iustin. facta est in *d. l. vnic. C. de transf. vfucap.* translato iure vfucapionis in ius longæ possessionis. In quo tamen vereor ne alios decipere volens Tribonianus ipse deceptus sit. † Hic enim casus vnus est, à nemine forsan adhuc obseruatus, quo videatur dici posse in correctum manere ius vetus vfucapionis, vt etiam hodie bona vacantia nondum fisco nuntiatas vfucapiantur biennio. Mouet me, quod illa Iustiniani Constitutio in *d. l. vnic.* non sustulit nec transformauit præscriptionem quadriennij, cuius ne meminit quidem. Ea porro manente dico absurdū esse, ei qui quadriennij præscriptione tutus sit necessariam dicere longioris temporis possessionem. Nam quadriennij præscriptio ei demum proderat qui titulū nullum aut etiam si voles id conicere ex *d. l. super longi. 11. Cod. de long. temp. præscr.* quæ lucrativum habuisset. Quem tamen nemo dixerit melioris conditionis esse debere, quā qui ex emptionis aliæve onerosæ causæ possideat, *l. quod autem. 6. §. simili modo. l. ult. §. 1. D. que in fraud.* † Et in hoc errauit etiā grauius Bartol. existimans quadriennium illud computandum fuisse à die nuntiationis, cum tamen certum sit: imò verò nuntiandis bonis fuisse præscriptum, *leg. in ira quatuor. 10. §. 1. D. de diuers. temp. præscr. l. quia autem. 6. §. certè si vacantia. D. si quis omis. caus. rest. l. 1. §. Diuus Pius de iur. fisci.* Facta enim nuntiatione constat nec vfucapioni locum fuisse nec præscriptioni quadriennij, *d. §. res fisci*, at nequidem possessioni longi temporis, cum neque id vfucapio traditum sit, neque fauorabilior in prouinciis esse potuerit longa possessio, quàm in Italia vfucapio. Igitur

viginti annorum præscriptio erat necessaria. Ex regula. *l. in omnibus. 13. de diu. temp. præscr.* eritque hodie, etiam si titulus cum bona fide concurrat. Neque enim abrogata est. *d. l. in omnibus.* Sed & non facta nuntiatio ne si quid sit quod quadriennij præscriptionem impediatur, puta priorum delatorum præuicatio qui facta denuntiatione destiterint, *d. l. intra quatuor in princ. 1. d. l. §. ult. de iur. fisco.* puto nec fuisse olim nec esse hodie locum præscriptioni minoris temporis quam viginti annorum. Non solum si nullus titulus, quem sanè constat non minus ad longam possessionem quam ad v. fucationem fuisse esseque necessarium, *d. l. vnic. C. de v. fucap. transform.* sed etiam si titulum bonæ fidei possessor habeat, quia casus hic ut probauimus, non pertinet ad Iustin. Constitutionem. Ideoque succedit regula. *d. l. in omnibus.* quæ viginti annorum præscriptionem requirit in omnibus fisci quæstionibus, in quibus breuius tempus statutum non est. † Cuius præscriptionis, ut hoc etiam adnotemus, ius proprium illud est ut currat etiam cum mala fide. *l. 2. D. de requiren. reis.* Guid. *Pap. qu. 416. m. 14.* Ideo fortasse quod nec in mala fide verè constitutus videatur possessor quamdiu ignorat an iure suo fiscus vti velit. Quæ etiam ratione comparatum est ut is cuius res ipso iure commissa est ob non solum fisco vectigal, præscribat nihilominus quinquennio. *l. 2. C. de vectig. & commiss.* licet quod commissum est statim desinat eius esse qui crimen contraxit, *l. commissi. 14. D. de public. & vectigal.* Nec aliud iure Canonico seruabitur, quo tamen inducitur ut nulla cum mala fide præscriptio dari possit. *cap. viginti & cap. ult. Ext. de præscr. sanè quod in reb. fisci olim obtinebat ut v. fucari non possent, hætenus immutatū est ex posteriorum Imp. constitutionibus, ut quadraginta saltem annorum præscriptione fiscus si eas vindicet repellendus sit. l. omnes. 4. l. cõperit. C. de præsc. 30. vel 40. annor. iunct. l. de bon. vacan. & incorp. libr. 10. C. 10. ut scripsi latius in Codice.*

CAPVT XI.

Filiūfamilias iure vetere fuisse acquisitionis capacem.

SVMARIA.

1. De filiūfamilias & serui quoad acquisitionem differentiæ.
2. De patre qui filio, quem in potestate habet, hereditatem restituere rogatus est, & quando illa hereditas filio acquiratur?
3. Cur filiūfamilias hereditatem sibi delatam citra patris iussum adire non possit?
4. Sententia. l. placet. 79. ff. de acquir. hered.
5. Ratio cur filiūfamilias acquisitionis interdum sit capax, serui verò nunquam?
6. Cur iure vetere pater filiūfamilias donare non possit?
7. Patrem filio emancipato, nec non filio naturali olim donare potuisse.
8. Casus indicatur, quo non potest filiūfamilias sibi acquirere, tametsi nec patri acquirat.

Vlgo creditur non fuisse filiūfamilias iure vetere acquisitionis capacem, in eoque parem eius & serui conditionem extitisse. Quasi hac patre eadem vis esset patriæ & dominicæ potestatis, ut quemadmodum per seruum domino acquiratur, ita & per filiūfamilias patri quæretur ex omnibus causis. Ad eodē vt ne momento quidem temporis in filiūfamilias persona consistere acquisitio possit. *l. placet. 79. D. de acquir. hered. l. 1. D. si a patre quis manum.* Vnde tam frequens illa in libris nostris seruorum & filiorumfamilias cõ-

paratio, præsertim quoties de acquisitione tractatur, † Ego verò didici, ut in aliis permultis, de quibus nunc dicere nil attinet, ita hac in re longè maximam inter eos fuisse differentiam. Serui enim vsque ad eodē erant acquisitionis incapaces, ut dominis suis omnia acquirerent etiā inuitis, idque ex omnibus penè causis, *l. etia. 32. D. de acquir. rer. dom.* Ita vt si vetante etiam domino seruus ab alio stipulatus esset, nihilominus domino promissor obligaret, *l. seruus vetante. 62. de verb. oblig. solaque ferè hereditatis causa excepta erat, cum seruo heredi instituto non liceret hereditatem adire nisi precedente iussu domini, sicut nec filiofamilias nisi precedente iussu patris: propterea quod cum hereditas habeat commoda & incõmoda, obligeturque per aditionem quisque heres sit, absurdū & iniquum videretur alterius facti eius maxime qui sit in potestate aliū obligari, *l. qui in aliena. 6. D. de acquir. hered.* Melior enim patris & domini cõditio per filios & seruos fieri poterat, sed deterior non poterat, *l. melior. 133. de reg. iur. l. contra. 28. §. ult. de pact. i. pen. D. de post. cum similib.* At filijfamilias tamen volentibus parentibus acquirere omnia, inuitis tamen acquirere non poterant, sed quæ parentes acquiri sibi volebant, ea demum filiūfamilias quærebantur, quasi acquisitionis capacibus si parentes consentirent. † Hinc illud erat, quod si pater filio quem in potestate habebat rogatus esset hereditatem restituere, & pater suspectam diceret, cogi posset per filium vt adiret & restitueret, *l. cogi. 16. §. si pater filio. D. ad S. C. Trebell.* quod in seruo etiā cum libertate per fideicommissum substituto non perinde obtinebat, vt ibidem Vlp. subiicit in *§. sed si seruo.* Nimirum quia cum euidentis esset voluntas patris nolentis acquiri sibi hereditatem quam suspectam habebat, nihil obstarat quominus eam filius fideicommissarius sibi acquireret. Non idem erat si sponte pater adisset, & pure restituere hereditatem rogatus fuisset. Patri enim hereditas acquiratur, quamuis voluntas testatoris refragari videretur. Propter quam causam qui parentibus acquiri volebant, rogabant patres vt liberis suis, cum in potestate esse desissent, restituerent. Inde illud etiam fit vt si quis filio suo cum in potestate esse desierit, hereditatem restituere rogatus, in fraudem fideicommissi quid facere probetur, cogendus sit statim restituere, in iussu & representato dano conditionis propter fraudem, vt Papin. loquitur in *l. Imperator. 50. eo. tit.* quod sanè fieri non possit si patria potestas quæ cautionis inter patrem & filium interponendæ remedium impedit, dominij quoque acquisitionem in filij persona impediret. Eodem pertinet quod Vlp. ait in *l. is qui heres. 13. §. ult. de acquir. hered.* neque patrem sine filio neque filiū sine patre repudiando alterum alteri nocere, sed utrosque simul debere repudiare, siue testamentaria siue legitima hereditas filio obuenerit. Nimirum vt intelligamus, Repudiante patre delatam filio hereditatem posse filiū velle eam sibi acquirere. Quod in seruo secus est, cui delatam hereditatem aut bonorum possessionem solus dominus repudiare potest, quia nec si dominus vellet, posset eam seruus sibi acquirere. † Vnde illud quoque non immeritò fortasse mirari quis possit, Cur hereditatem sibi delatam filiūfamilias adire non possit citra iussum patris, *d. l. qui in aliena.* cum nolente patre sibi eam acquiri, futurum esset vt ipso filio qui sponte adisset quæ sita videretur. Sed dicendum est ea ratione sic comparatum, quod in suspensio manere non possit vis & potestas aditionis, quam tamen suspendi oporteret in id vsque tempus quo pater voluntatem suam declarasset, si interea filio adire liceret. Quando-*

Quandoquidē nec antea heres fieri pater posset nisi ignorans & inuitus, quod iuris ratio non patitur, nec filius ipse ex aditione obligari: cum non aliter sit acquisitionis capax quā si nolit pater sibi per eū acquiri. Itaque cum patris potior sit causa quā filij in ea etiā acquisitione quæ per filium sit, prius exploranda est voluntas patris. Alioqui semel facto herede filio, non posset ampli⁹ per eū heres fieri pater, quia semel heres semper heres perseuerat. *l. ait. Prætor. 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. et qui soluendi. 88. D. de hered. inst.* Idemq. in bonorū possessione obtinet, nisi quod iussum præcedere necesse non est, sufficitq. subsequi rati habitionē. *d. l. qui in aliena. §. 1. l. ult. §. 1. quis ord. in bonor. poss. seru. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss.* ideo fortasse quod aditio solennior esset, nec aliter valere posset quā si fieret eo modo quo fieri deberet, & ita vt confestim hereditas ex ea acquireretur, cum esset aditus legitimus cuius potestas nulla mora suspēdi poterat. *l. actus legitimi. 77. de reg. iur.* † Ea que etiam Vlpiani sententia est in *l. placet. 79. D. de acq. her.* cum scribit, Quoties acquiritur per aliquē hereditas vel quid aliud, ei in cuius potestate sit confestim acquiri ei cuius est in potestate, nec momento aliquo subsistere in persona eius per quē acquiritur. Ita ligni cans non tantum aditionē hereditatis in suspensio esse non posse, sed ne ipsam quidē acquisitionem, siue hereditas adita, siue bonorum possessio petita sit. *d. l. ult. §. 1. quis ord.* In quo tamē obseruandū est, quod vulgo nostri non animaduertunt, non sic Vlpianū loqui, vt dicat semper acquiri nobis per eos quos in potestate habemus, vt ne momento quidē temporis in eorū persona consistat acquisitio: sed quoties, inquit, acquiritur. Innuens, non igitur semper acquiri. Atqui per teruū quandocunq. acquiri semper acquiritur domino, quia sibi acquirere ille nullo casu potest nisi ea quæ sint meri facti. *l. qui heredi. 44. de cond. & dem. l. legatum. 21. De adim. legat. l. quod seruus. 24. D. de acq. poss.* † Ergo vel ex eo maxime loco colligas posse interdū filiūfamilias acquisitionis capacē esse. Id verò euenit vno illo casu si pater acquiri sibi nolit. Et ratio differentiæ inter filiūfamilias & seruū euidentis est, quoniā filiūfamilias habet personā integrā, nec iure ciuili incognitā, ob idq. tam ex contractu quā ex delictis competit in eum iure ciuili actio. *l. tam ex contractibus. 57. D. de indic.* Serui verò persona nec integra nec vlla est, quippe qui iure ciuili pro mortuo habeatur. *l. quod attinet. 32. de reg. iur.* adeoque cõparetur quadrupedibus. *l. 2. D. ad l. Aqu. †* Hæc cum ita sint, difficile videtur intelligere, cur iure vetere donare pater filiūfamilias non posset. *l. donationes. 31. §. pater. D. de donat. l. 2. C. de inoff. donat. l. si donator. 13. C. de collat. l. siue emancipatis. 7. C. de donat.* Nam si verum est, quod probauimus, fuisse filiūfamilias etiā iure vetere acquisitionis capacem volente patre, quid apertius est quā velle patrem acquiri filio quod ipse filio donet? At respondeo non impediri donationem ex eo quod filiūfamilias incapax sit acquisitionis, vt imperitè nostri sentiunt, sed quia donatio valere nulla possit quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur, & quidem ciuilis vt ex causa donationis conueniri donator possit ad præstandū id quod stipulanti donatario promiserit, vel vt donatæ rei & traditæ dominium in donatarium translatum irrevocabiliter censeatur. At inter patrem & filium contrahi obligatio ciuilis non potest propter ius patriæ potestatis. *d. l. Imperator. 50. ad Treb.* Neq. igitur fieri queat vt filiūfamilias donare pater quicquam possit. *l. 4. D. pro donat.* † Planè emancipato dare iam

olim potuit. *d. l. siue emancipatis. l. ult. liberis. C. de collat. quin & filio naturali tantum. l. omnes. 17. §. Lucius. D. que in fraud. cred.* Non quod habeant hi personā acquisitionis capaciore, sed quod in illis cesset ratio illa & impedimentū patriæ potestatis, cum nec naturales filios habeat in potestate pater, nisi quos & ex legitimo matrimonio susceperit & in familia semper retinuerit. *§. 1. Inst. de patr. potest.* † Alius etiā casus est obseruatione dignissimus in quo non potest filiūfamilias sibi acquirere tametsi nec patri acquirat, in specie. *l. quænam admodum. 46. D. de iure dot.* vbi scriptum est si seruo stipulanti pro domino dos promissa sit, aut filiūfamilias tradita, dotē quidē patri aut domino acquiri, sed ita tamen vt neq. periculū præstare debeant, neque culpā, quandiu ratā promissionē aut traditionē non habuerint. Ne alioqui ex facto filiūfamilias aut serui ignorans pater vel dominus periclitetur. Cum vero nullā de dote actionē mulier habere possit in filiūfamilias aut seruo, at nec in patrem vel dominū ad consequendā aut potius extorquendā rati habitionē, per quā a se metū periculi abiiciat. Illud vnū relinquatur quod Iulianus concludit, vt mulieri liceat etiā constante matrimonio res in dotem traditas cõdicere, aut etiā incerti cõditione assequi, vt promissione liberetur. Hoc ideo, quia quod filius pro patre stipulatur ex causa dotis ab uxore patris, non potest filio acquiri, nec si pater velit, quoniā filiūfamilias non est capax acquirendæ dotis aliene, cum ipse maritus non sit, soli autē marito dos cõstitutæ & acquiri debeat. *l. 1. l. quamuis. 75. §. pass. eo. tit. l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam. erci. l. si id quod. 15. de duob. reis. l. item si. 8. de stipul. seru.* Itaq. nihil hac parte differt filiūfamilias à seruo. Sed & singularis ille casus obseruandus est in quo cõtra iuris regulā permittitur mulieri constante etiā matrimonio dotē repetere.

CAPVT XII.

Ad l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam. erci.

SVMARIA.

1. An collatā à patre in filiūfamilias, dotis causa donatio iure vetere valuerit?
2. Resuatur ex d. l. Pomponius, communis Interpretum super hac questione opinio.
3. Dubitandi ratio in dicta lege quænam fuerit?
4. An in specie d. l. Pomponius, facta aliqua traditio intercessisse subintelligatur?
5. An in d. l. dotis titulus ad dominij translationem valuerit.
6. Quando valeant, donationes à parentibus in liberos collatæ?
7. Papiniani responsum in l. cum pater. 77. §. pater filia. 17. de leg. 2. de rebus ex causa dotis, non simpliciter filia donatis accipiendum esse.
8. Quænam Papinianum in d. l. Pomponius, mouerint vt pro filia responderet?
9. Cur in d. l. specie filia rem ex dotis causa à patre donatam conferre non teneatur?

Quod † capite superiore diximus, donationem à patre in filiūfamilias collatā iure vetere non valuisse ex *l. donationes. 31. §. pater. D. de donat. l. siue emancipatus. 17. C. eodem. l. 4. D. pro donat. l. 2. Cod. de inoff. donat. l. si donator. 13. Cod. de collat.* non putant nostri fuisse perpetuam. Excipiunt enim causam dotis, cuius fauore iam olim receptum volunt vt inter patrem & filiūfamilias valeret donatio, in eamque rem nituntur passim eleganti illo Papiniani responsō quod extat in *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam.*

ercis. In cuius specie cum proponeretur pater quædam prædia filia suæ dotis causa tradidisse, eorumque reditus genero solui mandasse, tum quæreretur an post mortem patris accepto inter filiam cæterisque patris ex testamento coheredes familiarum eriscundæ iudicio, præcipua ea retinere filia posset, Respondit Papinianus, iustam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia de quibus quærebatur dotis esse voluerat, & matrimonium post mortem quoque patris steterat: Filiam enim quæ naturaliter agros tenuit specie dotis cuius capax fuisset, defendi. At videamus, ne ex hoc ipso Papiniani responso receptissima hæc nostrorum sententia apertissime refellatur. Nam quod ille ait iustam retinendæ possessionis causam habere filiam, non ea ratione fit quod valuerit donatio ad transferendum dominium, aut ipsa etiam traditio ad transferendâ possessionem (vtrumque enim Papinianus negat, cum scribit filiam agros viuo patre non possedisse, sed tenuisse, quod longè diuersum & minus est *l. stipulatio ista. 38. §. planè si tenere de verb. oblig.* Et tenuisse naturaliter tantum, id est re ipsa vt in *l. 3. §. aperire. D. de S. C. Silan. l. in causâ. 25. §. idem Pomponius. D. de minor. leu. corporaliter*, & vt nostri loquuntur de facto potius quam de iure.) Sed quia naturalis illa & corporalis possessio quam ex contractu nancisci filia non posset si non haberet, facilius defendi possit apud arbitrum familiarum eriscundæ, idque ex æquitate propter voluntatem patris qui ea prædia dotis esse voluerat, non aliam ob causam quam vt ferèdis matrimonij oneribus subseruirent. Id enim vel ipsa dotis appellatio præmonstrat *l. pro oneribus. 20. C. de iur. dot.* Eadem porò causa mortuo etiam patre subest si diuisionis tempore constet adhuc matrimonium. Idem igitur retentionis ius filia saluū esse debet, cum negari non possit, quin constante matrimonio filia familias capax sit habendæ dotis. Itaque dubitandi ratio illa erat, quod re vera nec donatio valeret in filia familias collata, licet dotis nomine, nec traditio, quæ scilicet ipsi filia facta fuerat, cum tamè non ipsi, sed genero filia nomine fieri debuisset. Nam & hinc illud est, quod passim videas iuris auctores ita loqui vt dotem genero filia nomine potius quam ipsi filia datâ dicat. Quod si quâdo filia datâ legimus, sic omnino intelligere debemus, vt tamè genero non filia traditio facta sit. Quomodo enim posset fieri dominus dotis *§. 1. Inst. quib. alien. licet vel non l. dore. 6. C. de rei vind. si nulla traditio præcederet? vulg. l. traditio. 20. C. de pact.* Neque verò existimandū est, videri hoc casu traditâ dotē filia, & à filia deinde marito quasi actus vno traditionis occultetur, vt in *l. 3. §. sed si debitor. D. de don. int. vir. & vx.* quomodo sanè contingeret si valeret donatio in filia collata, vtputa si facta esset à matre quæ liberos in potestate non habet, quemadmodū in illa eleganti specie quam idem Papin. tractat in *d. l. donationes. 31. §. species. D. de donat.* Cur enim facta subintelligitur traditio, quæ si vera intercederet, non valeret? Sanè quamuis traditio dotis genero facta sit, atque ita dos in bonis seu quod idem est in dominio bonitatio mariti esse cæperit, non ideo minus tamen est filia *l. quamuis. 75. D. de iur. dot. vtpote cuius maxime interfit dotem habere l. seruo legato. 69. §. 1. de legat. 1.* At neque per traditionē filia factam à patre, potest filia familias quæri possessio, cum ex contrario per traditionem filia familias factam, possessio patri acquiratur *l. 1. §. rem acquirimus. D. de acq. poss. §. non solum. Inst. per quas person. nob. acquir. excepta naturali & corporali possessione, quæ*

sicut tota facti est *d. l. stipulatio ista. §. hæc quoque stipulatio, nec proinde in patrem aut dominum transit, qui heredi. 44. D. de cond. & demonstr. ita neque inducere potest dominij translationem, quæ ex iure, tituli que habilis potestate proficiscitur l. nunquam mada. 31. D. de acq. ver. dom.* Hic porò nec titulus ipse dotis valebat ex quo secuta traditio proponebatur, vt non obscure Papin. fatetur, cum ait filia quæ non nisi naturaliter agros tenuit, defēdi *specie dotis, id est eo colore & prætextu potius quam iure.* Neque est contrarium quod Papin. subiicit esse filiam dotis capacem constante matrimonio. Sunt enim hæc longè differentia, Esse filiam familias dotis capacem viuo patre, Et, posse filiam familias ex donatione traditâ libi à patre dotem accipere. Potest, imò verò tenetur pater filie nomine genero dotem tradere, quo calu ipsi filia, vt diximus, dos acquiritur, licet patri quoque actio de dote sit communis *l. 2. D. sol. matr.* Sed ipsi filia dotem tradere vt ei acquiratur non potest propter impedimentū patrie potestatis, quæ nullo proflus casu patitur vt inter patrem & filium aut filia familias ciuilibus obligatio contrahatur, siue ius vetus siue nouū spectes. Nam neq. Iustinianus facere voluit aut etiam potuit vt donationes quas parentes in liberos conferunt, aliter valeant quam si morte confirmantur *l. donationes quas parentes. 25. C. de don. int. vir. & vxor.* in quo hæctenus fauit liberis vt specialis confirmatio necessaria non sit, solumque donatoris silentium sufficiat: Cum tamen Digestorum iure omnino necessaria esset confirmatio, siue ex facto aliquo colligeretur, vt si pater qui filia in potestate mancipia donauerat, postea emancipatæ peculium non ademisset *d. l. donationes. 31. §. pater qui filia. D. de donat.* Siue expressis fideicommissi verbis moriens pater voluntatem suam declarasset vt in *l. cum pater. 77. §. pater filia. de lega. 2.* vbi tamen, quod summo opere notandum est tractat Papin. de patre qui mancipia filia nubenti, ac proinde in dotem dederat, nec eo minus negat valituram donationem si verbis fideicommissi confirmata non esset. Ob idque nimirum eam comparat donationi factæ inter virum & vxorem, & quippe quæ etiâ morib. improbetur *l. 1. §. tit. de don. int. vir. & vx.* quâuis donatio à patre in filia familias collata deterioris olim esset conditionis in eo quod non solo silentio & subsecuta ad mortē vsque donatis perseverantia confirmabatur vt donatio inter cōiuges, sed ita demū si specialis confirmatio accederet. Nec probare possū quod ad eū locū Castrel post Dyn. notat inueterati erroris tuēdi gratia, debere id responsū intelligi de reb. nubenti filie simpliciter donatis, non ex causa dotis. Vix. n. est vt quod nubenti filia pater dat simpliciter, in dotem dare non videatur, nisi extra dotē dare se expresserit, vt in *§. species. d. l. donationes.* cū patris officium illud sit dotare filia *l. capite 19. D. de rit. nup. l. vl. C. de dot. promiss.* in dubio autē præsumendus sit quilibet, officio suo satisfacere potius quā merā & reuocabilē liberalitatē in aliu conferre voluisse. arg. *l. 1. 2. & 3. D. de solut.* Ergo in specie *d. l. Pomponius*, si res à patre ex causa dotis donatas, & traditas filia non possideret, non ideo posset illas à coheredibus petere, multoq. min. præcipuas sibi vindicare, quod dotis capax etiam viuo patre fuisset. Ex inutili enim contractu non daretur actio. Sed quia iam naturaliter illas tenebat, facilius est vt ab arbitro familiarum eriscundæ detur ei retentio ad cōseruandam patris inter liberos voluntatem, quamuis iure destitutam. *l. quoties. 10. l. filij. 16. l. vlt. C. famil. eriscund. facit l. parentibus. C. de inoff. testam.* Pater enim

præ-

prædia illa dotis esse voluerat, id est filia acquisita ex ea causa cuius capax erat filia (tamefi genero non filia dotē tradere pater debuisset) matrimonium autē, inquit Papin. post mortem quoque patris steterat. Vt intelligamus non nisi constante matrimonio dotis capacem esse filiam, aut certè, si moriente patre iam solutum fuisset matrimonium, aliud responsum fuisset Papinianum: Cum tamen si donatio valeret, nihil planè interesset an solutum esset matrimonium necne, sicut nec referret an filia ipsa an coheredes possiderent. Semel enim perfecta donatio neque ex superueniente casu, neque ex possessionis amissione irrita fieret. Denique tria sunt quibus concurrentibus mouetur Papinianus vt pro filia respondeat, quod esset illa in possessione bonorum donatorum ex voluntate patris, quod facta esset filia traditio ex ea causa cuius capax fuisset, id est, dotis nomine. Postremo quod post patris quoque mortem matrimonium consisteret. Quæ si omnia non concurrant, dico legis sententiam rationemque corruiere. Sanè quod ibidem Papin. ait non cogi filiam ea prædia fratrib. iisdemque coheredibus conferre, nihil iuuat receptam nostrorum interpretationem. Non enim rationem illam habet quod donatio valuerit, quæ autem ab initio valet simplèxque est donatio conferenda non sit *l. illud. 20. §. si. C. de collat.* sed quia pater testatus proponebatur. Iure autem Pandectarum cessabat factio testamento necessitas collationis, nisi eam testator expressè iniunxisset. *l. 1. Auth. ex testamento. C. de collat.* Cæterum intestato mortuo patre qui prædia filia in dotem tradiderat, aliud proculdubio Papin. respondisset, quoniam quæ ratio cessante collationis necessitate tribuit filia retentionem scilicet voluntas patris, & fauor possessionis ac matrimonij, ea sanè non impediret collationem, cū donatio non valuerit. Nam quod à nonnullis traditum video, dotem olim conferri non debuisse, si non id testator nominatim iussisset, ex *l. Theopompus 14. D. de dot. præleg.* idque postea iure Codicis immutatum ex *l. si soror. 8. C. de collat.* prorsus à ratione alienum est. Siquidem in *l. Codicis tractatur de successione intestati*, in qua conferri dotem debuisset apparet ex *l. filia dotem 4. l. dotis. 5. l. filia licet. 12. C. eod. & ex tot. tit. D. de collat. dot.* At in *l. Theopompus*, de successione testati, sicut & in *d. l. Pomponius Philadelphus*. In qua tamen obseruandum est non de illo Papinianum quætere, an donata prædia conferre fratribus deberet, de quo certū ius erat factio per patrem testamento. Nec rursus an donatio fauore dotis valeret, quam vtique nemo ex iuris peritis eorum temporum valere dixisset. Sed de eo duntaxat, quod erat longè difficilior & elegantius, An prædia donata perinde posset filia in paternæ hereditatis diuisione retinere, ac si donatio valuisset. Quod certè vix quisquam admitteret, si Papiniani responsum non haberemus.

CAPVT XIII.

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

SVM MARIA.

- 1 An iuris error, qui facti errorem super validitate tituli immixtum habet, ad inchoandam complendâq. vsucapionem valeat?
- 2 An in *d. l. si vir. & l. sed et si. de don. int. vir. & vxor.* error mulieris existimantis rem sibi donatam mariti, non alienam fuisse, bonam fidem inducat?
- 3 Cur in *d. l. si vir. mulieri in iure erranti procedat vsucapio?*
- 4 An procedat vsucapio rei alienæ, quam quis in facto

errans à pupillo sine tutoris autoritate comparauit?
 5 Respondetur ad *l. nunquam. 31. de vsucap.*
 6 An in *d. l. si vir. maritus dominium translaturus fuisset, si rem propriam donasset?*
 Iuris quidem error in vsucapionibus & ad acquirendum nemini prodesse solet. *l. iuris ignorantiam. 4. D. de iur. & fact. ignor.* Sed si tamen errorem facti immixtum habeat, non super existentiâ, vt nostri loquuntur, sed super validitate tituli, vulgo creditum est post glo. Bart. & alios in *l. si vir. 3. D. pro dona.* prodesse errorem iuris ad inchoandam complendamque vsucapionem, & omnis generis præscriptionem Cuius rei ratio illa redditur, quod quicquid sit de iuris errore, facti error planè bonam fidem inducat contingentem absque vlla culpa errantis in iure, qui et si ius omnino cognitum habuisset, nihilominus ob ignorantiam facti bonam fidem haberet, quæ non tatum ad præscriptionem sufficit, sed etiam ad vsucapionem, cū adest titulus licet inualidus Exemplum verò sumitur ex *d. l. si vir. 3. D. pro donat. & l. sed et si. 25. D. de don. int. vir. & vxor.* quibus locis responsum est, si vir vxori rem alienam donauerit quam vxor donatoris esse putabat, procedere vsucapionem pro donato, tame si error iuris interueniat ex parte vxoris existimatis valere donationes factas inter cōiuges. Mihi neque traditio hæc probari potest, neq. exemplum. Nam in specie *d. l. si vir. & d. l. sed et si*, error mulieris existimantis mariti fuisse rem donatam quæ erat aliena, tantum abest vt inducere possit bonam fidem, vt potius inducat malam. Facit enim vt tanto magis opinari mulier debeat se eam rem accipere contra leges, & iure prohibente ex quo mala fides nascitur. *l. quemadmodum. 7. C. de agric. & censu. l. 11. tit. 47.* Quod & Didacus Couarruias obseruauit in *2. part. relict. c. possessor. §. 7. n. 10.* post Castrensem cui nec communis sententia placuit, nisi eo demum casu quo error facti bonam fidem inducat, non quod ad existentiâ tituli quem subesse semper necesse est *l. Celsus. 27. D. de vsucap.* (nisi in eodem facti errore concurrant, & qui tradit & qui accipit, quæ specialis ratio est *d. l. si existimans. 48. eod. aliâs l. 3. D. pro solut. l. hominem. 3. D. pro suo.* quamuis ex *d. l. Celsus*, non obscure appareat dissensisse hac in re veteres Iureconsultos) sed quod ad ipsius tituli validitatem. Atque ita ego quoque sentio. Nam quod scriptū est in *d. l. si vir*, non eam rationem habet quod mulier erraret in facto. Quid enim si non errasset, ac alienam rem sciuisset? Minus certe peccasset contra leges, quæ donationem inter coniuges prohibent. Quamquã alia ratio vsucapioni obtulisset, nempe quod in mala fide fuisset ob alienæ rei scientiam. Illa igitur ratio legis est, quod plus sit hoc casu in re quam in existimatione. Sufficit enim non esse prohibitam donationem, cū res sit aliena. *d. l. sed et si. 25. in fin.* iis verbis que quia aliena est vsucapi potest. Nam ita fit vt nullus sit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error sit in causa, vt Castren. loquitur, aut potius in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas esse inter virum & vxorem donationes, Eadem ergo ratione admittendum est, quod tamè idem Castrensis & post eum Didacus negat, Eū qui rem alienam à pupillo emerit non adhibita ea solennitate quæ iure necessaria est, posse eam rem vsucapere aduersus verum dominum, non propter errorem iuris aut facti (vterque enim malæ fidei potius quam bonæ præsumptionem hic inducit) sed propter factum ipsum rei que veritate, quod reuera non sit res pupilli, sed aliena. Nam & hic quoque vt

& in specie d.l. si vir. plus est in veritate quam in opinione l. regula. 9. §. qui ignorauit. D. de iur. & fact. i. g. si pater. 4. §. quoties de manu. vind. §. si quis rem suam. 11. Inst. de legat. licet aliquando contingat ex contrario plus valere quod in opinione est, quam quod in re l. qui putat. 15. D. de acquir. her. d. l. 2. §. si a pupillo. D. pro emptor. Sic enim eo loco legendum esse ut hic plus sit in existimatione quam in re, ingeniosè Iacob. Cuiacius ut alia innumera obseruauit. Et sanè nihil est quod prohibeat vsucapionem alienæ rei quam quis a pupillo sine tutoris auctoritate comparauerit. Non rei vitium, quia est aliena, non persona ipsa pupilli, quoniam non est hac parte fauorabilis pupillus, cuius nimirum nihil interest, cum neque fiat pauperior, qui alienam rem vendit, neque ex contractu sine tutoris auctoritate inito de euictione obligetur l. Iulianus. 13. §. si quis a pupillo. D. de act. empr. §. 1. Inst. de auctor. tutor. Quin & si quis a pupillo rem ipsius pupilli emerit sine tutoris auctoritate poterit vsucapere, dummodò puberem eum fuisse crediderit, sicut & qui emit a furioso, quem mentis compotem esse putabat, l. 2. §. si a pupillo, & §. si a furioso. D. pro emptor. Quod si error facti prodest ad eam vsucapionem, quæ reuera & pupillo, & furioso damnus adferat, quantum facilius admittendum est, prodesse debere, cum res est aliena, nec pupilli interest, hoc est, cum non emptoris sola opinio, sed ipsa rei veritas vsucapioni patrociniatur? Sed & facilius hoc admitti possit, quam quod Pomponius respondit in d. l. si vir. Ibi enim iuris error talis est ut si rei veritas cum mulieris donatiæ opinione in facto cõcurreret, hoc est, si donatoris mariti res esset, non aliena, nullomodo valeret donatio tanquam moribus improbata. At in specie de qua disputamus, etiã si pupilli res esset quã is ut suam vedit, cum sit aliena, nihilominus valeret contractus etiam sine tutoris auctoritate initus. Non quidem ex parte pupilli, qui certè nõ obligatur sine tutore, sed ex parte emptoris, ut apertè scriptum est in d. §. si quis a pupillo, quamuis non idcirco vsucapere emptor possit, nisi puberem credidisset d. §. si a pupillo. Ergo cum res est aliena cur non vsucaperet & emptor rem possidens ex contractu quæ nec rei veritas, nec ipsius emptoris opinio inualidam fecerit? Neque obstat quod ex Proculo Paulus scribit in l. nunquam vsucapionibus. 31. D. de vsucap. si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus est, vel post longum tempus venditionis peractum vsucapere non posse, quia iuris error est. Non enim tractatur eo loco de aliena re per pupillum vedita, ut Castrensis, Didacus, & ceteri existimant, qui ex illo textu mouentur, sed de re pupillari quam pupillus sine tutoris auctoritate vel ea malè interposita vendiderit ei qui impuberem esse non ignorabat, sed putabat sufficere ut tutoris auctoritas quancumque interueniret, siue ab initio, siue ex interuallo. In quo nimirum emptor errabat in iure. Tutoris namq. auctoritas interponi debet in ipso negotio, id est, statim atque perfectum est, absque vilo interuallo l. obligari. 9. §. tutor statim. D. de auctor. tutor. Iunct. l. si quis mihi bona. 25. §. iussim. D. de acq. hered. Quod si aut ab initio interposita est aut ex interuallo, pende est ac si non esset l. 2. §. tit. de auctor. tutor. Itaque error ille iuris emptori non proderit ut rem pupilli possit vsucapere, quæm proculdubio vsucaperet si esset aliena, quamuis pupillarem credidisset arg. d. l. Sed & si. 25. de donat. int. vir. & vxor. & d. l. 3. pro donat. Id enim & si pupillo vtile est ut acceptum precium restituere non teneatur, nec si locupletior factus sit l. qui ali-

nam. 54. D. de euict. l. si obligata. 19. C. eo. l. 2. C. de reb. alie. non alienand. quod alioqui eo casu restituere teneatur l. catenus. 10. D. de inst. act. l. 1. §. an in pupillum. D. deposit. l. naturaliter. 13. §. vlt. cum l. seq. de condit. indeb. Proinde hoc etiam casu verum est, quod Accursiad l. Pomponius. 13. §. si iussu. D. de acq. poss. adnotauit verum esse in specie d. l. si vir. non esse hic locum regulæ iuris, quæ habet, Eum qui alienam rem vendit ita demum transferre in emptorem vsucapiendi conditionem, si propriam rem vendendo translaturus ille esset dominium. Et miror reprehendi hoc nomine Accursium à Didaco d. §. 7. in si. Sed illud magis miror, quod vir doctissimus scripsit, in specie d. l. si vir, translaturum fuisse maritum dominium si rem propriam donasset. Quod est apertè contra d. l. sed est. 25. de donat. int. vir. & vxor. Nisi fortè eum fecerit quod in d. l. si vir. scriptum est vsucapionem ita demum procedere posse si pauperior is qui donasset non fieret. Quo vno casu constat receptas esse inter virum & vxorem donationes. d. l. 25. At cõsiderare debuerat, aliena re donata debuisse conditionem illam adici, quia variis modis contingere possit, ut etiam qui alienam rem dat pauperior ex eo fiat, puta si aliena sciat, & ad exonerandam fortè conscientiam aliã preciosiorē postea dederit domino, qui suam alioqui vindicaturus erat. Propria verò re donata non nisi absurdè distinctioni huic locum esse, quia fieri sanè nequeat ut pauperior non sit, qui rem suam donat l. filiusfamilias. 7. D. de donat. qui de bonis suis aliquid erogat l. si sponsus. 5. §. cum igitur. 17. de dona. int. vir. & vxor. Quam ob causam Iurisc. in d. l. sed est. donationem valere defendit. Ea sola ratione quod res aliena esset, significans apertissimè non fuisse valituram si donatoris res propria fuisset.

CAPVT XIV.

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

SVMARIA.

- 1 An quod in d. l. si vnquam, in patronorum donationibus specialiter inductum est, ad quoslibet donatores trahendum sit?
- 2 An item ad eum pertineat qui postquam vxorem ducenti favore nuptiarum donauit, sibi nuptias liberorum legitimos quesuuit?
- 3 Fundamentum sententiæ Molinæ in hac questione.
- 4 An quod Papinianus in d. l. cum auus, coniectura pietatis, responsum dicit, bene à Iustiniã expresse sit in l. cum acutissimi, C. de fideicom. in verbis illis, ne videatur testator, &c.
- 5 Quid per pietatis coniecturam intelligat Papinianus?
- 6 Quando locus sit regula & rationi Iustiniã d. l. cum acutissimi.
- 7 An eadem pietatis coniectura donatio liberis superuenientibus reuocetur, qua fideicommissum in d. l. cum auus. excluditur?
- 8 Vtrum presumatur quis liberos suos magis, quam seipsum dilexisse?
- 9 Donationem puram inter viuos irrenuocabilem esse, nullasque conditiones recipere.
- 10 Donationes inter viuos contractusque omnes ab vltimis voluntatibus quoad interpretationem differre.
- 11 Probatur perfectam inter viuos donationem ex superuenientia liberorum emitti non posse.

Constantini rescripto quod extat in l. si vnquam. 8. C. de reuoc. donat. reuocantur ipso iure donationes omnes, quas patronus filios non habens in libertum contulerit, si postea liberos susceperit. Fautore, vt apparet, liberorum superuenientium. Et vt vulgo nostri

nostri sentiunt, Ea pietatis coniectura, quod credibile sit non fuisse donatorem liberto donaturum si de liberis postea susceptis cogitasset. Quis enim tam inhumanus, vt sine causa sobolem alienam propriæ præferre velit? l. cum acutissimi. 30. Cod. de fideic. l. cum auus. 102. de cond. & demonstr. Hinc verò mouentur interpretes ferè omnes vt quod in patronorum donationibus specialiter Constantinus induxit, ad quoslibet donatores protrahendū existiment, quod in omnibus donatorum personis eadem pietatis coniectura locum habeat, nec in pari causa diuersum ius constitui debeat, cum diuersitatis ratio reddi non potest l. illum. 32. D. ad legem Aquil. l. 3. §. vnde etiam. D. de iniust. nupt. & irrit. fact. Sed & quod magis mirum est, ita iacto principio inferunt idè quoque admittendum esse si quis alteri vxorem ducenti fauore nuptiarum donauerit. Secutis enim nuptiis susceptisque ex matrimonio liberis non eò minus reuocandam donationem si donator quoque post donationem sibi nuptias liberisque legitimos quaesuerit. Eadem nimirum pietatis coniectura. Quod in Parisiensi senatu pro Carolo Molinco iudicatum testatur Paponius lib. 11. synag. tit. 1. De donation. §. 20. & Molin. ipse in eo tractatu, quem propriæ litis instructuendæ gratia conscripsit De donat. matri. num. vbi & seipso propter victoriam factus audacior & clarior, contendit tanta æquitate niti hanc sententiã vt iam olim longè ante Constantinum placuerit Papiniano in l. tale pactum. 40. §. vlt. D. de pact. In cuius eleganti specie cum proponeretur pater qui dotem promiserat pactus esse, vt post mortem suam si in matrimonio sine liberis filia decederet, dotis portio apud heredem suum fratrem remaneret: Respondit Papinianus eam conuentionem liberis à focero postea susceptis & heredibus testamento relictis per exceptionem doli prodesse debere. Ratione illa, quod inter contrahentes id actum sit vt heredibus consulatur, & eo tempore quo pater filios non habuit in fratrem suum contulisse supremum iudicium videatur. Et verò si alia ratio non est Constantiniã legis quàm cõiectura pietatis, negari nõ potest quin Iurisconsultorum temporibus eadem reuocandæ donationis causa subesset. Nam & eadem ratione motus Papinianus in d. l. cum auus. 102. de cond. & demonstr. respondit defecisse videri conditionem fideicommissi quod auus à nepote reliquerat si intra trigessimum ætatis annum moreretur; cum nepos ille grauatus, relictis liberis intra eam ætatem decessisset. Coniectura, inquit, pietatis, & quod minus scriptum quam dictum fuerat, inueniretur. Cuius responsi æquitatem & subtilitatem admiratus Iustin. in d. l. cum acutissimi. 30. C. de fideic. idem generaliter constitutum voluit, quoties aliquis ex descendentibus alteri hereditatem post obitum suum restituere rogatus proponatur. Addita etiam ratione illa ne videatur testator alienas successiones propriis antepone. Quibus verbis videtur Iustinianus explicare pluribus verbis voluisse quod breuius suo more Papinianus expresse rat coniectura pietatis. Sicque vulgo interpretes omnes existimant, quasi pietas cuius coniectura motus est Papin. in eo eluceat, quod non sit credendus testator alienas successiones velle propriis antepone. In quo vereor ne Papiniani elegantiam Iustinianus minus perceperit, indè quæ omnibus interpretibus Iustiniano duce erradi præcepto occasio nata sit. Nam si verum amamus, non potuit Papinianus eam pietatis coniectura moueri, quod non esset verisimile testatorem auum qui nepoti fideicommissum

inuixerat, alienam sobolem propriæ præferre voluisse. Siquidem proponebatur in ea specie rogatus nepos vt hereditatem, nõ alicui extraneo, sed patruo suo restitueret, ac proinde ipsi soboli testatoris adeoque proximiori. Est enim filius vno gradu proximior nepote, tametsi iam olim obtinuerit, vt in causa successioneis aui concurrerent patrisque personã aut saltem gradum nepos repræsentaret §. cum filius. Inst. de hered. qua ab intest. deser. † Coniecturam igitur pietatis eam Papinianus intellexit, quæ faciatur non videatur auus nepotem de restituenda hereditate rogasse in eum casum, quo nepoti adnascerentur liberi, propterea quod pietatis causa suadeat, liberis potius quam patruo hereditatem nepotis relinquere debere, neque credendus sit auus pro nepote id cõsiliu cõpisse quod nepos ipse non nisi impiè capturus esset. Impius enim ille sit qui heredem sibi patrum potius quam proprios liberos eligat. Vnde & inofficiosi testamenti querela quæ liberis immerenter exhereditatis competit, impietatis querelã cõtinere dicitur, furorisq. impropriu, quasi furiosus nec sanæ mentis fuerit pater qui propriis liberis eã iniuriam fecerit, quibus hereditatè non solũ ex cõmuni voto parentum sed etiam piè relinquere debuerat l. 2. l. nam est. 15. D. de inoff. testa. † Quod si proponas rogatum filiam aut nepotem hereditatem restituere extraneo, poterit eo demum casu locus esse rationi Iustiniã. Vt si liberis grauatus susceperit fideicommissum euanescat, ne alioqui alienas successiones propriis anteposuisse testator videatur. Sed mala tamè ratio erit, quia nec generalis, nec à contrario sensu capta cõtrarium ius inducere poterit. cū etsi propriam sobolem per fideicommissum testator vocasset, non aliud iuris cõstitui deberet. Itaque non solũ superuacuum, sed etiam stultum est tam elegantis responsi Papiniani aut duplicem rationem querere aut aliã quàm quæ à Papiniano expressa est. Ex qua porro apparet, malè nostros eo resposõ abuti vt probent reuocari donationes ex liberorum superuenientia, coniectura illa pietatis quod nõ sit credendus donator alienas successiones propriis antepone. voluisse. Sanè quemadmodũ in l. cum auus, potior est causa liberorum heredis grauari quàm fideicommissarij, ex ea pietatis coniectura, quod liberis potius quàm collateralibus aut ascendentibus piè relinquere hereditas debeat: Ita videatur non malè dici posse ex eadè coniectura præferendos donatario præsertim extraneo liberos donatoris de quib. donationis tempore donator non cogitauerit. Multoque magis in donatore vsurpari, quod in testatore Iustin. scribit d. l. cum acutissimi, non fuisse verisimiliter donatorem prælatum extraneos liberis, si de liberis cogitasset. † At videamus ne in hoc ipso quoq. nostri decipiantur existimantes eadem pietatis aut voluntatis coniectura donationem reuocari, & fideicommissum excludi. Quasi verò vtrumque sit æquè facile: ac non longè difficilior semel perfectam donationem reuocare aut pro donatoris arbitrio interpretari, quàm fideicommissarium iusta dubiæ voluntatis interpretatione excludere. Etsi enim dici solet donationem non esse contractum, propterea quod inter donantem, & donatarium nullum negotium geratur, l. interdictum. 14. D. de precar. (quid enim, obsecro negotij est in conferendo aut suscipiendo beneficio?) perinde tamè irrenuocabilis est atque si esset contractus vltro citroque obligatorius, cum donatio pura & inter viuos sic fiat ne donator recipiat l. i. §. 1. D. cod. & vt statim res fiat accipietis donatarij, nec vilo casu

ad donatorem reuertatur, vt Iulianus loquitur in *l. D. de donat. & post eum Paulus in l. Senatus. 35. §. sed mortis causa. D. de mort. cau. don.* vbi addit eum qui vere & absolute donat, malle donatarium habere id quod donatur, quam se ipsum. Proinde cur non admittamus malle eum rem donatam ad donatarium quam ad liberos suos peruenire? nisi forte quis putet donatorem liberos suos magis quam seipsum dilexisse, quod sane ordo charitatis non patitur, quem a seipso insipere quisque debet. Et quamuis liberorum amor & coniunctio faciat vt patet & filius vna eademque persona existimentur, *l. ult. C. de impub. & aliis subdit.* filiusque dicatur pars corporis paterni *l. cum scimus. 22. C. de agric. & consil. lib. 11. tit. 47.* id tamen ed pertinet vt patris propter liberos eade conditio sit qua propter seipsum, vt in specie *l. si quidem. 8. §. ult. D. quod met. cau.* vbi quod lex ait cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur, non sic accipiendum est vt parentes magis terreantur in liberis quam in seipsis. Quis enim, si in malis electio detur, stuprum pati malit quam filium suum? sed vt per filij corpus pater pene magis quam filius periclitetur vt Iustin. loquitur in *§. ult. Inst. de noxal. act.* Denique quod sibi licere nemo vult vix est vt liberis suis etiam heredibus exceptum velit. Nam & qui mortis causa donat, licet malit se habere quam donatarium, maultamen donatarium habere quam heredem *l. i. & d. l. Senatus. §. 1. de mort. cau. don.* quamuis quod de liberis dicitur, idem de herede quoque dicitur, vt eadem cum defuncto persona censeatur *l. ult. C. de hered. inst.* nec fauorabilior causa esse debeat liberorum quam extranei heredis, siue sint illi heredes siue non sint. Nam si heredes sint, cur non defuncti factum prestare teneantur? si non sint, cur eorum fauore reuocetur donatio bonorum qua ad alios quam ad ipsos perueniant? Aut cur ipsi donatori liceat reuocare donationem propter liberos, quibus non cogatur ille relinquere qua extraneo donauerat: illud si quidem fieri omnes coguntur quod Constantini lex disertis verbis expressit, donationem ex superuenientia liberorum reuocatam non liberis acquiri, sed in donatoris arbitrio ac ditione manere. An vero liberorum qui nondum nati sint presentiam requiremus vt firma & irreuocabilis fiat donatio, cum & absentibus iis qui iam nati sunt, firma ac irreuocabilis fieri possit? *l. velles necne. 3. C. de reuoc. donat. siue alio vltimo casu d. l. 1. D. de donat.* Quam in rem extat quoque Iustiniani Constitutio in *l. ult. C. cod. Generaliter*, inquit, sancimus omnes donationes lege consecutas firmas illibatamque manere, vt nec eueri possint nisi ex certis tantum causis ea lege comprehensis, & limitatis: sic enim subiicit *ex his enim tantummodo causis* inter quas porro superuenientia liberorum non enumeratur, qua non erat pretermittenda, si Constantini legem, quem Iustinianus non ignorabat, tam generaliter accipiendam putasset ille, quam nostri volunt. Nullus enim hodie frequentior modus est aut facilius euerterenda donationis quam si donator uxorem ducat liberamque suscipiat: adeo vt multos videas quos inconsiderate liberalitatis pœniteat uxorem ducere, donatitij odio & in eius fraudem potius quam desiderio suscipienda prolis, quod & ipsi Molino viuuisse constat, nec ipse diffidetur. Et vero si quo vnquam casu verum esse potest quod dicitur solet, propositum in mente retentum nihil operari, An non in contractibus maxime, & iis obligationibus qua inter viuos contrahuntur locum id habere debet? *l. Lucius. 88. alias l. codicillis. §. insulam de leg. 2.* Nam in vltimis voluntatibus non vti que semper obtinet *d. l. cum auus. 102. de cond. & demonstr.*

CAPVT XV.

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

SVMARIA.

Facilius superuenientium liberorum fauore reuocari donationem a patrono, quam a quolibet alio factam.

- 2 An in d. l. si vnquam, superuenientium liberorum fauore sufficiens causa sit ad reuocandam donationem a patrono in libertum collatam?
- 3 Specialem esse in patrono d. l. si vnquam, rationem.
- 4 An quod in d. l. si vnquam in patrono inductum est, in quolibet donatore iure antiquo locum habuerit?
- 5 Quomodo donatori, vel liberis eius post donationem susceptis succurrendum sit.

Restat vt respondeamus ad *l. si vnquam*, ex qua omnes mouentur. Ea vero sententiam nostram manifestissime comprobatur. Nam, vt initio diximus, & verba ipsa demonstrant, non de donationibus omnibus, generaliter loquitur, sed de iis duntaxat quas patronus in libertum collatissime reuocatur, quarum sane diuersa ratio est facilius reuocatio si patrono superuenierint liberi. Cum & si quid libertus de propriis bonis in fraudem patroni eiusve liberorum alienasset, reuocari id posset per Fauianam, nec tantum a patrono, sed & a patroni liberis qui in bonis liberti idem ius habent quod patronus ipse *l. 2. l. libertinus. §. cum seq. & pass. de bon. libert. l. 1. in prin. §. ult. & l. 3. D. si quid in fraud. patron.* Quomodo igitur facilius est si profusa liberalitate patronus liberos non habens bonorum suorum partem liberto donauerit reuocari donationem fauore liberorum? Atqui, iniquis aliud esset si donationis tempore liberos iam natos patronus habuisset. Fit igitur reuocatio ex tacita illa voluntatis coniectura, quod credibile sit non fuisse patronum liberto donaturum si de liberis cogitasset. Quae ratio perinde in ceteris donatoribus ac in patrono locum habet. Et hoc nimirum est quod interpretes nostros praecipites egit. Sed animaduertere debuerunt, Esse quidem hanc causam propter quam aequum visum est indulgeri patrono vt donationem in libertum collatam reuocare possit, sed non esse tamen satis validam & sufficientem. Ideoque cum iuris ratio patroni desiderio refragaretur, Constantini lege opus fuisse, quam apertum est praese ferre ius nouum, & prioribus Iureconsultis ac Imperatoribus incognitum: Constantinum autem non in omnibus donatoribus, sed in solis patronis hac reuocandae donationis rationem adprobasse. Alioqui cur de patronis tantum locutus esset: An quia ex facto inciderat vt de donatione per patronum facta quaereretur? Atqui generalis lex est ad Praefectum Praetorio, non ad patronum aliquem ad certam facti speciem rescripta. Quid item si non patronus liberto, sed contra libertus patrono donauerit: deinde liberos susceperit: Quis admittat legem fauore patroni latam in ipsius odium retorqueri, vt perinde ex superuenientia liberorum liberti donatio reuocetur? Eadem tamen reuocandae donationis ratio subesset in liberto qua in ceteris donatoribus. Fatendum itaque est specialem esse legis illius rationem in patrono, hoc vno aequitatis potius quam iuris praetextu factam, quod natis patrono libertis, de quibus donationis tempore non cogitauerat, inuicem sit libertum donationis viribus subnixum summo iure agere cum patrono cui non solum reuerentiam debeat, sed etiam vitam, & qua vita dulcior est, libertatem. Nec defuerunt ex veteribus interpretibus qui sic senserint: sed tamen leuioribus rationibus quam vt alios in suam sententiam trahere potuerint. Nam vero quod Molinaeus scripsit beneficium dictae *l. si vnquam non esse nouum*, idemque iam olim Papiniano in donatore quoque liberti quod Constantino in patrono visum ex *l. tale pactum. 40. §. ult. de pact.* Deus bone quam ridiculum est

& ineptum! Quasi vero tractetur eo loco de donatione inter viuos vel mortis causa in fratrem collata, ac non potius de pactione quam locer cum dotem promittere fecerat, vt heredi suo fratri cōsuleret, cōferens nempe supremum iudicium in fratrem suum quod nullos eo tempore liberoshabebat. Quare nec ait Papinianus, susceptis postea liberis reuocari vel inutilem effici cōventionem. Quinimò vtilem manere vult, vt ex ea, non quidem fratri qui nominatus fuerat, sed liberis postea susceptis, & heredibus testamento relicti, detur exceptio, non pacti, quia fratri non liberis pactus fuerat pater, sed doli quae subsidiaria est exceptionis pacti *l. rescriptum. 10. §. vltim. cum seq. eod.* Ratione illa quod inter cōtrahentes id actum esset vt heredibus cōsuleretur: neque enim potuerat in ea specie frater fratri pacisci aut stipulari, nisi tanquam heredi *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. l. si mihi & Titio. 110. de verborum oblig.* Porro supremae voluntatis proprium illud est vt siue in testamento siue ex cōtractu expressa sit, ad mortem vsque sit ambulatoria *leg. 4. D. de adim. lega. l. cum hic status. 32. §. poenitentiam. de don. inter vir. & vxor. l. 1. C. de sacros. eccles.* Et reuocatam fuisse eam costabat non solum ex cōiectura voluntatis propter susceptos postea liberos, (quanquam sufficere hoc poterat mortuo patre, cum intelligatur quisque legitimam hereditatem sponte relinquere iis qui proximiores sunt ab intestato, praesertim liberis *leg. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.*) Sed ex testamento ipso quo liberos pater heredes scripserat. Sed si donatio aut inter viuos aut etiam mortis causa in fratrem collata fuisset, nihil est apud Papinianum ex quo possis colligere admissurum eum fuisse, vt propter susceptos postea liberos ipso iure reuocaretur, quia nec per voluntatem expressam pura & absoluta donatio reuocari posset. Illud vero quam absurdum existimare donationem quam quis ex cōtractu alieni matrimonij in sponsum, spontamve contulerit, reuocari etiam ipso iure si donatori adnascantur liberi! An non ita fit fraus non tantum donataria aut donataria, sed etiam eius coniugi adeoque liberis ex eo matrimonio susceptis? Quis autem ex veteribus illis iuris prudentibus admitteret id quod donatum esset ob causam, id est fauore nuptiarum, quibus nihil est fauorabilius, reuocari post causam secutam, id est post secutas nuptias qua nec amplius dissolui possunt & quibus ipsa donatio causam dederit? Cum non aliter contracturus fuisset alter ex coniugibus quam si donatio illa in coniugem collata esset *l. si donaturus. 9. §. si quis indebitam. D. de condit. caus. dat. l. pen. §. sed & si quis. D. quod sol. tutor. l. si remunerandi. 6. §. plane si tibi. D. mandat.* Itaque non possum satis mirari ab amplissimo ordine probatam hanc tam absurdam iniquamque sententiam. Nunquam enim apud supremos rectosque iudices communis error ius facere debet. Neque ex iuris ratione defendi potest aliud vllum remedium superesse liberis post donationem susceptis, quam vt quereiam proponant in officio donationis, si nihil superfit in bonis donatoris mortis tempore, aut agant ad supplementum si minus legitima ex bonis paternis consecuti sint *tot. tit. C. de inoff. don. & Nouell. 92.* Ipsi autem donatori nullo modo consulatur, nisi haecenus vt de donationibus immensis tantum detrahat quantum necesse est, ne per quereiam in officio donationis reuocentur *l. si totas. 5. C. ill. tit. de inoff. don.* qua donataria fauorabilis reuocatio est, cum fiat ob hoc ipsum ne donatio tota reuocetur, aut pro ea parte qua liberis ab intestato contingeret, vt pluribus docui *l. 3. c. 17. An. au.*

tem in filium aut extraneum collata donatio sit, nihil planè interest. Quamuis ea sit receptissima nostrorum sententia, ut conciliant dict. l. si totas cum l. si unquam, quæ tamen, secundum ea quæ diximus, nec pugnat nec ad rem villo modo pertinet.

CAPUT XVI.

Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam. l. debitor. 59. D. ad S. C.

Treb. Et ad l. 3. de separar.

SVM MARIA.

- 1 Duplex Interpretum error in explicatione dict. l. debitor.
- 2 Vera questio & dubitatio Pauli in d. l. debitor.
- 3 Explicantur verba illa Pauli, quoniam hereditaria est actio, & Cuiacij emendatio rejicitur.
- 4 Altera pars distinctionis à Paulo proposita in d. l. debitor.
- 5 Cur in d. l. pignus obligatione naturali confusa liberatum non sit?
- 6 Quis sit sensus horum verborum Pauli, verum est enim non esse solutam pecuniam?
- 7 Ad pignoris liberationem requiri, non ut nulla supersit obligatio, sed ut debitum solutum, vel aliter creditori satisfactum sit.
- 8 An aliquid commune habeat causa pignoris cum iure naturalis obligationis?
- 9 Cur in d. l. 3. ff. de separar. creditor qui fideiussoriam obligationem amisit, separationem bonorum fideiussoris nihilominus petat?
- 10 An eadem aequitatis ratio tam in d. l. debitor. 59. ad S. C. Trebel. quam in l. 3. de separ. pro creditore faciat?
- 11 Seruianam actionem saluam manere creditori ad pignus persequendum, etsi per confusionem sublata sit, tam civilis quam naturalis obligatio.
- 12 Fieri non posse ut naturalis obligatio propter pignus maneat, propter ceteras verò res non remaneat.

Existimant tamen nostri omnes post Bartolum, in huius legis specie remanere propter pignus naturalem obligationem etiam facta confusione per hereditatis actionem. Hoc autem idè quoniam creditor idèque debitoris heres suspectam hereditatem dixerat eamque coactus iussu Prætoris adierat. Nam certè de herede recusante Paulustractat, & ad finem quæstionis ita scribit, remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In quo duplex, meo iudicio, nostrorū error est: vnus ille, quod in proposita quæstione aliam rationem constituunt creditoris qui coactus adierit, aliam eius qui sponte. Alter quod creditore iussu Prætoris hereditatem debitoris adeunte naturalem obligationem propter pignus superesse arbitrantur. Nam ut hinc nostra incipiat disputatio, certum est confusione perimi omnem prorsus obligationem, nec minùs naturalem quam civilem l. heres à debitore. 21. §. quod si stipulator. D. de fideiuss. siue hereditatem vltro heres adierit siue coactus. Quod & apertissime Paulus docet in hac legè cum ad propositam quæstionem respondet his verbis, aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit sublata, naturali obligatione. Ex quibus apparet nec dubitare Paulum quin sublata sit naturalis obligatio, sed de illo duntaxat, an idcirco pignus liberatum dici possit. Nō esse autem liberatum probat hac ratione. Nam aut possidet, aut debitor idèque, heres rem pignoratam, inquit,

aut non possidet. Si possidet, nulla actione à fideicommissario conueniri potest. Non ex testamento, quasi fideicommissum non restituerit sicut debuit qui minus restituit (quod eueniret si nullum pignus intercessisset.) Possidet enim eam rem quasi creditor. Multo minus pignoratitia, quoniam hereditaria est, id est, quoniam fieri nequeat ut alio iure quàm hereditario ea actio fideicommissario competat, cum descendat ex contractu per defunctum inuito, tamen si defuncto nunquam competierit, qui quandiu vixit, debitor mansit, cum non nisi soluto debito aut si aliter eo nomine satisfactum sit pignoratitia actio nascatur l. si rē. 9. §. omnis. D. de pig. act. At qui hæc eadè ratio faceret viuo testatore ut non possit ille pignoratitia agere ante solutum debitum. Ergo neque fideicommissarius ex ipsius persona poterit, ne alioqui plus iuris habere videatur successione iure quàm defunctus habuerit, quod sanè fieri non potest. Atque ita ratio hæc Pauli explicanda est, non quomodo vir doctissimus Iacobus Cuiacius docuit tractat. 9. ad Africanum, existimans deesse hic negationem, eaq. addita legendum, quoniam hereditaria non est actio, quia sensus sit, pignoratitiam actionem hoc casu nō competere fideicommissario, quia nec defuncto nec hereditati vnquam competierit, cuiusmodi actiones si quæ post aditionem aut restitutionem emergant, in fideicommissarium non transeunt, sed noua cessione opus est l. si heres pecuniam. 73. D. hoc tit. Nam esse hanc hereditariam actionem, licet defuncto nunquam competierit, negari non potest, cum fuerit ei competitura si debitum soluisset. Alioqui nec posset competere fideicommissario etiam debitum offerenti, quod tamen à Pauli sententia alienum est. Eo siquidem demùm casu negat competere illam fideicommissario, quo nolit fideicommissarius debitum soluere, cautus sublata omnem obligatione confusione per aditionem hereditatis debitoris. Sed etsi rem ipsam & effectum intueare, idem nostræ interpretationis qui huius emendationis sensus est: ille nimirum, ut fideicommissario non competat pignoratitia, quia nec defuncto competeret citra solutionem. Proinde nulla hac parte vulgaris lectionis emendandæ ratio est. Sequitur verò apud Paulum, quod ad alteram distinctionis partem attinet, si nō creditor idèque heres, sed fideicommissarius pignus possideat, Seruianæ actioni locum fore, quem admodum dicimus, inquit, cum amissa est actio propter exceptionem, puta si creditor vitio suo & culpa ceciderit à causa. Quo tamen casu minor dubitandi causa est, cum longè plus sit obligationem extingui quam actionem amitti, variisq. ex causis amitti possit actio culpa & vitio actoris, subsistente nihilominus obligatione l. qui occidit. 30. §. 1. D. ad l. Aquil. l. si superatus. 3. in prin. & §. 1. l. seruum quem. 27. D. de pign. l. si per imprudentiam. 51. D. de euiction. l. Stichus aut Pamphulum. 95. §. pen. de solut. Itaque non tantum retentionem dat Paulus creditori sublata quoque naturali obligatione, sed etiam, quod difficilior est, petitione pignoris nomine. Verū dicat hic fortasse quispiam, nec immeritò, rationes istas omnes quibus mouetur Paulus nō probare id de quo disputat. Pignus scilicet liberatum non esse, sed ad ea potius pertinere quæ essent consequentia si pro explorato haberemus, nō esse liberatum. Quomodo enim fieri queat ut pignus possideat heres quasi creditor post aditionem & restitutionem, si verum est nullam prorsus obligationem superesse? Si quidem creditores eos appellamus quibus debetur ex quacunque actione l. creditores.

ro. cum seq. de verb. sign. Aut cur non fideicommissario post restitutionem detur pignoratitia quasi soluto debito & extincto iure pignoris si tota obligatio confusione sublata est per hereditatis aditionem? Etsi enim ea actio hereditaria est, nihil tamen vetat eius conditionem, quæ illa est, si debitum solutum sit, defuncto debitore existere, & consequenter actionem successorii competere quæ defuncto nec vnquam competierit, nec citrà solutionem competere potuerit arg. d. l. si per imprudentiam. 51. §. non mirum, inuct. l. qui à pupillo. 7. de euict. l. reperitur. 84. D. ad l. Falcid. & tit. C. ut actio. ab hered. & contr. hered. incip. Præsertim cū dici soleat non tantum confusione perimi obligationem debitoris cui succedit creditor, sed etiam solutionis potestate, quasi sibi soluere videatur qui agnoscit debitoris sui hereditatem, l. quæ dotis. 33. D. sol. matr. l. debitori. 50. D. de fideiuss. Nam cum ea solutionis species talis sit quæ non nisi mortuo debitore possit contingere, adeoque ipsius hereditate per creditore adita. Quis miretur pignoratitiam ex ea causa dari fideicommissario quæ viuo debitore nunquam nata fuerit? Igitur fatendum est mancam esse totam illam Pauli ratiocinationem. Nisi aliam rationem addas quam nec ipse prætermisit, sed vt prioribus omnibus inscriberet vltimo loco subiecit is verbis. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Cuius, meo iudicio, hic sensus est. Oportere quidem, ad pignoris constitutionem, vt præcedat obligatio aliqua siue naturalis tantum illa sit, siue etiam civilis, sed eo semel constituto tandiu durare ipsius nomine actionem quandiu verum est non esse solutam pecuniam, aut aliter eo nomine satisfactum: tamen si tota obligatio quæ præcesserat iuris & confusionis potestate intercederet & penitus extincta sit. Habet enim hypothecaria & quasi Seruiana perpetuas illas suas condiciones, si soluta pecunia aut satisfactum sit, quibus cessantibus tenet l. grege. 13. §. etiam vbi. Bart. l. si fundus. 15. §. in vindicatione. D. de pignor. adeo vt nec pignorum liberatio competat, si qua ratione solutio facta reuocetur. l. Titius. 21. D. de iur. fidei. Itaque quoties queritur an liberatum sit pignus, necne, non illud inspicendum est: an aliqua supersit obligatio, sed illud duntaxat, an solutum sit debitum, vel aliter satisfactum necne. Inde nimirum est quod in specie, l. cum quis. 38. §. vlt. de solut. hoc est cum debitor fideiussori qui pignus dederat heres fuit, placet Africanus pignoris obligationem durare, quamuis fideiussoria obligatio prorsus extincta sit. Esse enim extinctam vel ex eo maxime constat quod ibidem Africanus probat, si fideiussor ille alium fideiussorē dederat, liberatum eum intelligi, quod vtique falsum esset si vel naturalis obligatio subsisteret, cum naturali quoque obligationi fideiussor accedere possit l. stipulatus. 6. §. vlt. l. fideiussor. 16. §. fideiussor de fideiuss. l. i. D. de donat. multo magis verò propter naturalem solam superstitem in obligatione retineri arg. l. eo tempore. 50. §. etiam de peccul. Et sanè non possum videre qua ratione fieri queat, vt sibi ipsi naturaliter quis obligatus videri possit potius quàm ciuilitè, aut cur propter pignus naturalis obligatio remanere debeat potius quàm civilis. Maxime verò cum & aliis plerisque casibus nihil commune habeat causa pignoris cum iure obligationis naturalis. Finge verum debitorem per iniuriam iudicis absolutum, nihilominus manet naturaliter obligatus l. Iulianus verum debitorem. 59. D. de condit. indeb. idèque nec solutum repetere poterit vt ibidem Paulus ex Iuliano scribit. Et tamen pignus ab eo datum liberatur l. si

deforente. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Nempe propter rei iudicatæ autoritatem. Et quia res iudicata pro veritate habetur l. res iudicata. 207. de reg. iur. Vnde illud etiam fit vt si plurius condemnatus sit debitor non restituendo faciebat non sufficere ad exonendam hypothecam tantum soluere debitorem quantum reuera debebat. Nisi præterea offerat quanto plus est in condemnatione, licet contraria sententia humanitatis intuitu aduersus strictam iuris rationem obtineat, l. si fundus. 16. §. si plurius. D. de pignor. An, vt quidam putant, quod si creditor ab extraneo plus suo debito exegisset, cogeretur debitori reddere pignoratitia actione l. si inter. 21. §. vlt. cod. vt proinde iniquum sit plus debito exigere eum à debitore? Minime. Neque enim debitori redderet creditor, quod ab extraneo plus debito exegisset autoritate rei iudicatæ, quasi quod ex iniuria aut stultitia iudicis potius quàm ex re debitoris habuisset, arg. l. 3. l. alienus. 61. D. ad l. Falcid. Sed quia verum est non nisi pro ea summa quæ naturaliter & reuera credita, est contractum pignus fuisse. Eadem ergo æquitas multo magis facere debet vt quamuis confusione sublata sit obligatio adita per creditorem hereditate debitoris, Seruiana tamen actio duret si hereditas ad alium peruenerit ex Trebelliano, nec pecunia soluta fuerit. Nam & quod magis mirum est si pignus nullum datum sit, & debitor fideiussori heres extiterit, cuiusque bona venierint, responsum est à Papiniano in l. 3. de separar. extinctam quidem fideiussoriam obligationem, sed nihilominus posse creditorem impetrare separationem siue solus sit hereditarius creditor, siue alij concurrant. In qua specie illud quoque tractari potest. Qua ratione separationem bonorum fideiussoris impetrare possit hic qui fideiussoria obligationem amisit, cum verum sit, non nisi creditoribus concedi separationem l. 1. eo. tit. Sed ratio est quæ & Papi. exprimit, quod ratio iuris quæ causam fideiussionis exclusit propter principalem obligationem maiorem, & plenior em, non debeat creditorem dano officere qui sibi diligenter prospexerat. Dices fortasse non eandem esse rationem confusionis quæ sit obligationis fideiussoriae, cū debitor succedit fideiussori aut fideiussor debitori, & illius quæ contingit adita per creditorem hereditate debitoris. Illa enim sit inuito creditore in cuius scilicet potestate non est facere ne debitor hereditatem adeat fideiussoris, aut ex contrario fideiussor debitoris. Facto autem vnus perimi actionem alterius siue ignorantis siue inuito iniquissimum sanè fuerit. Quæ proculdubio Papi. ratio est in d. l. 3. de separ. At in creditoris potestate est ne hereditatem adeat debitoris à quo heres scriptus sit l. nec emere. 6. C. de iure delib. sibi ergo imputet si vltro adeat. Quod si per Prætozem cogatur adire vt restituat ipsi quidem imputari minus potest qui patere habeat necesse, sed tamen quoniam factum eius interuenit, difficilior videtur vt ei subueniatur contra iuris rationem quæ obligationem omnem confusione perimit siue pignus eo nomine datum sit siue non. At respondeo vtroque casu eandem esse iuris rationem quæ faciat vt obligatio confusione perimatur. Illa videlicet, quod fieri nunquam possit aut intelligi vt sibi ipsi quis debeat siue per propriam siue per alienam aditionem ea confusio acciderit. Vtroque etiam casu eandem æquitatis rationem facere, vt per huiusmodi confusionem damno affici non debeat creditor, cui reuera solutum non est, quique sibi diligenter prospexerat, si modò nihil

et imputari possit, quomodo sane nec imputandum quicquam est illi qui suspectam adire iussus & coactus fuerit. Restituta igitur ex Trebelliano hereditate tamen nullum pignus interueniret, succurrendum utique ei esset ne damno afficeretur, quemadmodum & ob eam causam ius illi competere petenda bonorum separationis ex rescripto Diui Pij docet Vlp. in d.l. 1. §. Sed si quis suspectam. co. tit. de separ. Non quidem ut restituantur ei actiones confusae per aditionem (est enim mancum minusque sufficiens in eam rem separationis remedium, sed ut creditoribus hereditariis non teneatur. Quod verò ad confusam actionum restitutionem pertinet, manco remedio separationis, nullum certe auxilium competit, si pignus non interuenit, sed interueniente pignore dico saluum manere actionem Seruiamam, & perinde creditori eidemque heredi consuli siue agat de pignore siue conueniatur, quamuis tota obligatio & naturalis, & civilis confusione perempta sit, atque ei consuleretur ad impetrandam separationem si à creditoribus hereditatis vrgeretur. Non igitur remanet naturalis aut civilis aliqua obligatio propter pignus, cum debitori qui pignus dederat creditor heres extitit, sicut nec in specie d. §. sed si quis suspectam & d. l. 3. de separ. remanet vlla obligatio propter separationem. Sed pignus facit, ut quamuis confusione sublata sit tota obligatio, super sit tamen remedium quo creditori succurratur, siue pignus possideat siue non, hoc est ut aequitas illa quae non patitur ob solam iuris subtilitatem damno affici creditorem cui nihil imputari potest, non omnimodo destituitur iuris auxilio, quo modo alias nonnumquam euenit ut destituitur, ut in d. l. 1. §. questum eod. & in l. 2. §. quamquam. D. de aqua, & aquae plu. arc. Quomodem & in specie d. l. 3. remedium separationis quod creditori datur efficit ne in damno moretur creditor, cui noceret alioqui confusio, cum propter sublatam obligationem fideiussoriam non posset ille contra debitorem agere ex causa fideiussionis l. cum reus. 14. D. de fideiuss. de cuius sententia & emendatione scripsimus l. 2. c. 5. † Et verò quid absurdius est quam putare naturalem obligationem propter pignus remanere, propter ceteras verò res non remanere? An non id perinde est ac si quis diceret creditorem ratione eiusdem debiti, & creditorem esse & non esse. Esse ratione pignoris, quod ad alias verò res non esse. At sicut creditoris persona indiuidua est, ita & personalis obligatio in vno eodemque homine non potest non esse indiuidua. Alioqui quid dicemus si à pignoris obligatione creditor postea discesserit, nec tamē nisi solius pignoris ius remisit? An idcirco extinctam dicemus naturalem illam obligationem, quae, si Diis placet, propter pignus tantum remanserit? Id utique esset consequens, sed tamē absurdissimū. Nemo enim dubitat quin sublata pignoris obligatione personalis tamen remaneat l. soluitur in prin. & l. uem liberatur. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.

CAPVT XVII.

Vera emendatio & interpretatio d. l. debitor. §. 9. ad Treb.

SVMARIA.

Delenda esse d. l. debitor, verba illa, remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.
 Aliam esse rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti.

- 3 Non semper ex eo quod soluti repetitio impediatur, fieri ut naturalis obligatio subsistat.
- 4 An in d. l. debitor. creditor qui debitori heres extitit, & hereditatem fideicommissario restituit creditor adhuc dici possit?
- 5 An in dicta lege cessaret repetitio, si debitum fideicommissarius creditor eidemque heredi soluisset?
- 6 An creditori eidemque heredi qui sponte, non coactus debitoris hereditatem adijt, non restituit super sit ut persequenda pignoris.
- 7 Aditionem confusionis vim semper quidem habere, sed non solutionis.
- 8 Pensare quid significet in l. quae dotis. 33. ff. solut. matrim.
- 9 Non semper heredem eundemque creditorem, qui vltro debitoris hereditatem adijt & restituit, Seruiamam habere.
- 10 Cur in d. l. debitor. re intergra non sit compellendus creditor eidemque heres hereditatem adire, nisi prius de indemnitate illi cautum sit?
- 11 An heres cui legatum est sub ea condicione, si heres non extitisset cogi possit adire, legato ei non praesens? & de Pauli sententia in hac quaestione.

CVm ex superioribus appareat quid Paulus selectit, reliquū est, ut legis verba ad auctoris sententiam iuris rationem accommodemus. Id verò facile fiet, si quae imperitus quidam interpres audacior in textu contulit, ea nos pari sed felicior audacia deleamus. Totum illud vericulum intelligo qui haud dubie Bartolo ceterisque interpretibus impositum, remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Neque enim dubito quin irripserit ex glossa mali & inepti cuiusdam glossatoris, existimatis posse ita inferri ex iis quae Paulus dixerat, praesertim verò ex proximis illis praecedentibus, & solutionem non repetitur. Cum ea potissimum vis sit obligationis naturalis ut soluti repetitionem impediatur. l. naturales. 10. Dig. est. de obligat. & action. quia naturalis. 10. Dig. ad S. C. Maced. l. si non sortem. 26. §. libertus. l. si id quod. 64. & pass. de cond. indeb. At cur non idem creditur civilis quoque obligationem propter pignus remanere? Siquidem Paulus ait non tantum soluti debiti aut possessi pignoris retentionem creditori competere, sed etiam petitionem pignoris nomine. Constat autem ex ea obligatione quae non nisi naturalis sit dari actionem non posse, sed tantum exceptionem & retentionem l. 1. §. id quod natura Dig. ad l. falcid. iuris gentium. 7. sed cum nulla. D. de pact. t. Et si non ignoro aliam esse rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti, quod quamuis ex naturali obligatione peti nihil possit, pignus tamen quod pro ea datum est peti potest, sicut & fideiussor conueniri qui naturali tantum obligationi accesserit l. l. si stipulatus 6. in fi. l. Grace 8. §. 1. l. fideiussor. 16. §. fideiussor. D. de fideiussor. Attamen semel extincta per confusione vtraque obligatione & naturali & civili, aut saltem eadem subsistente vtriusque extinguenda ratione, cur naturalem retinemus potius quam civilem? Aut cur non vtramque simul, cum non idcirco durior futura sit conditio fideicommissarii, cui debitoris hereditas est restituta. Verum ille semper scrupulus manet, quod naturalis obligatio remanere omnino videatur, si admittamus quod apertissime Paulus scribit, non repetiturum fideicommissarium quod heredi post restitutam hereditatem soluerit. Et hoc sanè est quod interpretem praecipitem egit. Sed animaduertere debuerat, non esse rectam consecutionem: nam ut soluti repetitio impediatur non ex eo fit quod naturalis obligatio subsistat, sed quia, ut superiori cap. docuimus, perempta quoque naturali obligatione saluum maneat ius actionis hypothecariae, propter illam perpetuam conditionem qua adnexam habet, si debitum non solvatur nec eo nomine satisfiat l. grege 13. §. etiam. D. de pig. Verum autem sit restituta hereditate per heredem nec solum fuisse heredi eidemque creditori, nec aliter satisfactum. † Neque minus absurda sit haec consecutio quam si quis inferat in specie l. 3. de separ. de qua etiam diximus, remanere fideiussoriam obligationem postquam debitor fideiussori heres extitit, nec naturalem tantum, sed etiam civilem. Ex eo quod lex ait, competere creditori ius petendae separationis quod solis creditoribus competit l. 1. eod. Neque rursus obstat quod Paulus sic loquitur. Possidet enim ea rem quasi creditor. Nam id minus proprie dictum videri debet, & ad praeteritum potius quam praesens tempus referri si cum Papin. loqui volumus, cuius longè exactior fuit in bene & paritè loquendo diligentia. Sic n. ille scribit d. l. 3. petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus. ut ostendat creditorem amplius non esse eum qui antea fuerat. Quem tamen possis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quod ad pignus vel retinendum, vel persequendum attinet, non minus iuris habeat, quam si creditor maneret. Alioqui si verè creditorem velis dicere etiam post restitutam hereditatem qualis erat ante aditam: probabis aequè facile non tantum naturalem, sed etiam civilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nam nec proprie creditor dicitur is qui natura tantum debetur l. creditores. 10. de verb. signific. Porro si extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduersus fideicommissarium possessorem, idque propter naturam & conditionem propriam obligationis pignoratitiae. † Quis iam miretur cessare repetitionem si debitum fideicommissarii sciuerit? Si quidem nec indebitum, nec sine causa solutum videri potest, quod si non ad liberandam soluentis personam iam ipso iure liberatam, saltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum esset tertio possessori qui creditori Seruiana agenti soluerit ut pignus liberaret, competituram repetitionem, cum nihil ipse debeat, quod sanè & falsum est & absurdum. Non enim liberaretur pignus si conditio soluti competeret l. cum quis. 38. §. de peculio & seq. D. de solu. l. si non sortem 26. §. si decem de condit. indeb. At qui pignus liberatur. l. Paulus 12. §. ut. & pass. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. Nec dic ita comparatum ob eam causam quod repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, tamē ab alio quam vero debitore solutum sit l. repetitio 44. de condit. indeb. Nam etsi verus debitor reuera nullus esset forte quod à solo fideiussore datum esset pignus cui postea debitor heres extitisset, non eò minus impediretur repetitio, quamuis extincta esset obligatio fideiussoria cui pignus accesserat d. l. cum quis. 38. §. vlt. de solut. Sed & adita per creditorem hereditate debitoris qui pignus dederat, ut in d. l. debitor, si poneres tertium pignoris possessorem soluere creditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè non repereret, tamēsi principalis obligatio nulla subisset, quoniam & Seruiana conueniri posset. Etenim si conditio aduersus eum locum non habet qui solutionem petere non potuerat, subsistente licet naturali obligatione, quantò minus locum habebit aduersus eum qui agere poterat, quamuis nec naturalis nec civilis subisset obligatio? † At videamus quid

eo fit quod naturalis obligatio subsistat, sed quia, ut superiori cap. docuimus, perempta quoque naturali obligatione saluum maneat ius actionis hypothecariae, propter illam perpetuam conditionem qua adnexam habet, si debitum non solvatur nec eo nomine satisfiat l. grege 13. §. etiam. D. de pig. Verum autem sit restituta hereditate per heredem nec solum fuisse heredi eidemque creditori, nec aliter satisfactum. † Neque minus absurda sit haec consecutio quam si quis inferat in specie l. 3. de separ. de qua etiam diximus, remanere fideiussoriam obligationem postquam debitor fideiussori heres extitit, nec naturalem tantum, sed etiam civilem. Ex eo quod lex ait, competere creditori ius petendae separationis quod solis creditoribus competit l. 1. eod. Neque rursus obstat quod Paulus sic loquitur. Possidet enim ea rem quasi creditor. Nam id minus proprie dictum videri debet, & ad praeteritum potius quam praesens tempus referri si cum Papin. loqui volumus, cuius longè exactior fuit in bene & paritè loquendo diligentia. Sic n. ille scribit d. l. 3. petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus. ut ostendat creditorem amplius non esse eum qui antea fuerat. Quem tamen possis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quod ad pignus vel retinendum, vel persequendum attinet, non minus iuris habeat, quam si creditor maneret. Alioqui si verè creditorem velis dicere etiam post restitutam hereditatem qualis erat ante aditam: probabis aequè facile non tantum naturalem, sed etiam civilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nam nec proprie creditor dicitur is qui natura tantum debetur l. creditores. 10. de verb. signific. Porro si extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduersus fideicommissarium possessorem, idque propter naturam & conditionem propriam obligationis pignoratitiae. † Quis iam miretur cessare repetitionem si debitum fideicommissarii sciuerit? Si quidem nec indebitum, nec sine causa solutum videri potest, quod si non ad liberandam soluentis personam iam ipso iure liberatam, saltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum esset tertio possessori qui creditori Seruiana agenti soluerit ut pignus liberaret, competituram repetitionem, cum nihil ipse debeat, quod sanè & falsum est & absurdum. Non enim liberaretur pignus si conditio soluti competeret l. cum quis. 38. §. de peculio & seq. D. de solu. l. si non sortem 26. §. si decem de condit. indeb. At qui pignus liberatur. l. Paulus 12. §. ut. & pass. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. Nec dic ita comparatum ob eam causam quod repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, tamē ab alio quam vero debitore solutum sit l. repetitio 44. de condit. indeb. Nam etsi verus debitor reuera nullus esset forte quod à solo fideiussore datum esset pignus cui postea debitor heres extitisset, non eò minus impediretur repetitio, quamuis extincta esset obligatio fideiussoria cui pignus accesserat d. l. cum quis. 38. §. vlt. de solut. Sed & adita per creditorem hereditate debitoris qui pignus dederat, ut in d. l. debitor, si poneres tertium pignoris possessorem soluere creditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè non repereret, tamēsi principalis obligatio nulla subisset, quoniam & Seruiana conueniri posset. Etenim si conditio aduersus eum locum non habet qui solutionem petere non potuerat, subsistente licet naturali obligatione, quantò minus locum habebit aduersus eum qui agere poterat, quamuis nec naturalis nec civilis subisset obligatio? † At videamus quid

in ea specie quam Paulus tractat, responderi debuerit si heres idemque creditor, non coactus sed sponte hereditatem debitoris adisset, tum restituisset? Quamquam enim ad inducendam confusione obligationis tam naturalis quam civilis nihil refert an ipse an coactus heres adeat, cum vtroque casu eadem sit vis & potestas aditionis, haec tamen interesse videtur quod ei qui coactus adit imputari nihil potest cur eius facta obligatio confusa sit, quod ipsum imputari potest ei qui vltro adit, propter quae causam, & in separatione bonorum impetranda nemo dixerit idem privilegium spontaneo heredi competere debere, quod coacto dat Vlpianus in l. 1. §. sed si quis suspectam ill. tit. D. de separ. Sibi enim imputet qui sponte adierit l. qua dotis. 33. D. sol. matr. Sed tamē in proposita quaestione aliud est. Nam quod dicimus creditori eidemque heredi post confusam, & extinctam obligationem, superesse ius petendi ac persequendi pignoris, non fit ex sola aequitate quasi ei succurrendum sit contra iuris rigorem, quod euenit in Edicto De separationibus. Sed ex mera iuris ratione naturae Seruianae actionis, quae ipso iure tamdiu tenet quandiu solutum non est aut aliter satisfactum. Ergo cum eo quoque casu quo heres sponte adit, verum sit pecuniam solutam non esse, fatendum est eo etiam casu idem admitti debere ut saluum habeat ius pignoris siue retinendi siue persequendi. Non enim de illo querendum est, An ei imputari quicquam possit, sed an ipsi solutum sit necne. † Cur ergo, inquis, tam exactè tractat Paulus de eo qui suspectam adire iussus est, si in spontaneo herede non aliud respondendum existimauit? Nam & hoc errandi causam maximam nostris praebuit, An quod non debeat coacta aditio damno esse heredi, ut vulgò creditur. l. quia poterat. 4. co. tit. Minimè. Sed quoniam qui coactus adit, eum certum est nihil prolixo lucri & commodi ex hereditate retinere posse l. ita vlt. 27. §. qui suspectam & §. si praecipit l. si pignori 55. §. qui fideicommissum eod. vers. quid ergo eod. ideoque minus dubitari potest quin hereditatis aditio vim & potestatem solutionis non obtineat. Cum si vltro ille adisset, querendum esset an quartam ex Pegasiano retinuisset, aut quid aliud ex voluntate testatoris quod non adita hereditate non habuisset. Id enim Seruiamam utique perimeret, quod hoc casu non tantum confusa obligatio, sed etiam solutum debitum videretur aditionis potestate. l. debitori. 50. D. de fideiuss. iunct. l. Stichum. 95. §. adrio. 1. de solu. l. 2. §. cum quis de hered. vendit. l. irritum. 6. C. ad l. falcid. e. quibus locis apparet aditionem confusionis quidem vim semper habere, sed non semper solutionis: at eo durat casu quo effectus heres maneat creditor qui debitoris hereditate agnouerit non inspecto eo. An damnosa sit hereditas an lucrosa, quia cum videatur soluendo esse quaelibet hereditas qua inuenit heredem l. 3. D. ad l. falcid. l. libertus. 36. D. de bon. libert. sibi ipsi soluisse intelligendus est quilibet heres sit, nullo alio existente quem pro debito conuenire possit l. qua dotis. 33. D. sol. matr. † & aliam quoque rationem ibi Africanus adferat quod secum pensasse intelligatur. Quam sanè nimis imperitè & barbarè explicant qui sic interpretantur. Quod priusquam hereditatem damnosam heres adiret, intelligatur secum deliberasse, tum maturo consilio & iudicio adisse. Quasi pensare Latini dicant pro eo quod Galli penser. Nam imò pensasse dixit African. pro compensasse, ut & Papin. in l. unum ex familia. 67. §. sed si uno, & §. si duos de legat. 2. & alibi passim. Et sensus est videri he-

redem secum compenſaſſe quod ei defunctus debuerat, quia hereditatem adeundo cœperit obligatus esse creditoribus omnibus hereditariis etiam supra vires hereditatis. Quæ ratio eodem sanè recidit, quo superior, Paria enim sunt, videri heredem secum compenſaſſe, & videri eum sibi soluisse, cum compenſatio instar solutionis habeat. *l. si constat. 4. cum seq. l. unicum. 12. & pass. C. de compenſat. l. si ambo. 10. D. de compenſat. l. amplius. 19. D. rat. rem haber.* † Cum ergo diximus heredem qui vltro adierit perinde Seruianam habere debere atque si coactus adiuisset, de illo intelligimus qui totam hereditatem restituit, plenamque fidem voluntati testatoris exhibere maluit quam ex hereditate aliquid retinere: de quo in *l. patrem. 19. & l. debitorem. 20. D. qua in fraud. credit. l. si heres ab eo. 68. §. vlt. ad Trebell.* quod hodie facilius evenire potest, postquam placuit falcidiam, quam Trebellianam vocant, non minus quam eius quæ ex legatis debetur deductionem prohiberi posse, *Amb. sed cum testator vbi DD. C. ad leg. falcid.* Cur etiam deterioris conditionis sit hic qui sponte totam hereditatem restituit, quam si suspectam dixisset, & adiretum restituere coactus fuisset? Cum ex restitutionis effectu appareat non sui sed alieni compendij causa eum adiuisset. Aut qua fronte obsecro imputere fideicommissarius possit heredi cur vltro adierit, cum non solum huiusmodi aditionis commodum ipse sentiat, sed etiam inuitum eum si recusasset adire, coactus fuerit per Prætorum? Nam et si sponte aditam hereditatem heres vltro vendiderit, placet ex æquitate confusas actiones ei restitui debere in emptorem hereditatis *l. 2. §. cum quis de hered. vendit.* † At magis mirum illud est quod Paulus subiicit, Re integra non esse compellendum creditorem adire, nisi prius de indemnitate illi cautum esset vel soluta pecunia. Hoc enim cur ita? Sic etiam non facto eo saluum ipsi manet ius pignoris sine possideat siue non. Et puto duplicem rationem adferri posse. Priorem illam quod creditoris interſit, vel ob id maximè ne dubium timeat litis euentum, nec de eo disputare cogitur quod satis obscuri & controuersi iuris esse, vel ex ipsa Pauli disputatione nostrorumque erroribus intelligitur. Alteram ut periuræ obligationis personam damnatum effugiat, indemnitate scilicet cautionem vel pecuniam pro personali obligatione habiturus. Siquidem ipsius interſit non tantum actionem habere in rem, sed etiam in personam, ut tantò facilius debitum consequatur, cum plerumque difficile sit emptorem pignoris inuenire, ius autem dominij impetrare multò difficilior & longioris moræ ut constat hac ipsa lege in illis verbis, *cum emptorem pignoris non inueniret, iunct. l. vlt. C. de iur. domin. empt. l. si dubitet. 10. D. de fideiuss.* sicut & interest creditoris plures reos habere licet, singuli soluendo sint. *l. 3. §. vlt. de liber. legat.* † Id verò eleganter Paulus confirmat ea ratione, quod etiam cum de lucro heres scriptus agit fortè qui legatum acceperit sub ea conditione si heres non extitisset, placuit non esse cogendum adire nisi legato præstito. Quanto minus ergo cogendus erit adire, nisi cautione indemnitate præstita aut soluto debito, si non de lucro certet sed de dano? Quamquã non putat Paulus defendi posse in proposito exemplo aliorum sententiam: ut fuit ille vir acris ingenij & ad dissentiendum à cæteris satis facilis, nec plerumque sine magna ratione, ut colligere licet ex *l. lecta. 40. de reb. credit. l. Aemilius. 38. De minor. l. Clodius. 97. de acquir. hered. l. debitor. 82. de legat. 2. l. Paulus. 27. §. Pompeius l. que sum. 78. §. cum vir i-*

ta de legat. 3. Mouetur autem fortissimo argumento, quod contra defuncti voluntatem illud esse videatur ut cogatur adire heres in cuius voluntate testator posuit aditionem legando illi si non adiret: Et cum alterutrum testator dederit nos ei vtrumque præstamus, nimirum legatum & hereditatem, quod sanè absurdum est. Neque enim in rebus testatoris debet vquam iudex liberalior esse testatore. Qui certè Pauli sentus est in illis verbis, *sed cum testator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præstamus:* quæ nostri malè sic accipiunt, quasi aliorum sententiam subsequi Paulus velit, quam ex contrario impugnat euidentissimè. Si tamen receptiorem aliorum sententiam tueri quis velit, poterit fortasse non malè respondere, non vtrumque hic dari legatario, sed legatum duntaxat, cum inuitus hereditatem adeat, nec suo commodo aut periculo sed fideicommissarij cui totam restituere debeat: nec quicquam in eo fieri contra voluntatem testatoris quem credibile sit ei legando si non adiuisset, id potius animo agitalse ut ipsi consuleret si voluntarius heres non esset, quam ut premium ei dare suæ perfidia si supremas defuncti preces omnino & effectu ipso destitueret, ut Papinianus loquitur in *d. §. qui fideicommissum. ver. quid ergo l. si patroni 55. ad Trebell.* Maxime cum nec verisimile sit voluisse eum legare ut iudicia sua euerteret arg. *l. 3. D. de testam. milit. nec legatum valere possit non adita hereditate ex testamento l. in quam. 14. C. de fideic.*

CAPVT XVIII.

Ad l. 2. C. de iur. pignor. & l. penult. §. 1. D. de except. rei iudicat.

SVM MARIA.

- 1 An ad sententiam d. l. 2. qua vult sublata personali actione pignoris vincula durare, rectè aptetur species l. cum nouissimi. C. de præscript. 30. vel 40. annor?
- 2 Reijciatur Cuiacij ad d. l. 2. observatio.
- 3 Verus casus quo personali actione submoti non idcirco liberatum pignus intelligitur.
- 4 Sublata etiam obligatione pignoris durare tamen aliquando quasi Seruianam & hypothecariam.
- 5 Cur in d. l. pen. §. 1. pignoris obligatione sublata, creditori nihilominus hypothecaria competat?
- 6 Dominium rei pignoratæ, quod ad creditorem peruenit, non semper perimere hypothecariam.

Mirantur † plerique quod scriptum est in lege 2. Cod. de iur. pignor. etiam submoti personali actione vincula pignoris durare, cum certi iuris sit pignoris vinculum accessorium esse ad personalem actionem, sublato autem principali non posse accessoria consistere *l. cum principalis De regulis iuris cap. accessorium eodem in 6.* Nec habent nostri quod pro tuenda legis huius sententia proferant, nisi Iustiniani constitutionem in *l. cum nouissimi. 7. Cod. de præscriptis 30. vel 40. annor.* qua factum est ut licet & personalis actio quæ creditori aduersus debitorem competit triginta annis finiat, hypothecaria tamen in quadragesimum vsque annum extendatur. Ita enim fit ut toto vltimo decennio submoti personali actione duret tamen vinculum pignoris. Sed cum dicitur *leg. 2. sit Imperatoris Gordiani qui multis annis floruit ante Iustinianum adeoque ante Anastasium qui primus indu-*

xit ius tricennariae præscriptionis in *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* non video qua ratione ex posterioribus legibus petere liceat interpretationem ad priorem & antiquiorem. † Nec felicior hac in re vir doctissimus Iacobus Cuiacius, qui *libr. 14. Observ. cap. 23.* scripsit coniungendam esse *d. l. 2.* cum superiore, quæ est de duobus heredibus debitoris sub pignore obligati, quorum alterutro soluente, licet pro eius parte tollatur omni iure personalis actio & obligatio, hypothecaria tamen remanet qua singuli heredes in solidum tenentur propter indiuisam pignoris causam. *l. rem hereditariam. 65. D. de euct. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus heredibus debu. vel credit.* Nam in huiusmodi specie cum subsit adhuc pro parte personalis actio minus mirum est durare vinculum pignoris in solidum, *d. l. 2. C. si vnus ex pluribus.* At Gordianus eum casum significasse videtur quo duret pignus etiam submoti in totum personali actione. † Accommodatius igitur exemplum illud est si bonam litem creditor vitio suo amiserit, & ob male dictatam actionem aut quia litem deseruerit causa ceciderit. His enim casibus nõ idcirco liberatum pignus intelligitur, tamen si personalis actio submoti sit, *l. qui occidit. 30. §. 1. D. ad leg. A. qui l. si superius. 3. in princ. & §. 1. l. seruimusque. 27. Dig. de pig. l. si per imprudentiam. 51. D. de euct. l. debitor. 59. D. ad S. C. Trebell. Stichum aut Pamphilum. 95. §. si mandatum de solut. Cuius rei ratio illa reddi potest, quod licet personalis actio submoti & amissa sit, ipsa tamen obligatio durat cui pignus potest accedere. Separanda enim est obligatio ab actione, nec nouum est accedere pignus obligationi etiam si nulla actio sit, ut contingit cum principalis obligatio naturalis tantum est, ex qua constat actionem non dari, sed tantum exceptionem & retentionem. At illud magis mirum est quod in superioribus probauimus, sublata quoque & extincta prorsus obligatione omni tam naturali quàm ciuili superesse nihilominus vinculum pignoris & actionem Seruianam, ut in specie *d. l. debitor 59. Dig. ad Trebell.* † Iam verò videamus ne & illud admitti possit, quod longè difficilior est, sublata etiam obligatione pignoris & extincta, durare tamen quasi Seruianam & hypothecariam quæ nisi pro pignore cõpetit. Est. n. meo iudicio, textus in eam rem, non minus elegans quàm apertus in *l. ex sextante. 30. §. Latinus largus. D. except. rei iudicat.* In cuius specie negari non potest quin prorsus extinctum sit ius pignoris propter acquisitum creditori dominium rei pignoratæ, utpote quæ domino suo obligata esse nullo modo possit. *l. necque pignus. 45. de regul. iur. l. si rem alienam. 29. D. de pig. act.* Et tamen si res illa quæ pignoratæ fuerat euicta sit per creditorem posteriorem, quo tempore antiquior creditor ius suum ignorabat, deinde antiquior quæsitum sibi ius ex causa anteriore postea competentem exequi velit, placet Paulo cõpetituram ei hypothecariam, quam eo loco pignoratitiam vocat, quod detur pro pignore. † Rationem verò adfert illam ipsam qua idem mouetur in *d. l. debitor*, quod verum sit & pignori datam rem fuisse & satisfactum non esse: sufficit enim personam extare in quam dirigi possit actio, nec solutione aut alia satisfactione quæ solutionis loco cedat, sed qua alia ratione extinctum esse ius pignoris. Nempe quoniam qui agit quasi Seruiana nec dicit nec probare debet rem sibi pignoris iure teneri eo tempore quo agit, sed illud tantum vtiliter cõtractum fuisse pignus eo tempore quo fuit constitutum, nec secutam esse postea solutionem, aut satisfactionem. Neque verò recipi illud potest quod nostris placere video: Pignoris obligatio-*

nem in proposita specie non omnino perimere ex dominij acquisitione, propterea quod ea acquisitio non sit prorsus irrevocabilis. Repugnant enim apertissima illa Pauli verba, *Neque enim potest pignus persequere domino constituto creditore:* quæ etiam si non essent, ipsa tamen iuris ratio, quam diximus, manifestè id euinceret. Multò minus autem admittendum sit, si quis tentet obligationem pignoris, quæ ex dominij acquisitione perempta sit, euictio dominio reuiuiscere, Quasi potestas euictionis tollat intellectum acquisitionis, ut Papinianus loquitur in *l. si patroni. 55. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* Obstat enim certissima & perpetua iuris regula quæ obligationem semel extinctam nunquam patitur reuiuiscere, *l. qui res. 98. §. arcam. D. de solut. l. cum ex causa. 9. C. de remis pignor.* Illud igitur necessario consequens est, quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, ut sublato prorsus vinculo pignoris, citra solutionem tamen aut satisfactionem, duret nihilominus hypothecaria. † Sanè quod notauit Barto. ad *d. l. debitor*, & verum est & ex vtroque Pauli loco rectissime probatur, dominium rei pignoratæ quod ad creditorem peruenit reuocabiliter non perimere hypothecariam. Sed distinguendum est, ut dixi, ius pignoris à iure hypothecariae, in fideiussore non similiter tractari hoc potest. Nam debitore quoquomodo liberato fideiussorem quoque liberari necesse, licet creditori solutum non sit, nec aliter satisfactum, quia non eam conditionem habet fideiussoria actio quam hypothecaria si debitum solutum non sit. Quæ Africanus sententia & ratio est in *leg. cum quis. 38. §. vltimo de solution.*

CAPVT XIX.

Emendatio, l. si pignore. 22. §. si prædo. D. de pignor. act.

SVM MARIA.

- 1 Etiam ei qui rem alienam, siue sciens siue ignorans pignori dedit, soluta quandoque pecunia pignoratitiam competere.
- 2 Prædoni non tantum ad rem ipsam, sed etiam ad accessiones pignoratitiam dari.
- 3 Tolluntur è d. §. si prædo, verba illa, proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.

Qui † rem alienam pignori dedit non eò minus potest pignoratitia agere soluta quandoque pecunia, *l. si rem. 9. §. is quoque. D. de pignor. act.* Et si enim aliena rei pignus non consistit, *l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur & pass. de pignor.* pignoratitia autem competit ad eius rei repetitionem quæ pignoris nomine fuerat obligata, *101. tit. l. De pignor. act.* Sufficit tamen ad pignoratitiam quod in causam pignoris res tradita sit, debitorque solutionem creditor acceperit. Cum si reuera contractum esset pignus restitui nunc deberet. Alioqui melioris esset conditionis qui alienam quam qui debitoris rem pignori accepisset. Et cum debitori pro re aliena competere non possit vindictio, multòque minus condictio (nam aduersus extraneum, id est qui dominus non sit, etiam vitiosa possessio prodest, *l. vlt. de acquir. possess.* Et in pari iure aut potius non iure, melior est conditio possidentis quam condicentis, *l. si ob turpem. 8. D. de condict. ob turp. caus.* Alienam rem pignoris nomine retineret impunè creditor si pignoratitia conueniri non posset. Nec distinguemus an qui rem alienam pignori dedit sciens de derit: An verò suam existimans, putà quam paulò antè bona fide emisisset ab eo quem dominum esse existi-

Vera lectio & interpretatio leg. post contractum. 15. D. de donat.

SUMMARI A.

- 1 *Variè dicta legis lectio, ex quibus Haloandrina videtur.*
- 2 *Haloandrina lectio sensus & ratio.*
- 3 *Distinctio adhibita in questione, an post contractum capitale crimen donationes valeant, eiusque distinctio nis ratio.*
- 4 *Donationem ante contractum capitale crimen factam, secuta condemnatione non reuocari.*
- 5 *Supradictam distinctionem in crimine perduellionis locum non habere.*
- 6 *Enumerantur crimina publica que morte non finiuntur, sed aduersus heredem perpetuantur.*
- 7 *In criminibus publicis lucrum ex scelere defuncti perceptum adferendum esse.*
- 8 *Actiones ex priuatis delictis competentes, si contestatæ sint, aduersus heredes transire.*
- 9 *Riycitur Haloandri emendatio ad l. constitutionibus. 33. ff. de oblig. & act.*
- 10 *Respondetur ad l. 1. ff. de priuat. delict.*
- 11 *Cur condemnationem sequi oporteat, ut donationes post contractum capitale crimen factæ irrita fiant.*
- 12 *Libertates post contractum capitale crimen datae aueruentur, si condemnatio secuta non fuerit?*
- 13 *Condemnationem in hoc tractatu eam intelligi à qua non est appellatum.*
- 14 *Differre hac parte donationes à ceteris alienationibus que causam onerosam habent.*
- 15 *Dissimilitudinis inter eas ratio.*
- 16 *Explicatur l. 1. eo. 41. ff. de solut.*
- 17 *Alienationes ex causa onerosa post contractum capitale crimen factas reuocari, si in fraudem factæ proponantur.*
- 18 *Ex quibus coniecturis fraus colligi possit?*
- 19 *Quaslibet alienationes pendente appellatione factas, confirmata quandoque sententia reuocari.*
- 20 *Mortis causas donationes ante contractum capitale crimen factas irritas fieri, si donator pœna capitis postea affectus sit.*
- 21 *An donationes inter virum & uxorem post contractum capitale crimen, & secutam ex eo condemnationem, reuocentur.*
- 22 *Quid intersit inter donationes inter virum & uxorem que inter viuos, & eas que mortis causa factæ sunt.*
- 23 *An donatio à marito in uxorem facta ante cogitatum maiestatis crimen reuocetur?*

Florentina ꝛ lectio habet, *Post contractum capitale crimen donationes factæ non valent ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, nisi condemnatio secuta sit.* Omnino malè: ita namque sequeretur à contrario sensu valere huiusmodi donationes si condemnatio secuta sit, quod absurdum est. Vt enim non valeant potius quàm vt valeant facere condemnatio debet, quandoque secuta. Rectior vulgata, *donationes factæ valent, nisi condemnatio secuta sit.* Vt sensus sit donationes post contractum capitale crimen factas non valere, si condemnatio secuta sit: valere si condemnatio secuta non sit. Secutâ verò intellige non eam quæ donationem præcesserit, vt nimis imperitè Accursius interpretatur, (alioquit scribendum erat, nisi condemnatio præcesserit, non quo modo scri-

do scriptum est, nisi condemnatio secuta sit) sed eam quæ vt verba sonant secuta sit non solum post contractum capitale crimen, verum etiam post factam donationem. Sed omnium rectissima lectio est Haloandrina, quæ retenta negatione quam habent Pandectæ Florentinorum, legit tamen in sequentibus, *si condemnatio secuta sit.* Et si enim huius idem, qui vulgata lectionis sensus esse videtur, & iam olim ab Odofredo veteri interprete traditus, est tamen hæc elegantior, & probabilior, propterea quod nulla opus erat Imperatorum constitutione ad inducendum vt valeret donatio, quæ à domino facta esset, cum certi iuris sit etiam post contractum capitale crimen dominum manere eum, qui deliquerit, adeoque reum læsæ maiestatis, l. *quasi sum. 15. D. qui & à quibus manumit.* Nil autem sit tam naturale quàm voluntatem domini res suas in alium transferre volentis ratam haberi, l. *qua ratione. 9. §. hæc quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Vt verò donationes hæc non valeret licet factæ à domino, constitui necesse fuit, cum subesset causa sic constituendi, & tamen communes iuris regulæ resisterent. Sicut & necessarium fuit Diui Pij rescriptum vt impedirentur libertates ab eodem datae qui aut iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret vt damnaretur, l. *qui pœna. 8. D. de manumiss.* Ex cuius loci coniunctione cum dict. l. post contractum (est enim vterque locus ex Marciani Institutionum libris, quamuis inscriptio fortasse mendosa diuersos locos præ se ferat) apparet tractasse Marcianum, non quæ donationes valeant, quæ fuisset superuacua, & infinita tractatio, sed quænam non valeant, ex quarum speciali enumeratione constaret cæteras omnes valere. Cur non enim valeant omnes quæ non sunt prohibitæ? Id igitur Marcianus docere voluit, cum quaeritur: an post contractum capitale crimen factæ donationes valeant, eam duntaxat adhibendam esse distinctionem, vtrum condemnatio postea secuta sit, necne. Si condemnatio secuta sit, omnimodo non valere, si secuta non sit, valere. Huius verò distinctionis quam Imperatorum constitutio inducit, illa ratio non est quam nonnulli adferunt, quod in bonis delinquentis fiscus habeat ius taciti pignoris à die commissi delicti (id enim falsum esse vel ex eo maxime constat quod cæteræ alienationes ex causa onerosa non ob id solum reuocari possunt quod post contractum capitale crimen factæ sint, vt mox videbimus) sed quod non sine suspitione pœnæ factæ videantur donationes quæ post contractum capitale crimen factæ sunt, quandoquidem vix est vt ab eo tempore non suspicetur is qui deliquit vel in perditissima Republica fieri posse vt delicti pœnam aliquando sentiat. Quod non obscure Marcianus significat in d. l. *qui pœna. iis* verbis, *vel cum futurum prospiceret, vt damnaretur.* Eodemque pertinet quod Vlpianus scribit in l. *si aliquis. 7. D. de mort. caus. donat.* donationes quæ inter viuos factæ sunt valere, tametsi donator capitis pœna postea affectus fuerit, dummodo sine suspitione pœnæ factæ sint, id est, vt ego interpretor, ante contractum capitale crimen. Propter quam causam & in l. *si quis posthac. 9. C. de bon. proscripti.* scriptum est *ea etiam quæ ab innocio adhuc marito.* Et in vers. si quid etiam, *ante tempus criminis.* & alio loco, *ante mortem actus.* Vt intelligamus secutam condemnationem ex causa capitalis criminis non posse facere quin valeant donationes ante contractum capitale crimen perfectæ, sed facere vt non valeant quæ post contractum factæ sint. Itaque sicut in pendenti est an donatio secutura sit, ita donationis quoque validitatem in suspensio manere necesse est,

quousque certum sit vel secutam esse condemnationem, vel sequi amplius non posse, putà defuncto eo qui deliquit ante condemnationem, ꝛ vnde illud etiã sit quod Papinianus scribit in l. *donationes. 31. §. ult. D. de donation. ratas esse non posse donationes post crimè perduellionis contractum, id est non esse in his donationibus locum illi distinctioni, an secuta sit condemnatio, necne, neque incerto eo manere donationes istas in suspensio, sed indistinctè & statim irritas haberi debere, ratione illa quod singulari iure perduellionis crimen heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit, l. *ultim. D. ad leg. Jul. maiest. leg. penult. & ult. C. eo. d. l. si quis posthac. C. de bon. proscripti.* Ex quo magis apparet quod volumus, in cæteris criminibus quorum persecutio aduersus heredem non similiter competit, adeoque in crimine læsæ maiestatis extra perduellionatum, illam semper distinctionem obtinere, an condemnatio viuo donatore secuta sit, vel non, at eo casu, quo viuo donatore secuta non sit non distinguimus: ꝛ An aduersus heredem sequi possit propter factam cum defuncto litis contestationem, quia crimina publica ferè omnia morte finiuntur, nisi condemnatio præcesserit, nec perpetuantur per contestationem licet actum sit ad pœnam pecuniariam, l. *3. l. defuncto. 6. vbi Bart. de public. iudic. leg. defunctus. 5. & pass. C. si reus vel accusat. mort. sue. Dixi, ferè omnia, quoniam excipitur crimen perduellionatum, dict. l. *ultim. D. ad leg. Jul. maiest. peculatus, de rebus & repetundarum, l. ultim. D. ad leg. Jul. pecul. l. ex iudiciorum. 20. D. de accusat. quibus nostri comparant crimen hereseos & apostasias quod ad læsam maiestatem diuinam pertineant, l. 4. C. de heret. l. 4. Cod. de apostat. Itemque si quis sibi ipsi mortem conscuerit conscientia delicti, dict. l. *defunctus. 1. §. tot. i. uul. De bon. cor. qui mort. sibi consc. Addunt aliqui crimen desertæ militiæ ex l. defunctorum. 4. Cod. de re milit. lib. 12. tit. 36. vbi refert Imper. Alex. constitutum esse ab Imperatoribus Marco & Antonino vt defunctorum in desertionem bona confiscanda sint, quod sanè antea non obtinebat, cum defensionis crimen, sicut cætera morte solueretur, l. *1. C. si reus vel accusat. mort. fuer. Addunt & crimen veneficij si maritus ab vxore veneno interfectus esse dicatur ex leg. Lucius. 9. in fin. D. de iur. fisco. Sed omnino malè, nam & crimen hoc morte extingui Modestinus eo ipso loco scribit his verbis, *morte rea crimine extincto.* ꝛ Persecutionem tamen eorum quæ mulier sibi per scelus quaesiuisset fisco competere posse respondit. Non quod pecuniaria pœnæ persecutio competere possit aduersus heredem non condemnati, sed quia longè aliud sit pœnam pecuniariam persequi, aliud verò id agere ne ex defuncti scelere heres ditetur. Nam sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debet, ita nec lucrū facere si quid ex ea re ad eum peruenit, l. *si cui. 38. de regul. iur. l. munc. Cod. ex delict. defunct. aliisque innumervis.* Sufficit enim non in damno versari heredem, non etiam lucrum subire, quomodo legenda fortasse est ratio Vlpiani ad rem pertinens in l. *3. in princip. D. de vi & de vi armat.* ꝛ Sanè priuatorum delictorum alia ratio est. Quæ enim ex iis actiones competunt pœnales, non solum ciuiles, sed etiam criminales transeunt aduersus heredes, si modò contestatæ sint, licet non sit secuta condemnatio, vt aperte scriptum est in dict. l. *ex iudiciorum in fin. de accusat.* vbi differentia hæc traditur inter crimina publica & priuata, quæ tamen nulla erit si quod lex ait, ex priuatis delictis pœnam incipere posse ab herede, si viuo reo accusatio mota sit, licet non fuerit condemnatio secuta, tu cum Accursio & Bartolo sic intelligas, si ciuili-*****

stimabat, vt in leg. *si rem alienam. 29. D. de pignori. act.* Nam etsi prædo rem pignori dederit, ac deinde debitum soluerit aut aliter eo nomine satisfecerit, competit ei pignoratitia, nec tantum de pignore, sed etiam quod magis est de fructibus, si quos fortè creditor ex pignore perceperit, leg. *si pignori. 22. §. si prædo. D. eodem.* ꝛ Competit enim pignoratitia non tantum ad rem ipsam, sed etiam ad accessiones, putà fructus & vfuras, leg. *quamuis. 6. §. ultim. & l. seq. eodem tit. leg. 1. Cod. eod.* In quo tamen, quod ad prædonis personam attinet, dubitationem illud facit, quod fructus lucrari nullomodo possint. Nam si extent eo tempore quo rem suam dominus ab eo vindicabit, venient etiam in causam vindicationis, sin consumpti erunt, condicentur, l. *certum. 22. Cod. de rei vindic. de quo scripsimus lib. 4. cap. 17.* Cur ergo ei permittatur fructus petere à creditore quos omnimodo alteri præstare debeat? arg. l. *dolo facit. 8. D. de dol. except.* Sed respondendum est dolo non facere eum, qui petit quod redditurus est alij quàm illi à quo petit, leg. *si iocer. 44. §. Lucius. D. soluto matrimonio.* Neque æquum esse propter personam prædonis qui creditori satisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & sine causa, facit l. *si verbane. 55. D. de conduct. indebit.* Ita enim fieret creditor ipse prædo ratione fructuum, eoque odiosior, quod prædandi causam captae ex contractu bonæ fidei, cui prædo alius, scilicet debitor, ex sua parte satisfecisset. Sed & generaliter traditum est eum qui ab aduersario suo possideat, nunquam debere propter hoc quod possideat, vincere, leg. *1. §. ultimo. & l. 2. D. uti possidet.* Nec nouum est antiquiori prædoni aduersus posteriorem prædonem competere actionem, sicut & interdictam, l. *1. §. qui à me. D. de vi & vi armat.* Idque est quod Vlpianus scribit in dict. l. *si prædo,* vbi tamen quod sequitur, *proderit igitur ei quod bona fide possessor fuit,* non possum ego intelligere. Nam si verum est quod paulo ante Vlpianus dixerat, prædonem hunc qui actione pignoratitia fructus consecutus sit non posse eos suos facere, quoniam & extantes vindicari & consumpti condici poterunt, quamnam obsecro ea in re prædonis utilitas futura est? Debuerat hic igitur sic potius Vlpianus scribere, *non proderit igitur, &c.* Quanquam ne hoc quidem placeret. Quis enim admittat creditorem bonæ fidei possessorem videri ratione fructuum, quos ex pignore perceperit, præsertim post ratam pignoratitiam, hoc est soluto debito? An non scit ille se pro alieno possidere ob idque nec vfucapere potest, leg. *pignori. 15. D. de vfucap.* nec ad eos fructus retinendos longi temporis præscriptione se defendere, l. *ultim. Cod. de pignori. act.* aut quid si creditoris mala fides apertior sit in eo quod rem alienam sibi à prædone pignori datam esse sciuerit? An eo minus tenebitur ad fructuum restitutionem? Imò tantò magis quod ex duplici alienæ rei scientia duplicem quoque malam fidem habuerit. Non igitur prædoni eidemque debitori prodest ad fructus pignoratitia actione consequédos quod creditor bonæ fidei possessor fuerit, quin potius, quod cum pro alieno sciens possederit rem obligatam, in mala fide sit, si fructus ex ea re perceptos nullo iure retinere velit. Proinde fatendum est imperiti interpretis esse totum illum versiculum, *proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit:* nec potest meo iudicio dici quicquam apertius: fiet autem verisimilius, si ea coniungas quæ de similis mendis correctione scripsimus ad l. *debitor. 59. D. ad S. C. Trebel. c. 17. supra,*

liter agatur: nam ex iudiciorum publicorum admiffis
 ciuilitate agi nunquam potest, fed tantum criminaliter.
 De priuatis uero delictis & ciuilitate, & criminaliter.
 l. ult. D. de furt. l. vlt. de iniur. Si que igitur hac
 parte differentia est inter crimina publica & priuata,
 eam tunc subesse necesse est, cum de priuato crimine
 agitur criminaliter: quod & significant uerba illa,
si uino reo accusatio mota fit, quibus aperte uim facit
 Accusationem pro actione accipiens, ut subinde
 actionem ciuilem intelligat, cui accusationis nomen
 nullomodo conuenit. † Et huc etiam pertinet,
 meo iudicio, quod scriptum est in *l. constitutionibus. 33.*
de oblig. & act. Constitutiones enim de quibus Paulus
 eo loco, de priuatis delictis sunt non de publicis,
 ut innuit *l. i. D. de priuat. delict. facit. l. omnes. 26. l. sciendum. 58. eodem titu d. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Quod
 non intelligens Haloander male negotiationem ad
 didit in illis uerbis. *transmissam uideri*, recte uero Paulus,
quasi lite contestata a cum mor tuo, quia quando de crimine
 agitur criminaliter nulla proprie fit litis contestatio,
 cum agatur ad uindictam potius quam ad rem, ex quo
 magis apparet debere Paulum intelligi de actionibus
 criminalibus ex priuatis delictis descendebus. Nam in
 ciuilibus, licet ex delicto descendant, perinde ac in
 iis que ex contractu uera fit litis contestatio. Et de
 iis accipienda sunt supradicta leges que loquuntur
 de pœnalibus actionibus post litem contestatam
 aduersus heredem dandis. Idem quoque probatur non
 male, ex *d. l. 3. defuncto. 6. D. de publ. iud. d. l. defunctis. 5. & pass. C. si reus uel accus. mort. fuer.*
 aliisque locis innumeris qui cum morte crimen extingui
 aiunt, de publicis tantum criminibus loquuntur, ut
 appareat aliud esse in priuatis. † Nil obstantem eo
 quod scriptum est in *dict. l. i. De priuat. delict.* Ciuilem esse
 constitutionem, pœnalibus actionibus nec heredes
 teneri nec ceteros successores. Debet enim id
 intelligi, Nisi lis de crimine contestata sit uel quasi cum
 defuncto, *dict. l. constitutionibus. l. 25. l. 58. de oblig. & act. l. i. D. de delict. defunct.* & *dict. l. ex iudiciorum. 28. D. de accusat.* Sed superuacua est de priuatis
 delictis ratio in interpretatione, *l. post contractum*,
 quippe que locum non habeat nisi in delictis quorum
 pœna sit bonorum aut uniuersorum aut partis
 publicatio, que ex priuatis criminibus nunquam irrogatur.
 At neque hodie ex publicis nisi perpauca de quibus
 tractant nostri *ad Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscripti. & ad Auth. incestas. C. de incest. & inu. l. nupt.*
 Ut proinde rarissimus hodie sit usus, *dict. l. post contractum*,
 Nisi proponas ex donationibus post contractum
 capitale crimen factis ita diminutum delinquentis
 patrimonium ut fraus fiat pœne pecuniariae que in
 locum publicationis successit. Alioqui quid in fraudem
 fisci factum uideri potest cui tota pœna soluitur? Itaque
 non sunt hic separanda ut olim crimina capitalia à non
 capitalibus, sed ea tantum que publicationis pœnam
 retinuerunt à ceteris, ex quibus non nisi pecuniaria
 infligitur. Quam uero illa sint scriptum in Codice
 Sabaudico, nec propius hic est de iis dicendi locus.
 † Ut igitur ad rem redeamus, Ratio propter quam
 irrita fiunt donationes post contractum capitale
 crimen facta, si postea secuta sit condemnatio illa
 sola est, quod facta uideantur in fraudem fisci, cum
 non sine suspitione pœne fieri potuerint. Ideoque
 nihil planè interest an facta sint ante motam
 accusationem an post, sicut nec utrum ante
 condemnationem an post, dummodo post capitale
 crimen contractum. Neque rursus an alię fraudis
 coniectura & præsumptiones concurrant necne, quas
 hic Bartolus

diligenter congerit. Illa. n. sola sufficit, quod à die
 commissi delicti suspicio pœne nata sit. Sufficit autem
 modò postea secuta sit condemnatio. Neque enim iusta
 est coniectura suspitionis pœne, nisi constet de
 crimine, & quidem per sententiam. Quid enim si
 absolutio licet iniusta sequatur? An non res iudicata
 pro ueritate habebitur? Quid item si interea reus
 moriatur. Quis fiscum audeat allegantem pœne
 suspitionem perempto crimine? † Eadè uero ratio
 facere debet, ut libertates ab eo datae qui
 capitalis criminis reus factus fuerat interim
 ualeant, nec aliter irrita fiant quam si secuta
 sit condemnatio. Ut quod scriptum est in *d. l. qui
 pœna. 8. de manumiss. capitalium criminum*
 reos manumittere seruos suos non posse ex
 Senatus consulto, ita accipi debeat, Si postea
 quandoque secuta sit condemnatio, arg. *d. l. post
 contractum*. Nam & ibidem statim sequitur,
 Diuum Pium rescriptisse non competere
 libertates ab eo datas qui iam lege Cornelia
 damnatus esset, uel cum futurum prospiceret
 ut damnaretur. Cum igitur eadem ratio
 impediat libertates que impedit ceteras
 donationes, *leg. si aliquis. 7. D. de mort. caus. donat.*
 secuta nimirum condemnatione, *d. l. post
 contractum*. Cur non ex contrario eadem ratio
 confirmabit manumissiones si condemnatio non
 sequatur? An non absurdum sit & iniquum
 libertates quibus nihil in toto iure
 fauorabilius est deterioris conditionis
 esse quam res ceteras. Atqui, iniquum
 nostri, Libertates que semel competierunt
 reuocari postea non possunt: ideoque
 difficilius admittendum est competere
 eas ne fraus fiat fisco. Imò uero possunt
 esse in pœniti, & perinde reuocari si in
 fraudem fisci datae probentur, atque
 aliarum rerum donationes & alienationes,
*l. si cum fidei commissis. 16. §. Aristo. l. si
 mortis. 18. l. si quis habens. 40. l. pignori. 26. D. qui & a
 quib. manum. l. in fructu. 45. §. a debitor. D. de iur. fidei.*
 Quin & tentari posset in eo fauorabiliores
 esse manumissiones que non aliter
 impediuntur quam si in reatu facta
 sint ut loquitur Marcius in *d. l. qui
 pœna*, nisi ratio illa obstitet quod etiam
 que ante reatum post admissum
 crimen facta sunt, non sine suspitione
 pœne facta uidentur. Itaque admittam
 facile non esse libertates hac parte
 melioris conditionis, sed illud non
 patiar, esse eas deterioris. † Cum
 autem secuta condemnationem dicimus,
 eam intelligimus à qua non fit
 appellatum, & que transierit in rem
 iudicatam. Alioqui si à condemnatione
 appellatum sit, pendente appellatione
 pendebit quoque uis & effectus
 donationis, quandoquidem appellatio
 extinguit iudicium, *l. i. §. vltim. D. ad S. C. Turpill.*
 † In ceteris alienationibus que
 causam habent onerosam, puta in
 uenditionibus, permutationibus &
 similibus, non idem est. Omnimodo
 enim ualent etiam si post contractum
 capitale crimen facta sint, & secuta
 sit postea condemnatio: adeoque licet
 pendente reatu interuenerint. Quia
 regulare illud est ut pendente
 accusatione reus bonorum suorum non
 solum dominium non amittat, sed neque
 administrationem, quam ob causam &
 creditoribus suis soluere potest, &
 vicissim à debitoribus suis solutionem
 accipere, *l. reo. 41. §. seq. D. de solut. l. auferitur. 46. §. in reatu de iur. fidei. l. 2. de bon. damnat. l. quod autem. 6. §. apud Labconem. D. que in fraud. credi. l. summa. 21. D. de pecul.*
 Exceptis criminibus læsæ maiestatis &
 repetundarum, in quibus speciali iure
 constitutum est ut reus licet rerum
 suarum dominus maneat ante
 condemnationem, eorum tamen
 administrationem habere desinat
 statim à die commissi delicti, *dict. l. ex
 iudiciorum. 20. D. de accusat. leg. quisquis. Cod. ad leg. Int. maiest. leg. quis*

15 *rum. 15. D. qui & a quibus manumiss.* in quo etiam magis
 nostrorum error est existimantium ex his causis
 confiscari bona ipsa iure statimque dominium
 amitti: quod si ita esset, non erat cur reo
 interdiceretur rerum alienarum
 administratione & alienatione. †
 Dissimilitudinis autem ratio inter
 donationes & alienationes ex causa
 onerosa, euidens illa est, quod uix
 sit fraudis consilium non habeat qui
 sibi conscius res suas donat, & uero
 perdit, cum donare nihil aliud sit
 quam perdere, *l. filiusfamil. 7. in princip. D. de donat.*
 licet bene merenti donatum fuerit, *l. semper. 23. D. qui & a quib. manumitt.*
 Qui uero uendit aut permutat non
 tam perendi consilium habere uideri
 potest quam sibi suisque rebus
 subueniendi, quod si non permitte-
 retur delinquenti adeoque reo iam
 criminis postulato, eueniret sane ut
 innocenti plerique necessario
 sumptu egerent, ut Papinianus ait in
d. l. reo. 41. de solut. ion.
 Et si enim secuta quandoque
 condemnatione appareat non fuisse
 innocentem eum, qui uendit, cum
 res iudicata pro ueritate habeatur.
 Ita tamen posito iure ut alienationum
 robur penderet ex dubio iudicij
 euentu qui in causis potissimum
 criminalibus incertissimus est,
 non facile reperiretur, qui ad
 emptionem uellet accedere, nec si
 reuera innocens & absoluendus
 esset reus, arg. *l. ait Prator. 7. §. que situm. D. de minor.*
 Cum non minus periculosum &
 procliuè sit innocentem ex falsis
 instrumentis aut testimoniis
 condemnari, quam nocentem
 absolui. Inde uero sit ut solis
 quidem innocentibus debitus
 fauor ius hoc extorserit, *d. l. reo*,
 sed tamen ad eius communionem
 delinquentes quoque uocari
 necesse sit. Occasione scilicet
 potius quam iure ut Paulus loquitur
 in *l. 2. de reuis.* † Neque tamen
 ita accipienda est ratio illa
 Papinian. in *d. l. reo*, alioquin
 plerique innocentium necessario
 sumptu egerunt, ut eatenus
 duntaxat reus criminis publici
 rerum suarum administrationem
 retineat, quatenus ad uitę
 litisque sumptus necesse est.
 Habet enim liberam & omnimodam
 in eoque nimirum singulare
 ius est eorum criminum quorum
 odio receptum est ut à quo
 tempore commissa sunt,
 interdicatorum reo administratione,
 qualia sunt læsæ Maiestatis
 diuinę aut humanę, & repetundarum,
d. l. ex iudiciorum.
 Non enim idcirco
 necessarias tamen alienationes
 interdictas esse credendum est,
 que cum sint necessariae non
 possunt esse non iusta, ut uulgo
 nostri sentiunt & recte ex *l. alienationes. 13. de fam. ercisc. l. peto. 69. §. pradium de legat. 2. l. i. D. de fund. dotal.*
 † Hoc ipsum tamen quod
 dicimus, ualere alienationes ex
 causa onerosa factas post
 contractum capitale crimen,
 tametsi condemnatio postea
 secuta sit, ita intelligi debet
 si non in fraudem facta
 proponantur, probeturque
 emptor fraudis consilium
 participasse, arg. *l. ait Prator. & §. si quis participes. leg. quod autem. 6. §. hoc edictum. & §. simili modo. D. que in fraud. cred. l. ignoti. 5. Cod. eod.*
 Quinimò fortasse et si
 emptor ignorauerit, ut hac
 parte melior sit conditio
 fisci in cuius fraudem
 alienatum est quam creditorum,
 arg. *l. de ferre. 18. §. vlt. l. Titius. 21. l. in fraudem. 45. D. de iur. fidei.*
 cum et si in fraudem
 patroni alienatio facta sit,
 detur patrono Fauiana
 etiam contra ignorantem,
l. i. §. solum. D. si quid in fraud. parr.
 † Fraudis autem coniectura
 potissimum hæc probantur à
 nostris, si is qui delictum
 admisit siue in reatu iam
 constitutus siue non, bona
 omnia sua uendiderit, arg. *leg. omnes. 17. §. Lucius. D. que in fraud. cred.*
 Si quibusdam tantum uenditis
 eorum possessione remanserit,
 fructusque sibi perceperit,
l. sicut. §. supernacuum. D. quib. mod. pign. uel hypot. sol. l. si is qui bonis. 91. de acquir. her. l. si quis nauarum. 3. uers. & quod de subeunda. C. de natur. liber.
 si clam

aut uilissimo pretio distraxerit, arg. *l. vlt. D. de rit. nup. l. non existimo. 54. D. de administ. tuor. l. si quis donationis. 38. D. de contra empt. l. i. §. sed si forte. D. si quid in fr. parr.*
 Si denique sub ea conditione alienauerit, si
 condemnari eum contingat bonaque ipsius
 publicari, arg. *l. vlt. D. de stipul. seruo. l. summa cum ratione. 21. D. de pecul.*
 Nam & ex superioribus causis
 fraus presumeretur si ante
 contractum capitale crimen sic
 facta alienationes, & multo
 post tempore secutum delictum
 proponeretur, arg. *l. sed marcius. 14. uers. sed & si constante. D. qui & a quib. manum. l. si mulier cum de iur. 21. D. rer. amor.*
 Nisi delinquendi occasionem
 nouus & emergens casus
 perisset, ut Bart. scribit ad
d. l. post contractum. † Sane si
 à condénatione appellatum sit
 & pendente appellatione
 facta sit alienatio, non
 distinguemus donationes
 uenditionibus, sed id
 perpetuo obseruabimus, ut
 confirmata quandoque
 sententia reuocentur
 alienationes quælibet,
 quia negari non possit
 quin saltem à die
 sententię quæsitum sit
 fisco ius pignoris quod
 ei auferri non potuit
 per appellationem
 quam ex post facto
 frustratoriam & inutilem
 esse apparuit. Nunquam
 enim frustratoria
 appellatio prodesse
 debet appellati, *l. iuror. 41. in princip. de usur. l. vlt. D. de re iudic. l. negotiorum. 24. D. de appell.*
 Text. est in hanc rem
 perelegans in *l. chirographis. 57. §. 1. de administ. tuor.*
 Et hæc quidem in contractibus
 & donationibus inter
 uiuos obtinent. † At in
 mortis causa donationibus
 aliud iuris est. Non enim
 ualent, etiam si facta sint
 ante contractum capitale
 crimen, si postea capitis
 pœna affectus sit is qui
 donauit, *dict. l. si aliquis. 7. D. de mort. caus. dom. l. cum
 hic status. 32. §. si marcius. D. de donat. inter uir. & uxor.*
 Nam qui capitis pœnam
 patitur non potest cum
 ultima uoluntate decedere,
d. §. si maritus. l. eius qui. 8. §. 1. D. qui testam. fac. poss. l. si quis filio. 6. §. irritum de inu. l. rupt. & irrit. fact. 1. est.
 donationes autem causa
 mortis proximè accedunt
 ad ultimas uoluntates,
l. vltim. C. de mor. caus. don.
 † Excipiuntur tamen
 singulari iure donationes
 quas uir in uxorem
 contulerit ex lege
 Constantiniana in *l. res uxoris. 24. C. de don. inter uir. & uxo.*
 non solum si ex pœna
 mortuus sit maritus, sed
 etiam si deportatus tantum,
 si non liberalitatem suam
 post deportationem
 reuocauerit. Nec ea
 tantum donationes quæ
 mortis causa facta sint,
 sed illa etiam quæ inter
 uiuos iam constante
 matrimonio. Nam & hæc
 similes sunt donationibus
 causa mortis, in eo quod
 cum moribus improbatæ
 sint, non prius ualent,
 quam donatoris morte
 confirmata fuerint, *l. 1. 2. & 3. d. l. cum hic
 status in prin. & pass. D. de donat. inter uir. & uxor. l. donatio
 nes quas parentes. 25. C. eod.*
 ob eamque causam in id
 usque tempus pro
 imperfectis habentur,
dict. l. si aliquis. 7. & l. non uidetur. 32. D. de mort. caus. donat.
 † Quamquam inter has
 donationes & illas hæc
 tenus interest, quod
 quæ mortis causa fiunt
 statim ualent, dummodo
 earum effectus in id
 usque tempus excurrat
 quo uir & uxor esse
 desinant, nec interea
 uelit donator fieri rem
 accipientis, *l. si eum. 9. §. vltim. cum duob. seqq. eodem titul.*
 Quæ uero inter uiuos
 fiunt, non ualent nisi ab
 eo tempore quo reuocari
 posse desierint, id est à
 die mortis: ideoque
 prohibita est inter
 coniuges illa quoque
 species donationis
 causa mortis ex qua
 dominium statim
 transferatur licet
 reuocabiliter, *l. sed interim. 10. eod. inu. l. 2. & l. Senatus. 35. §. mortis causa. D. de mort. caus. donat.*
 Sed si ante mortem
 reuocata non sint,
 ualent omnes irreuocabiliter,
 licet eo tempore quo
 reuocari posse desinunt,
 fieri non possent, id est
 licet capitis pœna &
 summo supplicio affectus
 sit is qui donauit, ac si
 maritum non pœna, sed
 natura subduxisset ut
 lex ait. In hoc enim
 elucet priuilegium
 T 3

gium quod huiusmodi donationibus tributum Constantinus voluit, cum alioqui inspecta iuris ratione donationes hæ non valerent, *dict. §. si maritus*. † Nec aliud meo iudicio admittendum erit etsi maritus lætæ maiestatis condemnatus fuerit, quamvis vulgò interpretès contrà putet ex *d. §. si maritus*, iuncta *l. si quis. C. ad leg. Jul. maiest.* Nam quod scriptum est in *dict. §. si maritus*, dubitandum non est quin correctum sit per *d. l. re uxoris*. Quod autem constitutum est in *d. l. quisquis*, nullum ius nouum cõtinet, nisi in donationibus factis à die commissi aut cogitati delicti. Itaque quod ad eas pertinet quæ ante cogitatum maiestatis crimè factæ sunt, incorrecta proculdubio manet lex Cõstantini, cui tamen non perinde locus erit si quid viro donatum sit ab vxore quæ postea capitis pœna affecta sit. sunt enim fauorabiliores hac parte mulieres, vel ob eam maximè rationem quam lex exprimit: *quia pudicitia premio cessit*. Quod si bona mariti fiscus occupet, non ex causa delicti & condemnationis, sed tanquam vacantia, donationes ab eo factæ si vsque ad finem in ea volûtate perseverauerit, saluæ sunt mulieri

non ex priuilegio, sed iure communi, idque iam obtinuit, *l. i. C. de don. inter vir. & vxor.* sed si proponas post cõtractum capitale crimen factas inter coniuges siue inter viuos, siue mortis causa donationes, vtique non valebunt, nec ad hunc casum Cõstantiniana lex pertinet vt cõstat ex illis verbis: *ante tempus criminis actus*. Vt quod in eadẽ lege præcedit, *ante reatu*, sic accipi debeat, vt non solû ante reatum, sed etiam ante crimè contractum donationem factam esse oporteat ad eius legis priuilegium inducendum, quia nec valeret si inter viuos facta esset post contractum capitale crimen, secuta quãdoque condemnatione, *d. l. post contractum*, quasi non sine suspitione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris sui cogitationem iam de pœna sua certus esse potuit, *d. l. si aliquis. & d. l. quis situm. 15. D. qui & à quib. manum*. Id verò Constantinus duntaxat egit vt eodem iure censerentur donationes inter virum & vxorem quo essent si inter personas non prohibitas factæ proponeretur, nisi quod ad nutum donantis sunt reuocabiles. Sed vt melioris sint conditionis nec constituit, nec constituendi ratio vlla fuit.



ANTONII FABRI SEBVSIANI

SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber Octauus.

CAPVT I.

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

SVMARIA.

- 1 Adhibetur distinctio in questione, an restituito in integrum ob ætatem vno fideiussore, alter obligationis onus integrum suscipere debeat.
- 2 Singularis casus, quo circa expressam renuntiationem cessat diuisionis beneficium inter fideiussores.
- 3 Minoris confideiussorem qui pro ipso fideiubet, post minorem interuenire.
- 4 Emendatur d. l. si Titius, & emendationis ratio asfertur?
- 5 Repurgatur ab errore scriptura l. cum apparebit ff. locat. & l. cum mandatu. 23. ff. de minor.
- 6 Reprobatur Coniani ad d. l. si Titius emendatio.
- 7 Reijctur Cuiacij interpretatio ad dictam legem, eiusque rationes refelluntur.
- 8 Vis horum verborum in dict. l. Titius, si intercessit propter incertum ætatis, &c.
- 9 Refellitur obiectio aduersus veram huius legis interpretationem allata.

VM † queritur an totum fideiussionis onus irrogandum sit ei qui cum minore fideiussit, si minorem postea in integrum restitui contigerit, distinguendum est, an simpliciter ille fideiussit cum minore, & sine contemplatione iuris Pratorij, quomodo si duo maiores confideiussissent, an verò post minorem propter incertum ætatis ac restitutionis, id est eo intuitu, & ex illa causa, quod a-

lius confideiussor talis esset, qui propter ætatem posset quandoque in integrum restitui, priore casu non est irrogandum illi totum onus fideiussionis, sed pro sua parte duntaxat, non quod minoris restitutio ei prodesset (neque enim pro minore, sed cum minore fideiussisse eum ponimus, & illa disputatio, an minoris restitutio fideiussori profit alium tractatû habet suasque distinctiones), sed quia ex beneficio epistolæ Hadriani diuidatur inter cõfideiussores obligatio, *l. inter fideiussores. 26. D. de fideiuss.* dummodo sint illi soluendo tempore litis contestatæ, *l. inter eos. 51. §. cum inter eod.* quamvis iurè aliquo speciali alter ex iis tutus sit, ne cum effectu conueniri possit, puta si aut tempore liberatus sit aut aduersus obligationem fauore ætatis restituendus: nam inopi fideiussori, & qui nihil habeat, non rectè comparabitur is qui alia iusta ratione nititur ne cogatur soluere, sed ei potius qui satisfecit, cum habeat, quod obiciat petitori, vt eleganter Papinianus scribit in *l. si pupillus. 45. D. de admin. str. iur.* Itaque sibi imputare creditor debet, cur minorem pro fideiussore acceperit, quem sciebat, aut scire debebat posse restitui, aut cur non petierit confideiussor em contemplatione iuris Pratorij, aut denique cur non curauerit, vt confideiussor ille beneficium epistolæ renuntiaret. Siquidem renunciari posse constat, vt aliis ferè omnibus exceptionibus fauore renunciantis introductis, *l. pen. C. de pact. l. pactum inter hered. 46. D. eod.* Posteriore verò casu, id est si confideiussor acceptus sit, non solû, vt pluribus fideiussori-

bus cautum esset creditori, sed etiam ne restitutio quam impetrare minor posset, creditori damno cederet, vtique totû fideiussionis onus ipsi irrogari oportebit, quoniam id inter eos actum videatur, ac si beneficium diuisionis nominatim hæc renuntiaasset, † estque hic valde singularis casus in quo citra expressam renuntiationem cessat epistola Hadriani De confideiussionibus, cum regulare sit, vt expressam & specialem renuntiationem fieri oporteat. Ratio autem est, quia hoc casu confideiussor iste minoris habetur pro ipsius minoris fideiussore: siquidem nihil prohibet fideiubere quem & pro debitore, & pro debitoris fideiussore quem admodum & plures possent, *l. si plures. 27. §. vlt. D. de fideiuss.* ideoque succedit iuris regula, quæ habet fideiussorem qui minoris obligationi accessit contemplatione iuris Pratorij, non esse iuuandum restitutione, quam minor ex causa ætatis impetrauerit, *l. i. & 2. C. de fideiuss. minor. l. 3. §. sed virum l. in cause. 13. D. de minor. l. Strichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgò. D. de solut. Paul. lib. 1. sent. tit. 9. §. 5.* † Hoc ipsum verò, vt minoris confideiussor pro minore ipso fideiubere videatur: fieri nullo modo potest, quin interueniat post minorem, non quidem ordine scripturæ, qui certè nunquam impedit causam iuris ac voluntatis, *l. cõ pater. 77. §. fidei tua committo, de legat. 2.* cum ex iure non ex scriptura sumendum sit, id quod agi videtur, *l. nec enim. 6. D. de solut. l. quidam. 14. de pecul. leg.* sed ordine, vt vocant, intellectus. Nam qui fideiubet intuitu & contemplatione restitutionis quam minor impetrare posset, eum prorsus necesse est intuitu minoris fideiubere, & consequenter post minorem, quamvis prior fortasse in scriptura nominatus sit, arg. *l. quamuis. 8. §. quoties. D. ad S. C. Vell.* In quo tamen obseruandû est tractare nos de confideiubentibus, non de iis qui ex interuallo intercesserint. Inter eos namque solos beneficium diuisionis locum habet, qui simul & alter alterius contemplatione sic fideiusserunt, vt periculi societatem contraxisse videantur, quomodo Papinia loquitur in *l. si plures. 38. D. de admin. tut leg. si à Titio. 43. D. de fideiuss.* Caterùm nihil vetat alterum alterius contemplatione sic fideiubere, vt tamen restitutionis alteri competituræ periculum alter in se suscipere velit. † Et hæc nimirum Papiniani sententia est in *leg. si Titius. 48. ver. huic similis cod. tit. de fideiuss.* vbi concludit ille non insubtiliter, hoc demum casu totum fideiussionis onus restituito quocumque minore confideiussori irrogandum esse. Quod tamen ex vulgari receptaque lectione colligere nulla ratione possis. Sic enim habet, *sed ita demum alteri totum irrogandum est si postea minor intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis*. quæ sanè nullius sensus lectio est, nec apud me dubitationem vllam res hæc habet, quin legendum sit, *si post minorem*: nato fortassis errore ex incertitia librariorum posteriorum, cum priores scripssissent, *post minor*, subiecto puncto, pro *minor em*, quod non intelligetes posteriores & malæ Grammaticæ vitium subesse existimantes pro *post* reposuerunt *postea*, & pro *minorem* scripserunt *minor*, sine puncto. † Nam & simili errore, sed manifestiore in *l. cum apparebit. 47. D. locat.* scriptum legimus, *vendem vel locantibus*, pro eo quod scribi debuerat, *vendentibus vel locantibus*, cum veteres libri, vt verisimile est, scriptum haberent, *vendem vel locant*. Præcedit enim pluralis illa dictio, *pluribus*. Neque emptor dicitur aut conductor qui vendit vel locat, sed qui ab aliis siue singulis siue pluribus vendentibus vel locantibus causam habet: & loquitur ea lex de emptore & conductore qui cum pluribus contrahens singulorum personam in solidum intui-

tus est, quod non nisi pluribus vendentibus vel locantibus euenire potest. Sic & in *l. cum mandatu. 23. D. de minor.* scriptum legimus, *si procurator nomine minor circumscriptus sit*, pro eo quod legendum est, *procuratorio nomine*, cum breuius & commodius esset scribere *procurator*, subiecto puncto, quam *procuratorio*, videreturque sufficere, vt ex dictione sequenti vel præcedenti assequi lector posset quid punctus significaret. † Faciunt sanè parum cautè qui Papinianum sic emendat, vt pro *postea*, legant *sponte*, qua in sententia est Franciscus Conanus *lib. 6. Comment. iur. ciuil.* Quasi eam distinctionem Papinianus probauerit: An sponte minor intercellerit, an dolo creditoris. Idque propter sequentem legis clausulam in qua de minore agitur per dolum creditoris circumuento. Longè enim alia sequentis illius clausulæ sententia est quam sequenti capite docebimus. † Nec illi rectius qui post Iacobum Cuiacium *lib. 10. Obser. c. 23.* eam Papiniani mentem esse existimant, vt si simul cum minore intercessero, & is restitutus fuerit, tum demum mihi totum onus irrogetur, si primo loco interuenerim, nisi dolo creditoris minor in fideiussorem assumptus sit, rationem duplicem adferentes. Vnam quòd minorem ex ea fideiussione teneri iniquum sit, cum eius ætas fragilis & exposita captionibus restitutionem mereatur. Alteram quòd mea fideiussio ante minoris fideiussionem tenuerit, ob idque vitari eam ab inutili minoris fideiussione non oporteat. Etenim animaduertere debuerunt, quod supra monuimus, tractare Papinianum de confideiussoribus, vt constat ex primis verbis legis, *si Titius, & Scia pro Manio fideiusserint*. Item ex postremis illis, *aduersus confideiussorem*. Confideiussores autem non esse nisi qui eodem tempore & alter alterius contemplatione non separatim & ex interuallo fideiusserunt, *d. l. si plures. 38. de admin. str. iur. l. si à Titio. 43. de fideiuss.* Itaque cum inter eos periculi societatis contrahatur, quæ sola beneficium diuisionis inducit, macta erit & inepta ratio illa quam Papiniani esse voluit, quòd minorem ex sua fideiussione teneri iniquum sit. Neque enim ex eo sequitur totum onus alteri irrogandum esse qui diuisionis beneficium non idcirco abiicere voluit. Potiusque ex eo inferas minoris restitutionem nocere debere creditori, quam confideiussori. Vt taceam falsum esse quod illi ponunt iniquum fore si minor ex sua fideiussione teneatur. Nam in ad verò iniquum non esse ex eo constat, quòd nec doli nec alterius exceptionis auxilium habere minor potest priusquam sit in integrum restitutus, tamen si subsit æquitas & causa concedendæ restitutionis, *l. exceptiones. 7. in fin. D. de except.* Altera autem ratio, quam ex ingenio suo comminiscuntur, non solûm ineptior est, sed etiam aperte falsa. Nam quod aiunt fideiussionem meam ante minoris fideiussionem tenuisse, & vtilem fuisse, non potest verum esse, cum ego & minor simul fideiusserimus. Vtramque enim simul contrahi, & tenere necesse est, vt periculi societas contracta videatur. Quare & in illa specie quam à Papiniano prætermisam Cuiacius putat, & de qua tamen sola Papin. tractat, si vnà cum minore fideiussero, fatetur ille non nisi pro parte me teneri. Quod sanè verisimum est si simpliciter intercessero: sed non item si contemplatione iuris Pratorij, propter incertum ætatis ac restitutionis minoris: hoc est, cum creditor dubitaret de atate mei confideiussoris an minor esset annis vigin-tiquinque, aut cum minorem eam esse sciret eique fidem non haberet, veritus ne postea restitutionem impetraret, vt pluribus explicat Vlpianus in *d. l. in cause. 13. de min.* quomodo si locutus fuisset Pap. sententiam

8 cuius quilibet facillimè percepisset. Sed quam sibi placeat ille concisa ista elegantique breuitate nemo ignorat. † Tantoque magis miror virum doctissimum non percepisse vim eorum verborum, si intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis: nec animaduertisse quantum interfit an sic loquere, an ita potius quomodo ille intelligit, & quasi ratio dicta illa sit, quia favor ætatis meretur restitutionem. Sed & in eo errat, quod verborum illorum contextum interruptit, ponitque virgulam post intercessit, ac si sequentia contineant rationem præcedentium, cum tamen vna ratio sit, vltique ad illam clausulam, quod si dolo. Fefellit enim corrupta lectio in verbis iis, quæ emendamus, si postea minor intercessit, quæ nullum certè sensum habet, si quod sequitur, propter incertum ætatis ac restitutionis, bene intelligas. † Nec verò interpretationi nostræ repugnat, si quis obiiciat, ita posita facti specie, vt ego post minorem fideiussorem propter incertum ætatis ac restitutionis, futurum vt non simus confideiussores, si verum est quod diximus confideiussores esse eos duntaxat, qui simul & eodem tempore fideiusserunt. Iam enim monuimus verba illa, post minorem, non ad ordinem temporis & scripturæ referenda esse, sed ad ordinem intellectus. Finge debitorem à quo fideiussor petebatur obtulisse fideiussorem minorem: creditorè verò non quidem recusasse, sed tamen propter incertum vel ætatis cum dubitari posset maiorne esset an minor, vel restitutionis, cum minorem esse constaret petiisse, vt alius quoque fideiussor ob eam causam accederet, meque in illam rem fidem meam & operam exhibuisse, deinde tractatu isto habito simul eodemque tempore minorem, & me fideiussisse. An non hinc verum est nos esse confideiussores, eodemque tempore periculi societatem subiisse? Ita sanè. Nec minus tamen verum quoque est me fideiussisse post minorem & iuris Prætorij contemplatione. Ordine nimirum tractatus, & intellectus, quia minor oblati prior fuerat in fideiussorem, & quidem solus. Nam si eodè tempore minor, & maior offerantur tum demum dici potest maiorem simpliciter acceptum intelligi, idèoque nec vllò casu totum fideiussionis onus ei irrogandum esse. Idemque est, si maior primus offeratur priusquam de adiciendo minore tractetur, si modò postea vterque simul eodemque tempore fideiubeat.

CAPVT II.

Ad prima & postrema verba eiusdem legis.

SVMARIA.

- 1 An, si minor creditoris dolo inductus fideiussorit & restitutus sit, creditori aduersus confideiussorem succurrendum sit?
 - 2 Cur in priore specie d.l. si Titius restituta Seia que fideiussorat, aduersus confideiussorem in solidum actio detur?
 - 3 An & si Seia creditoris dolo interuenisset, totum fideiussionis onus in dicta l. Titio confideiussori esset irrogandum?
 - 4 Nullam ex mulieris fideiussione aduersus eam dari actionem.
 - 5 Cur S.C. Velleiani auxilium exceptio appelletur?
 - 6 Sententia l. si mulier in princ. ad Velleian.
 - 7 Cur in d.l. si Titius in aliud in muliere, aliud in minore confideiubente inducatur?
- 8 Sequitur † apud Papinianum, Quod si dolo creditoris inductus sit minor, vt fideiuberet, non magis creditoris

succurrendum erit aduersus confideiussorem, quoniam facta nouatione circumuento minore, desideraret in veterem debitorem vitium sibi actionem dari. Quæ verba pessimè etiam explicant, qui sic interpretantur, vt minore aduersus fideiussionem alius confideiussor perinde posset in solidum conueniri, atque solet conueniri prior debitor restitutoria actione, posteaquam minor aduersus nouationem à se factam restitutus est, l. minor, 48. in princ. l. vlt. D. de minor. Nam imò verò prior ex contrario Papin. vel neutro casu succurrendum esse creditori qui dolo induxit minorem, vt fideiuberet, aut vt nouationem fieret, hoc est neque restituendâ ei actionem in veterem debitorem, vt pote quam dolo malo amiserit, (vt hæc adhibeatur exceptio ad supradictas leges quæ haud dubiè procedunt, cum creditoris dolo nullus interuenit neque adeò ei fauendum, vt totum onus confideiussionis alteri condeiussori irrogetur. Quod intellige, etiamsi confideiussor acceperit contemplatione iuris Prætorij, & propter incertum ætatis ac restitutionis, vt dicitur casus hic à præcedente de quo superiore capite diximus. Est enim æquissimum deteriorè esse conditionem creditoris dolo quam eius contra quem minor restitutus sit ex causa duntaxat ætatis & læsionis, quod contingit quoties non dolo aut calliditate creditoris, sed sua tantum inconsculta facilitate læsum se allegat. † At in priore huius legis specie, hoc est si Titius & Seia pro Mauiio fideiusserint, non similiter Papinianus distinguit, An simpliciter Titius confideiussorit, an verò post Seiam & contemplatione Senatusconsulti Velleiani, sed indistinè aut subducta muliere dandam in solidum aduersus Titium actionem. Ratione illa quòd scire potuerit, aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere. Error enim hic iuris est quem ei omnimodo nocere conuenit, si nesciat improbatas esse Senatusconsulti Velleiani autoritate huiusmodi fideiussiones: adeò vt nulla mulieri necessaria sit in integrum restitutio, sed sufficiat Senatusconsulti beneficium implorare, l. 1. & tot. tit. ad S.C. Velleian. In quo melior est conditio mulieris quam minoris in re ipsa decepti, qui nullum habet auxilium priusquam sit restitutus, vt supra diximus ex l. exceptiones. 7. §. vlt. de except. Itaque non potest Titius dicere se confideiussisse cum Seia vt periculi sociam haberet, cum persona Seia autoritate Senatusconsulti subducatur, solusque Titius fideiussisse videatur, & ea mente ad fideiussionem accessisse, vt solus teneretur. † Quid ergo si dolo creditoris Seia interuenierit? An non hætenus puniri dolum creditoris æquum erit, vt totum fideiussionis onus Titio non irrogetur? Minimè. Neque enim plus potest creditoris dolo quam autoritas Senatusconsulti ad subducendam ex obligatione personam mulieris. Imò nec tantumdem. Dolus enim ille facere nequeat, vt mulier non obligetur, sed tantum vt doli exceptionem habere possit citra restitutionem exemplo minoris, d.l. exceptiones. At Senatusconsultum impedit obligationem ne ab initio contrahatur, l. quinquam. 7. l. aliquando. 13. §. vlt. l. si mulier. 14. l. si mulier. 16. §. vltim. l. de buris. 24. §. si Senatusconsulti & pass. D. ad Velleian. Ita vt neque eius obligationis nomine vtiliter accipi fideiussor possit, nec si nullam ille aduersus mulierem habiturus sit mandati actionem: adeò totam obligationem Senatus improbat, d.l. si mulier. 16. §. vlt. † Ob idque nihil interest, an quis fideiussorem det mulierem, an nullum det, l. quamuis. 8. §. si conuenit eod. Et quod magis est, etiam si iudicium suscipere mulier parata sit, non aliter tamen audiiri debet, quàm si caueat se exceptione Senatusconsulti non vsuram,

l. vlt.

l. vlt. §. pen. eod. Quin et si soluerit repetit, d.l. quamuis. §. interdictum, d.l. de buris. §. l. qui exceptionem. 46. leg. ex his. 44. de cond. ind. debet. nimirum si per errorem non si sciens soluerit, l. si is qui. 4. l. si non sortem. 26. §. ind. debet eod. Cuius enim per errorem soluti repetitio esset eius consultò dati donatio est, l. cuius per errorem. 53. de regul. iur. Senatus autem obligata tantum & intercedenti mulieri succurrere voluit, non etiam donanti, l. sed si ego. 4. §. 1. D. ad S.C. Velleian. † Nec est contrarium, quod supradictis locis alibi quæ innumeris, auxilium Senatusconsulti exceptio appellatur, præsertim in l. vir uxori. 17. & l. iuror. 19. eod. Exceptioni verò locus esse non potest, quin prius locus sit actioni, l. 2. de except. nec actioni quin præcedat utilis obligatio & efficax, l. licet. 42. §. ea obligatio de procur. Nam respondeo idcirco sic comparatū quòd plerumque facti quaestio sit, An Senatusconsultum locum habeat, siue quod dubitetur aut mulier intercesserit, siue quòd dicatur in rem suam intercessisse, aut etiam creditorem decepisse: quibus casibus constat Senatusconsulto iuari eam non posse. † Proinde quousque appareat eam intercessisse, non potest prætextu Senatusconsulti denegari creditori actio, ne alioqui omnes mulierum obligationes improbatas viderentur: quod verum non est, l. 2. §. pass. C. ad Velleian. Ex siquidem tantum improbatas sunt, quæ intercedendi animo fiunt, d. l. 1. d. l. quamuis. 8. §. 1. & pass. D. eod. l. Siichum aut Pamphilum. 95. §. ad iuror. in fin. D. de solutio. quomodo accipi debet, quod scriptum est in l. 2. §. omnis omnino. D. ad Velleian. Idque est quod Pomponius scribit in d. l. vlt. in princ. eod. non per omnia habendam mulierem loco minoris circumscripti, cum nec ipso iure tuta sit nisi cum intercessit, nec auxilium restitutionis mereatur nisi cum dolo aduersarij decepta est, aut ex qua alia causa, quæ edicto perpetuo continetur, & propter quam masculis quoque licet maioribus succurri oporteat. Porro cum aduersus mulierem impetrata est actio, necessarium est ad eam elidendam exceptionis auxiliū, d. l. 2. §. pass. D. de except. Caterum statim atque probatum est mulierem intercessisse, succedit vis & potestas Senatusconsulti, quæ ipso iure facit irritam obligationem, nec exceptionis opem amplius requirit. Quomodo & in compensatione dicimus fieri eam ipso iure, l. si constat. 4. cum l. seq. l. vlt. C. de compens. l. 4. l. si ambo. 10. l. posteaquam. 21. D. eod. l. eius quantum auis. 7. C. de solut. Et tamen compensatio exceptio dicitur, qui petitionem & actionem præsupponit, requiritque factum & voluntatem compensare volentis, vt ita demum fiat si obiiciatur, l. 2. l. neque. 6. cum l. seq. l. quamuis. 10. & seq. C. eod. tit. de compens. † Ex his igitur concludi potest, summam rationem habere quod Papiniano placet si Titius & Seia pro Mauiio fideiusserint indistinè totum onus irrogandum esse Titio, nec distinguendum, an contemplatione Senatusconsulti intercesserit necne, aut vt Papiniani verbis vtat, propter incertum Senatusconsulti: Ius enim Senatusconsulti, semper certum est etiamsi non opponatur: adeoque tametsi mulier parata sit iudicium accipere nisi caueat se exceptione non vsuram, vt diximus in d. l. vlt. §. pen. ad Velleian. sicut & sexus ipse mulieris semper certus est, nisi fortè cauillandi animo hermaphroditum proponas. At ius restitutionis quæ minori competit incertissimum est, & quia atas ipsa cui succurritur plerumque incerta est, & quia factò minoris opus est, vt restitutionem petat, quod an facturus sit necne in euentu & ipsius arbitrio positum est, d. l. exceptiones. 7. in fin. de except. Qua etiam impostulata causæ cognitio adhuc acquiritur an concedi debeat, l. 1. §. 1. in causa.

13. l. in causa. 16. D. de min. Nec rursus distinguimus apud Papinianum an dolo creditoris inducta sit Seia vt cum Titio fideiuberet pro Mauiio, an non. Quia dolum creditoris ita demum ei nocere æquum esset si peteret succurri sibi aduersus Titium. Nunquam enim succurrèdum est ei qui propter dolum suum dani quid senserit, cum neque ei succurratur cui culpa sola citra dolum imputari possit, l. quod quis ex culpa. 203. de R. J. At vt possit creditor hic in solidum agere contra Titium, nullo auxilio indiget, sed suo iure perinde facit atque si Titius solus fideiussisset. Neque pugnat quod Papinianus mulieri minorem similem facere videtur iis verbis, hinc similis & illa quaestio videri potest. Nam imò dissimilem ait eo loco, sed ita demum alteri totum onus irrogandum est, nec nisi de confideiussore minore loquitur, cum in sequentibus distinguit, an creditoris dolo intercesserit necne. Sed & ita nihil dissecat mulier à minore quod nihil interest an pro minore fideiubeas, an pro muliere, dummodo cōtemplatione iuris Prætorij confideiubeas, vt superiori capite tractauimus. Perinde enim vtroque casu totum fideiussionis onus tibi incumbit si cum tecum aut ante te fideiussorat in integrum restituitur. At si quis pro muliere intercedente fideiussorit, an cum ea fideiubente confideiussorit. Ille enim nullomodo obligatur, sed iuuatur exceptione Senatusconsulti, licet nullum fortasse mandatum à muliere habeat, nec proinde contra eam mandati agere possit, quia totam obligationem Senatus improbat, d. l. si mulier. 16. §. vlt. ad Velleian. Hic verò nec Velleiani nec alia vlla exceptione iuari potest quominus totum confideiussionis onus sentire debeat, ac si solus fideiussisset, cum subducta persona mulieris propter auctoritatem Senatusconsulti, alia persona nulla supersit confideiussoris, sed tantum debitoris principalis pro quo interuenisse videri possit. Itaque non habetur pro confideiubentis mulieris fideiussore, licet contemplatione Senatusconsulti intercesserit, qui nec si vellet pro ea fideiubere vtiliter posset. Proinde consequens est vt ex sua tantum persona & confideiussione in solidum conueniatur. Atque ita locum sanè perobscurum necdum fortasse ab vllò hætenus rectè explicatum interpretandum arbitramur.

CAPVT III.

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

SVMARIA.

- 1 Restitutionem à minore impetratam, cui dolo creditoris causam præbuit fideiussori eius prodesse.
- 2 Cur illa restitutio eo casu fideiussori proffit?
- 3 Adhibetur distinctio in quaestione illa, an restitutio minoris, cui sola lesio cum minori ætate committitur causam præbuit fideiussori proffit.
- 4 Cur restitutio minoris qui fideiussorem, non tanquam minor, sed tanquam quilibet alius dedit, fideiussori eius proffit?
- 5 Favorabiliorè eo casu esse fideiussoris, quam creditoris causam.
- 6 Respondetur ad l. minor. 51. de procurat. & l. si pupillus. de heredit. & vtraque explicatur.
- 7 An in d. l. pupillus fideiussoribus succurratur si minor aut pupillus qui fideiussorem dederat, non abstinuerit, sed in integrum restitutus sit?
- 8 Minoris restitutionem fideiussori non prodesse, si fideiussor contemplatione iuris Prætorij, & propter inter-

226

rum etatis ac restitutionis pro eo interuenit.

9. Sententia l. exceptiones. 7. in fin. de except.

10. Verba illa d. l. exceptiones quod si deceptus non sit in re absque negatione legenda esse.

11. Non semper fideiussori, qui simpliciter interuenit, minoris restitutionem prodesse.

12. Casu quo fideiussori qui iuris Pratorij contemplatione intercessit, prodest minoris restitutio.

1. Ad quæstionem illam, Vtrum restitutio in integrum per minorem impetrata profit eius fideiussori, simpliciter & indistinctè responderi non potest. Verfatür enim id in causâ cognitione, vt Vlp. ait in l. in causa. 13. in princ. D. de minor. Causâ autem cognitio in eo consistit vt inspiciamus an restitutioni causam præbeat dolus aduersarij, an verò sola læsio cum minoris ætatis priuilegio iuncta. Priore casu certum est prodesse restitutionem fideiussori, l. 2. C. de fideiuss. minor. idque perpetuò & distinctè, quoniam & citra restitutionis auxilium doli mali exceptio ei prodesset, l. si testamento. 49. in princ. de fideiuss. l. exceptiones. 7. ad fin. de except. vbi verba illa pro minore circumscripto. idem sonant, quod pro minore per dolum decepto. aut quod est idem, circumuenire. Nam & circumuenire idem ferè est quod dolo malo decipere, l. si Titius. 48. D. de fideiuss. quam nos superioribus capitibus explicauimus. ob eamque causam Paulus in d. l. 7. in fin. opponit minori circumscripto eum, qui deceptus sit in re & naturaliter vt Vlp. loquitur in l. in causa. 16. §. idem Pompon. de min. Plus enim & grauius circumscribere vel circumuenire, quàm decipere. Factum siquidem personæ demonstratur iis verbis propter adiectionem illam circum: proinde doli personalis significationem præ se ferunt, nec ad deceptionem in re tam facilè restringi possunt. Ratio autem quæ facit vt doli mali exceptio quæ competere posset reo si conueniretur, competat fideiussori, illa est, quod generaliter exceptiones omnes quæ rei non personæ cohærent transcunt in fideiussorem etiam inuito debitore, d. l. exceptiones. §. 1. cuiusmodi sanè est exceptio doli. Nam licet ex parte actoris cui obicitur sit omnino personalis, tamen ex parte obiectantis est in rem concepta, l. 2. §. 1. & 2. D. de dol. excep. non minus quàm ex, quæ ex iurifurandi, aut rei iudicata, aut metus aliæve simili causa proficiunt, de quibus accipi debet quod scriptum est in l. omnes. 19. D. de exception. l. defensiones. 11. C. eod. l. si stipulatus. 15. in princ. l. ex persona. 32. D. de fideiuss. l. vlt. D. de pact. Posteriore verò casu quo nec dolus nec quid aliud simile, sed sola læsio cum minori ætate coniuncta restitutionis beneficium inducat (neque enim solo ætatis fauore vnquam restituitur minor nisi læsus probetur, leg. verum. 11. §. sciendum & seqq. l. quod si minor. 24. §. 1. D. de mino. l. nam posteaquam. 9. si minor. D. de iureiur.) subdistingendum est an fideiussorem minor simpliciter dederit, id est, non tanquam minor, sed tanquam alius quilibet, & eo modo quo etiam maiores fideiussorem dare solent, quod in dubio credendum est, cum præsumatur potius pro causa quæ fouetur iure communi quàm pro ea quæ speciali, l. 3. §. 1. D. de iur. l. similes. 7. D. de iur. rupt. restit. An verò minoris obligationi fideiussor accesserit tanquam suspectæ propter incertum ætatis & restitutionis vt Papinianus loquitur in d. l. si Titius. 48. de fideiuss. & quod idem est contemplatione iuris Pratorij, l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo de solut. quod plerumque euenit cum sibi prospicere vult creditor, qui scit minorem esse eum quocum contrahit, aut an minor sit dubitat. Priore casu prodest fideiussori restitutio minoris, atque ita accipi debet quod

scriptum est in l. minor. §. 1. D. de procurat. & quod Vlp. ait in l. 3. §. sed virum, vers. sed an hoc auxilium. D. de minor. interdum restitutionem minoris quam ratione ætatis impetrauerit (de illa enim loquitur) prodesse fideiussori vt ad hunc nimirum casum coarctetur. Ratione illa quod minor qui eo modo fideiussorem dedit quo deditet si maior fuisset pro maiore hic parte haberi debeat, eiusque fideiussor pro maioris fideiussore. Atqui ius certum est, restitutionem à maiore impetratam eius quoque fideiussori prodesse debere cum ex re ipsa non ex personæ qualitate restitutionis æquitas proficiatur, d. l. omnes. d. i. ex persona, & aliis supradictis. Vt puta si is qui fideiussorem dedit siue maior ille sit siue minor restitutus sit aduersus venditorem ex causa enormis, vt vocant, læsionis. Hinc enim quantumuis minor sit, non tamen quasi minor, sed tanquam maior restituitur, & aduersus talem conuentionem quam incunt plerumque etiam qui in maiori ætate sunt constituti, arg. l. minor. §. 3. vlt. D. de minor. Nec distinguemus quod parum autè quidam faciunt, an futurum sit neque vt creditor res depereat si restitutionis beneficium ad fideiussorem quoque protrahatur, arg. d. l. minor. §. 1. D. de procurat. & l. si pupillus. 89. de acquir. hered. Non enim illud inspiciendum est, an damnus senturus sit creditor ex restitutione fideiussori profutura: sed an æquus sit in damno morari fideiussorem an creditorem vt Vlpian. scribit in d. l. in causa. 13. de minor. Nam cum æque facile minor possit restitui aduersus fideiussorem ne mandati actione teneatur, atque contra creditorem, d. l. in causa. & l. 1. in fin. C. de fideiuss. minor. sola quæstio relinquatur inter creditorem & fideiussorem. Nemo autem negauerit æquius esse in dubio succurri fideiussori simpliciter accepto vt eodem quo debitor iure censeatur, quam creditori, cui saltem hoc imputari potest, quod legem apertius non dixerit, cum utique potuisset præmonere idè se accipere fideiussorem vt obligatum illum haberet siue in integrum minor restitueretur, siue non. Quo facto imputaretur sanè fideiussori cur ea lege ad fideiussionem accessisset, magis que creditori quàm ipsi consuli oporteret. Probaturque manifestè hæc nostra sententia non solum ex Vlpian. in d. l. in causa. 13. de minor. sed etiam ex Paul. l. 1. §. 1. in fin. §. 5. Nec pugnat quod scriptum est in d. l. minor. §. 1. de procurat. & in d. l. si pupillus. 89. de acquir. hered. Nam vt fideiussor minoris qui pro alio defensionem susceperat iuuetur auxilio restitutionis per minorem impetratæ, non idè fit vt isti putant, quod salua creditori sit actio contra eum quem defendere minor voluit, sicut nec vt succurratur fideiussoribus datis à pupillo qui se paterna hereditate abstulit si ex hereditario contractu conueniantur. in causa illud est, quod creditorum ius integrum maneat aduersus eum qui eam hereditatem agiturus sit: sed quia ex iuris communis regula æquum sit fideiussorè ex persona rei eandem habere defensiones quas reus ipse haberet, si conueniretur. Alioqui quid dicemus si primus ille debitor cuius defensionem minor susceperat in specie d. l. minor, adeò inops sit, vt ab eo suum consequi creditor nequeat? Quid item si neque nouus ille heres quem hi ipsi comminiscuntur in specie, d. l. si pupillus, neque hereditas ipsa sit soluendo? Id enim plerumque contingit cum hereditate paterna pupillus abstinet. An non valde interest creditorum obligatos manere fideiussores, quos minor vel pupillus dederat? Ita sanè, cum ferè sit, vt nullam actionem habere videatur, qui talem habet, quàm debitoris inopia inanem & illusoriam possit reddere, l. nam is nullam. 6.

lam. 6. D. de dolo. si apud minorem. 12. D. de minor. Nec ed minus tamen verum erit succurrendum esse fideiussoribus. Præsertim verò in specie d. l. si pupillus, quia fieri certè nequeat, vt ex hereditario contractu condemnari debeant tanquam fideiussores eius qui licet ipso iure heres maneat etiam post abstentionem, l. cum quasi. 30. §. sed et si suus de fideiuss. libert. heredis tamen loco non habeatur, l. si filius. 12. D. de interrog. in iur. fac. l. necessarij. 57. de acqu. hered. Sed & si pupillum aut minorem qui fideiussorem dederat non abstinuit se, sed in integrum restitutum esse: an fideiussoribus succurreretur? Vtique si Vlpiano credimus in leg. 2. §. vlt. D. de administ. & peric. tutor. Et tamen cessat hic ratio illa, quæ mouentur isti, quod creditoribus nulla iactura imminet, cum restituito minore eiusque fideiussoribus per consequentias libertatis, nulla superfit persona in quam dirigere actionem suam creditor possit. Sed hæc ita, si minoris obligationi fideiussor, vt supra dictum est simpliciter accesserit. Nam si cõtèmpatione iuris Pratorij & propter incertum ætatis ac restitutionis (quæ secunda nostræ subdistingtionis pars est) verius est minoris restitutionem fideiussori non prodesse, propterea quod hoc ipsum inter contrahentes omnino actum esse videatur. Atque ita accipiendum esse tit. C. de fideiuss. minor. hoc est fideiussoribus minorum tanquam minorum constat ex Vlpiano in d. l. in causa. 13. & d. l. 3. §. sed virum de minorib. & ex Iulij Pauli sententiarum loco supra citato. Elegantius autem ex Papiniano in d. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo de solut. vbi ait fideiussorem qui simpliciter non contemplatione iuris Pratorij intercesserit, si debitori minori annis vigintiquinque heres extiterit, saluum habere beneficium restitutionis, quæ minori intra petendæ eius tempora defuncto competere poterat. Quod certè falsum esset si restitutio minori viuo concessa fideiussori profutura non fuerat, aut si nihil interesset, an simpliciter an contemplatione iuris Pratorij fideiussor interuenisset. Idè autem tractat Papinianus de fideiussore, minoris herede, quoniam viuo minore aut alium heredem habente non potest fideiussor in integrum restitui ex persona minoris. Restitutionem enim ab ipso minore aut ab eius herede impetrari necesse est, non autem à fideiussore, quippe qui læsus non fuerit, idè que eo etiam casu quo à minore impetrata fideiussori profutura esset. Nam vt profit fideiussori, non fit nisi per consequentias. Et is proculdubio sensus est d. l. exceptiones. 7. in fin. de except. iis verbis, quod deceptus sit in re tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. Docet enim Paul. multum referre, cum minor qui fideiussorem dedit deceptus est, an deceptus sit in re, an ex proposito, si ex proposito non tantum competit minori ius petendæ restitutionis, sed etiam excipiendi de dolo si conueniatur. Ea verò exceptio vt rei cohæret non personæ, perinde fideiussori atque ipsi minori competet, tametsi nec restitutus sit minor, ne adhuc eam exceptionem obiecerit, at cum deceptio non nisi in re est, doli exceptio nec minori competit, nec proinde fideiussori: superest igitur vnum illud remedium minori vt in integrum restituitur fideiussori verò nullum, nisi quod minore restituito proderit ea res fideiussori si simpliciter interuenit, non etiam si contemplatione iuris Pratorij propter incertum ætatis ac restitutionis, secundum supradictam distinctionem, quæ tamen ex eo loco sicut non improbat, ita nec probatur, quia de exceptionis iure duntaxat, nō etiam de effectu restitutionis tractat Iuris. Pessimè autem locum illi

accipiunt, qui vulgatam lectionem cum Haloandro secuti addita negatione legunt, quod si deceptus non sit in re, & eum sensum esse putant, vt minore in re non decepto, sed sua facilitate & dolo creditoris, fideiussori non succurratur, quod planè falsum est, & iis quæ proximè diximus contrarium. Nam imò verò id sibi vult Paulus: Minore non dolo creditoris, sed sua facilitate & in re ipsa decepto, nullam dari exceptionem fideiussori: an autem iuari debeat restitutio in integrum, si eum fortè minor impetret, non aperit, quoniam nec de illo tractat. Et certè contraria hæc sunt, decipi minorem sua facilitate, & decipi dolo creditoris. Sua enim facilitate decipi dicitur, cum ætatis sit imbecillitate potius quàm aduersarij calliditate decipitur. Dolo autem, quoties iis artibus decipitur, quibus etiam maior decipi posset. Contra autem paria sunt decipi minorem in re, & decipi sua facilitate, l. si quis cum aliter de verb. oblig. Illud tamen obseruandum est, quod supra diximus, fideiussori qui simpliciter interuenit prodesse restitutionem minoris, non esse perpetuum. Quid enim si nullum ille regressum aduersus minorem habere debeat fortè quod donandi animo aut in rem suam fideiussor nemo dixerit pretextu minoris succurrendum esse maiori cuius damno recessura sit, l. quod dictum. 32. D. de pact. l. si quis rem. 5. de liber. leg. Neque enim Pratori propositum fuit maioribus succurrere ex minorum persona, sed tantum minoribus, d. l. 3. §. sed virum. l. cum mandatu. 23. D. de mino. Rursus nec illud perpetuum est, vt fideiussori qui contemplatione iuris Pratorij intercessit, nil prodest minoris restitutio: nam si talis casus contingat in quo futura sit inutilis minoris restitutio, nisi etiam fideiussori profit, fieri non potest vt non fideiussori quoque prodesse debeat, vt puta si contra fideiussorem mandati actione repetentem quod soluisset, restitutio dari non posset, arg. d. l. in causa. 13. de minor. sic enim Bar. & post eum ceteri ad l. cum filius familias. 49. §. 1. de V. O. Ratione illa, vt puto, quod hoc casu minor sit fideiussoris sui quasi defensor necessarius: quod cum euenit, necesse est prodesse fideiussori quicquid prodest reo, arg. l. idè que. 10. §. generaliter. D. mand. At quoties aduersus fideiussorem quoque restitui minor potest, nulla ratio est, vt fideiussoris sui defensor necessarius videri debeat, licet contemplatione iuris Pratorij fideiussor interuenit: idè que nec fideiussori proderit iis casibus restitutio quam ipse minor impetrauerit.

CAPVT IV.

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

SUMMARIUM.

1. Cur principali & fideiussoria obligatione in vna eadem que persona concurrente fideiussoria tollatur?
1. Quoniam casu fieri possit vt principalis obligatio sit maior & plenior quam fideiussoria?
3. Probatur Cuiusq. emendatio ad d. §. quod vulgo, & exemplum principalis obligationis afferitur, quæ non est plenior fideiussoria?
4. Rationes afferuntur pro vulgata d. §. lectione.
5. Sensus horum verborum in d. §. quod vulgo. E contrario non potest dici, &c.
6. Restitutiones non à iure civili, sed à iure honorario contrahi debent.
7. Notatur differentia inter restitutionem minoris, & ceteris restitutio.
8. Cur in d. §. quod vulgo, verba illa, bonæ fidei adiecta sint?

- 9 Quod referenda sint illa dicta. §. verba, quæ principalis fuit: & de his Accurſij coniectura.
- 10 Suppletur nonnulla in d. §. quod vulgò. verſic. difficile est.
- 11 An fideiuſſor, qui pro minore iuris Prætorij contemplatione interceſſit, eique poſtea heres exiit reſtitutionis beneficium aduerſus crediorem impetrare poſſit?
- 12 De reo qui fideiuſſori heres exiit, & conuenius exceptione fideiuſſori non competente oriatur.

Faciant ea, quæ in ſuperioribus diſputauimus, vt hæc ſubiicere necelle ſit coniecturam noſtram de emendatione §. quod vulgò. l. Stichum. 95. D. de ſolutio. cuius tam ſæpe meminimus. Eſſe enim locum corruptiſſimum iam pridem vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius obſeruauit. ſed quomodo ſanandus & reſtituendus ſit, non vidi qui adhuc docuerit, cum tamen quaſtionem habeat elegantiſſimam, & Papiniana ſubtilitate digniſſimam. ¶ Sic autem Papinianus præfatur, Quod vulgò iactatur fideiuſſorem qui debitori heres exiit, ex cauſa fideiuſſionis liberari, roties verum eſt, quoties plenior rei promittendi obligatio inuenitur. & recte: neque enim alia ratio eſt propter quam concurrere principalis & fideiuſſoræ obligationis in vna eademque perſona, tollatur fideiuſſoria, niſi quod principalis plenior ſit, & maior, duplex autem obligatio ciuiliſ cum eodem eſſe non poſſit, vt Africanus ſcribit in leg. heres à debitor. 21. §. ſermo tuo. verſ. nec his contrarium. D. de fideiuſſor. Duplex inquam, obligatio, quarum altera ſit plenior & maior, & inter quas aliqua ſit differentia, nam ſi vtraque ſit eiufdem poteſtatis vt contingit cum correus debendi correo heres exiit, nihil vtræ eandem perſonam duas ſpecies obligationis ſuſtinere, adeoque nec aliter ius conſtitui poſſet, cum dici nequeat vtra obligatio ab altera perimi poſſit, ſi reus promittendi. 11. D. de duob. reis. Plenior enim & maiorem eſſe necelle eſt eam obligationem quæ per cõcurſum perimat alteram, & minorem viciſſim eam quæ perimatur. l. debitori. 50. D. de fideiuſſ. ¶ Sed illud difficile eſt inueſtigare, quonam caſu fieri poſſit vt principalis obligatio non ſit maior & plenior, cum vel ob id ſolū quod principalis eſt, potior & dignior cenſeri debeat quàm fideiuſſoria, quæ non niſi accessoria eſt. l. generaliter. 5. eod. l. ſi duo 93. D. de ſolut. vbi abundat manifeſtè negatio in illis verbis, ſed ſi reus heredem fideiuſſorem ſcripſerit, non confunditur obligatio, quæ malè deest in illis præcedentibus, Item ſi duo rei ſint promittendi & alter alterum heredem ſcripſerit, confunditur obligatio: nam imò verò non confunditur, quia vtraque eſt æquæ principalis, quo caſu altera alteri potius adiicitur ad actionem quàm vt confuſionem pariat, vt ibidem Scæuola ſubiicit, contra autem confunditur fideiuſſoria obligatio quoties fideiuſſori reus heres exiit, & maior principalis obligatio fuit, tametſi cauſa aliqua ſubſit propter quam æquum ſit ſaluam manere fideiuſſoriam, vt in eleganti illa ſpecie l. 3. de ſeparat. quam nos ſuperiore libro explicauimus cap. 18. An igitur exiſtimauit Papinianus fieri vilo caſu poſſe vt fideiuſſoria obligatio ſit plenior? minimè: hoc ipſum enim quod accessoria eſt, facit vt plenior eſſe nunquam poſſit. ideoque nec principalem obligationem vnquam extinguit, quod contingeret ſi aliquando plenior eſſet: ſed tamè fieri poſſet, vt nec ipſa principalis obligatio ſit plenior, eiufque rei exemplum dare Papinianus voluit in d. §. quod vulgò, cum ſubiicit, nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor liberabitur.

¶ Qui tamen verſiculus neque ſenſum vllum habet, neque commodam aliquam interpretationem admittit.

caſum enim quaerimus, in quo rei obligatio nõ ſit plenior fideiuſſoria, & in quo fideiuſſoria per concurrſum principalis non perimatur, quorum neutrum euenit cum ſolus reus obligatus eſt: quare valde laudo quod ex Græcis Iacobus Cuiacius docuit lib. 10. obſer. cap. 34. & traũ. 7. Ad Africanum, ſic potius legendum eſſe, nam ſi reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor non liberabitur. Etenim cum reus naturaliter tantum obligatus eſt, ſicut fideiuſſoris obligatio non poteſt eſſe plenior principali, quoniam accessoria eſt, ita nec principalis poteſt plenior eſſe fideiuſſoria, quia ad agendum eſt inefficax, fideiuſſoria verò efficax, cum non niſi per ſtipulationem contrahatur. l. blandius. 12. C. de fideiuſſ. ¶ Niſi quis fortè vulgaris lectionis tuenda gratia putet probabilius eſſe verba, ſi reus duntaxat fuit obligatus, non ſic intelligi debere, ſi ſolus reus obligatus ſit, ſed ſic potius, ſi rei obligatio nuda ſit, talis quæ ſit in puris terminis obligationis, hoc eſt quæ deſtituta ſit facultate & poteſtate producendæ actionis. Quod ipſum vt ipſa & in effectũ nihil aliud eſt quàm naturaliter tantum eſſe eum obligatum, ſi dictionem illam duntaxat non ad præcedentem reus, ſed ad ſubſequentem obligatus referamus, paulò quidem obſcuriore locutione, ſed conueniore, nec ineleganti. Quam quia non percepit in ſuo interprete, & eum ciuili tractari exiſtimans, quo ſolus reus obligatus eſſet, ſuſtulit fortaiſe negationem quam Papin. nõ prætermiſerat in ſequentibus illis, ſi fideiuſſor non liberabitur, quod fieri non poſſet vt ſolus obligatus reus eſſet, fideiuſſor verò teneretur. Cæterum quicquid ſit de emendatione conuenit mihi hucusque cum Græcis & cum Cuiacio de legis ſententiã. ¶ Sequitur apud Papinianum, E contrario non poſſet dici non tolli fideiuſſoris obligationem ſi debitor propriam & perſonalem habuit deſenſionem. Senſus eſt, multum referre, an principalis obligatio ſit naturalis tantum & inefficax ad agendum: an verò efficax quidem ad agendum, ſed non ad exigendum, hoc eſt eiufmodi quam reus propria & perſonali quadam deſenſione poſſit eludere. Priore enim caſu plenior ſanè non eſt, poſteriore verò non eſt minus plenior putanda eſt, quòd per exceptionem aut qua alia ratione elidi poſſit, & conſequenter fideiuſſoriam perimet. nõ ſecus ac ſi propriam deſenſionem nullam reus haberet. Exemplum verò principalis obligationis aduerſus quam debitor propriam & perſonalem habeat deſenſionem, ponit Papinianus, ſi minor annis viginti quinque mutuum pecuniam acceperit & ex ea cauſa fideiuſſorem dederit, deinde pecuniam illam perdidit. Hunc enim conſtat reſtitui poſſe in integrum ex Edicto de minoribus fauore ætatis, & concurrente læſione. l. patri. 27. §. ſi pecuniam. D. de minor. nec perinde fideiuſſori eius beneficiũ hoc competere, cum ſit perſonale, hoc eſt quod perſonæ minoris datur, licet non minus trãſeat in minoris heredem quàm cæteræ reſtitutiones, l. non ſolum. 6. D. de in integr. reſtit. l. minor. autem. 18. §. vlt. de minor. Nec ad rem pertinet quòd reſtitutio per minorem impetrata proderit etiã fideiuſſori qui ſimpliciter acceptus fuit, & ſine contemplatione iuris Prætorij, vt ſuperiori capite diſputauimus. Id enim ſit per conſequentias poſteaquam minor reſtitutus eſt, non quòd idem ius competat fideiuſſori quòd ipſi minori petendæ reſtitutionis: quam Pauli ſententiã eſſe diximus in l. exceptiones. 7. in ſin. D. de except. Finge igitur minorẽ hũc qui potuit in integrum reſtitui deceſſiſſe ante petita reſtitutionem herede relicto fideiuſſore: an ſaluamanebit fideiuſſoria obligatio, quaſi principalis ideo nõ fuerit plenior quòd reſtitutionis beneficium implo-

rare minor potuerat, non etiam eius fideiuſſor? Id verò Papinianus negat, illa, vt puto, ratione, quòd confuſio fideiuſſoræ obligationis quæ fieri ſolet per concurrſum principalis, fiat ſola iuris ciuiliſ poteſtate, quæ non minorem vim tribuit obligationi minoris, tametſi aduerſus eam reſtitui minor poſſit, quàm ſi à maiore contracta proponeretur. ¶ Reſtitutiones enim non à iure ciuili cauſam habent, ſed à iure honorario, id eſt ab æquitate Prætoria, temperante nimium iuris ciuiliſ rigorem. Itaque quòd ad ius ciuile pertinet tam efficax eſt actio quæ contra minorem etiam læſum competit, quàm quæ contra maiorem: ideoque & perinde vtroque caſu fideiuſſoriam obligationem perimet, tanquam minus plenam & accessoriam. Eò magis quòd tractamus de fideiuſſore accepto ſine contemplatione iuris Prætorij: id eſt, non eo intuitu quòd minor qui fideiuſſorem dabit, poſſet quandoque in integrum reſtitui, ſed eo planè modo quo maioris obligationi accedere potuiſſet, nulla impetrandæ reſtitutionis contemplatione. Cur ergo cauſa iuris honorarij que potuit auxilio minori eſſe retinebit fideiuſſoriam obligationem quæ ſine contemplatione iuris honorarij & Prætorij contracta fuit? Et hoc ſanè eſt quòd Papin. ſentit his verbis, nam ſi minori viginti quinque annis bonæ fidei quis pecuniam credidit, iſque nummos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum reſtitutionis deceſſit herede fideiuſſore, difficile eſt dicere cauſam iuris honorarij que potuit auxilio minori eſſe retinere fideiuſſoris obligationem. Ideò autem bonæ fidei. Papinianus dixit, quoniam ſi dolus malus creditoris arguatur, puta ſi ſciens pecuniam dederit minori perdituro, & in malos vſus, dolus hic lege Lætoria vindicatur, vt Cicero lib. 3. De officiis ſcribit, ac proinde ipſo iure, ita vt nec neceſſaria ſit in integrum reſtitutio quæ proſus neceſſaria eſt, cum nullus dolus interuenit, ſolaque ætas cum læſione iuncta inducit beneficium Prætoris. Vnde ſit vt dolo creditoris interueniente facilior admitti poſſit fideiuſſoriam obligationem ſubſiſtere. licet fideiuſſor minori heres exiit, quaſi plenior, maior, & potentior eſſe nequeat principalis obligatio quæ ipſo iure & legis Lætorie poteſtate inſirmatur. Quamuis non inſerior poſſe hoc etiam caſu locum eſſe reſtitutioni, ſi minor malit implorare beneficium Prætoris quàm legis, l. 2. C. de fideiuſſ. minor. ſed non facit ea res quo minus legis Lætorie poteſtate dolus vindicetur. ¶ In quo reſtitutio minoris differt à cæteris, quæ nec ſi ex cauſa doli impetratur, alio tamen vilo præterquam Prætoris auxilio nituntur, quia dolus contrahentium non impedit quin ex contractu naſcatur iure ciuili actio, ſed præbet tantum materiam reſtitutionis aut exceptionis doli, l. 1. & tot. tit. D. de dolo. & De dol. mal. excep. Idcirco autem fortaiſe inductum eſt vt poteſtas legis Lætorie non tollat remedium reſtitutionis minoris, quoniam minorum reſtitutio ſingulari priuilegio iudicem habet Prætorẽ ipſum, qui eam cognitionem ſibi ipſi reſeruauit, l. 1. D. de minor. cum tamen in cæteris reſtitutionibus non ſe ille interponat, ſed ipſis Edicti verbis iudicium, id eſt alios inferiores iudices daturum ſe polliceatur. Quæ res efficit vt minoribus plerumque ſuccurrat Prætor, non ſolum conceſſa reſtitutione in integrum, ſed etiam denegata creditoris actione, vt in d. l. ſi minor. 27. §. 1. de minor. in quo Prætor legis exemplũ & poteſtatem non ſolum imitatur, ſed etiam exequitur: Legis enim proprium eſt actionem vel concedere vel denegare. ¶ Potuit etiam eorum verborum, bona ſi dei, adiectio eſſe neceſſaria, quoniam dolo creditoris

interueniente non eſſet locus illi diſtinctioni quam Papin. adhibet, an contemplatione iuris Prætorij interueniſſet fideiuſſor, an non, ſed indiſtinctè inuadus eſſet fideiuſſor ſiue reſtitutione in integrum, ſiue doli mali exceptione, dict. leg. 2. Cod. de fideiuſſ. minor. d. l. exceptiones. 7. de except. leg. ſi teſtamento. 49. D. de fideiuſſ. ob idque minus dubitari poſſet quin principalis obligatio vtroque caſu plenior eſſet, ac conſequenter fideiuſſoriam perimeret: cum doli exceptio licet ex perſona debitoris, inuito tamen debitore fideiuſſori competat, leg. ſi ſtipularis. 15. leg. ex perſona. 32. de fideiuſſ. leg. vlt. de paci. l. omnes. 19. D. de except. Itaque non poteſt dici debitoris propria & perſonalis deſenſio, de qua tamen Papinianus tractat. ¶ Sed illud omnino inexplicabile eſt, quòd Papinianus ſubiicit, quæ principalis fuit, & cui fideiuſſor iſ accessit. Nihil enim eſt in toto cõtextu ad quòd referri poſſunt verba illa niſi ad proximè præcedentia, retinere fideiuſſoris obligationem. At qui dici non poteſt fideiuſſoris obligationem eſſe principalem, & fideiuſſoris obligationi accessiſſe fideiuſſorem. Principalis namque obligatio ea eſt, quæ debitoris eſt pro quo fideiuſſor interuenit. Non enim propria, ſed alienæ obligationi accessit fideiuſſor. Scio Accurſium referre verba hæc, quæ principalis fuit, ad præcedentia illa, cauſam iuris honorarij. Sed ineptè. Nã præter id quòd habent illa ſuum relatiuum, quæ potuit auxilio minori eſſe, quo ſenſu obſecro dici poteſt cauſam iuris honorarij fuiſſe principalem? Aut quomodo conuenient quæ ſequuntur, & cui fideiuſſor iſ accessit. Siquidem principali obligationi fideiuſſor accessiſſe proponebatur, non autem cauſam honorarij: præſertim verò cum Papinianus de eo fideiuſſore tractet, qui accesserat ſine cõtemplatione iuris Prætorij, quòd ipſum nihil aliud eſt, vt ſæpius monuimus, quam cauſa illa honoraria. ¶ Itaque, ni prorfus fallor, locus hic mancuſ eſt ſupplendumque aliquid de obligatione minoris ad quam referri poſſint ea verba, quæ principalis fuit, & cui fideiuſſor iſ accessit. Quantum autem coniectura aſſequi poſſum, ita emendandus eſt Papinianus, vt legamus:

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

Vt duplicis lineæ ſimile principium, & ſimilis finis mendo cauſam præbuerit, ſicut & in l. in hoc iudicium. 14. §. 1. D. commun. diuid. quam nos pari felicitate emendauimus lib. 2. cap. 2. Nam & ex contrario accidit aliquando vt ex ea cauſa eadem linea repetatur, quòd librario qui minores Pandectas Gothofredi excudit, vſuuenille cernimus in l. duos. 6. §. vlt. de duob. reis, qui tamen error non ita facile contigit. ¶ Adiciit verò Papinianus, ſine contemplatione iuris Prætorij, vt intelligamus aliud fuiſſe reſponſurum ſi fideiuſſor accessiſſet principali obligationi contemplatione iuris Prætorij, hoc eſt ea mente, vt in illum potiſſimum caſum teneretur, quo minor eſſet in integrum reſtitutus. An quòd illo caſu fideiuſſore hereditatem minoris adente fideiuſſoria obligatio non perimeretur? At qui hac parte nihil intereſt vtrum fideiuſſor contemplatione iuris Prætorij accessiſſet, necne, cum vtroque caſu æquæ plenior ſit principalis obligatio. Hactenus igitur intererit, quòd ſi contemplatione iuris Prætorij accessiſſet, non poſſet verum eſſe quòd Papinianus concludit, auxilium igitur reſtitutionis fideiuſſori qui adoleſcenti heres exiit intra conſtitutum tempus ſaluum erit. Quamquam enim hoc etiam caſu fideiuſſoria obligatio per confuſionem

perimeretur, quasi minor & accessoria, ob idque stricto iure competeret fideiussori restitutio in integrum tanquam heredi minoris, iniquum tamē esset in damno morari creditorem qui ob hoc ipsum fideiussorem accepisset ut sibi consuleret aduersus periculum & incertum ætatis & restitutionis, cum hoc casu restitutio per minorem impetrata non prosit eius fideiussori, ut superiori capite docuimus ex *leg. in causa. 13. D. de minor. l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor.* Ideoque in factum vel doli mali exceptio aut replicatio creditori danda esset. Ne alioqui stricta subtilisque iuris ratio damno afficiat eum qui sibi diligenter prospexerat, ut eleganter idem Papinianus scribit licet in dissimili specie in *l. 3. de separar.* Nam & si ex contrario reus fideiussori heres extiterit, æquē fatendum est fideiussoriam obligationem perimi, eadem ratione quod minus plena sit & accessoria. Et tamen si reus tanquam reus contuentus ea exceptione utatur, quæ sibi quidem tanquam reo competat, sed quæ ipsi fideiussori si uiueret non competeret (quod sanè summo iure facere reus posset, *leg. si duo. 93. de solut. in factum vel doli mali replicatio creditori prodesse debet. l. cum reus. 14. D. de fideiuss. vbi addendam esse negationem, legendumque, exceptione fideiussori non competente, constat manifestè ex d. l. si duo, & ex iis quæ pluribus in hanc rem scriptimus lib. 1. cap. 5. Exemplum verò accommodatum tradit Scaeuola in d. l. si duo, si fortè aut reo aut fideiussori factum sit pactum de non petendo temporarium & personale, hoc actio ut alteri non prodesset: quo casu certum est non prodesse alij quam ei cum quo factum est, nisi hoc actum. 22. D. de pact. l. 2. l. si quis reum. 5. D. de liberat. legat. Quod exemplum non malè etiam quis accommodauerit ad id quod Papin. ait in *dict. §. quod vulgo*: cum fideiussor debitori heres extitit non eò minus extinguere fideiussoriam obligationem quod debitor propriam & personalem habuerit defensionem. Propria enim & personalis defensio est debitoris, si tutus sit exceptione pacti personalis de non petendo, non fecus ac si ex causa minoris ætatis in integrum restitui posset. Idem ergo ius utroque casu statuatur, ut fideiussoria obligatio per concursum principalis tanquam plenioris & maioris confundatur & perimatur.*

CAPVT V.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus. 25. de fideiuss.

SVM M A R I A.

- 1 An in d. l. Marcellus, idè fideiussori restitutionis auxilium denegetur, quod vtilem mandati actionem aduersus pupillum, prodigum vel furiosum non habeat?
- 2 Quomodo accipiendæ sint verba illa in d. l. Marcellus, magis esse ut fideiussori non subueniatur?
- 3 Confirmatur Marcelli ratio, & negatio è dict. l. à nonnullis sublata retinetur in dicto vers. magis esse, & c.
- 4 Revertitur aliorum emendatio in d. l. pro quoniam subuenientium quanquam.
- 5 Verba illa quoniam his, ad fideiussores, non ad pupillum, prodigum, vel furiosum referenda esse.
- 6 Quid sibi Marcellus in d. l. velit, quum de pupillo sine tutoris auctoritate obligato loquitur?
- 7 Quando pupillus sine tutoris auctoritate naturaliter, quando uero civiliter obligetur?
- 8 An sit esse obligari naturaliter, aliud obligari iure naturali.

Et t etiam superioribus consequens, ut dicamus de sententia, & emendatione *l. Marcellus. 25. D. de fideiuss.* quæ ingenium meum & sapientius torfit, & diutius, Vulgata lectio sic habet, *Marcellus scribit si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigum vel furioso fideiussorit, magis esse ut ei non subueniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Hanc verò legis sententiam esse nonnulli putant, ut ei qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, vel furioso aut prodigo fideiussit, non subueniatur per in integrum restitutionem, quoniam ipsi mandati actio non competit. Quod si ita esset, non malè quis eadem ratione inferret, minoris restitutionem nullo casu prodesse debere fideiussori tametsi simpliciter & sine contemplatione iuris Prætorij intercesserit, cui nimirum non competat cum effectu mandati actio aduersus minorem, quandoquidem non solum contra creditorem, sed etiam contra suum fideiussorem restitui minor potest, *l. in causa. 13. D. de minor. l. 1. Cod. de fideiuss. minor.* At nos superioribus capitibus probauimus, toties restitutionem minoris prodesse fideiussori, quoties principali obligationi accessit simpliciter, & sine iuris Prætorij contemplatione. Non igitur ratio illa sufficit ad denegandum fideiussori auxilium restitutionis ex persona debitoris principalis, quod vtilem ille mandati actionem habiturus non sit. Sanè non potest ipsi fideiussori vlllo casu competere restitutio ex propria persona, nisi proponas eum ipsum minorem, aut aliam subesse causam restitutionis ex qua si debitor principalis esset, restitui quoque posset puta, si dolo aut metu adductus esset ad fideiubendum. Ergo quod ex Marcello Vlpianus ait, *magis esse ut fideiussori non subueniatur*, non sic accipi debet ut ei restitutionis auxilium denegetur, nec ita rursus, ut ad doli exceptionem pertineat, hoc est, ut per doli exceptionem non succurratur fideiussori, cui plerunque ea exceptio prodesse solet, maxime cum à fideiussore petitur quod à reo peti non posset, *l. si stipulatus. 15. leg. si testamento. 49. D. eodem titul. de fideiuss.* Sed si omnino ut fideiussoria obligatio non impediatur quæ impediri solet aut tolli cum fideiussor datus est pro venditione cui lex occurrit, *l. cum lex. 46. eodem titul.* aut pro eo qui non obligatur vtiliter, *l. fideiussor. 16. in princip. eodem.* Cur autem non liberetur is, qui pro pupillo aut furioso vel prodigo fideiussit, ratio illa redditur, quod nec mandati actionem aduersus has personas habere possit, quippe quæ nec ex mandato, nec qua alia conuentione obligari possint. Quæ tamen ratio plerisque inepta videtur, cum vel idè tantò æquius sit subueniri fideiussori, quod mandati actionem nullam habiturus sit. Alioqui eueniet ut in damno moretur, quod illi absurdum & iniquum putant. Ob idque sublata negatione sic legunt, *magis esse ut ei subueniatur*, existimantes ita fieri ut non solum iuri & æquitati, sed etiam dicto congruat ratio quæ sequitur, *quoniam his mandati actio non competit.* In quo tamen cæcutiunt & labuntur apertissimè. Verum enim est quod ait vulgata lectio, magis esse ut non subueniatur ei qui pro pupillo, vel furioso, aut prodigo fideiussit. Nec vlla in eo subest iniquitas: cum imputare sibi debeat fideiussor qui pro talibus personis non adhibito tutore aut curatore vltro intercesserit: scire enim potuit aut ignorare non debuit, nec pupillum, nec furiosum, aut prodigum ex mandato obligari, argum. *l. si Titius. 48. D. de fideiuss. & leg. si fideiussor. 7. si necessaria. D. qui satisd. cogant.* Propter quam causam Caius scribit in *leg. si pupillus. 35. D. de recept. qui arbitri, si pupillus sine tutoris auctori-*

toritate compromiserit & fideiussorem dederit, cogendum arbitrum sententiam dicere, quia licet futurum sit ut à pupillo pœna peti non possit, ab ipso tamen fideiussore peti poterit. Nam ut fideiussor vtiliter & cum effectu obligetur, sufficit obligationem principalem subesse, tametsi sit illa inefficax ad agendum, puta si naturalistantum fuerit, aut talis quæ per exceptionem pacti personalis aut in integrum restitutionis elidi possit, *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo & §. naturalis de solut. l. stipulatus 6. §. adhiberi. l. græcè 8. §. 1. l. fideiussor. 16. §. fideiussor. de fideiuss.* Alij verò sunt qui receptæ lectionis intentionem retinentes, sed rationem Vlpiani improbant pro quoniam reponunt *quanquam*. Quasi dubitandi causa illa sit, propter quam fideiussori subueniendum videbatur, quod mandati actionem non habeat. Parum subtiliter. Nam imò verò decidendi ratio illa est, & quidem perelegans. Et enim cum fideiussor accedit obligationi pupilli, aut furiosi, aut prodigi, qui ex mandato obligari non possunt, non tantum æquū esset, sed etiam necessarium succurri fideiussori, si ob id mandati actionem haberet quod ex causa fideiussionis soluisset. Ne alioqui eueniret ut ex mandato illi obligarentur. Igitur ex contrario si mandati actionem habiturus non sit, tantò minùs ei subueniendum est, cum non totius debiti, sed solius personæ pupilli aut furiosi aut prodigi obligatio iure improbetur: quæ sanè magis propria & germana ratio est. Sic dicimus in fideiussore eius, qui propter ætatem aut ex qua alia causa non potest cum effectu conueniri, ut ei ob hanc ipsam causam non subueniatur, *d. l. in causa 13.* ibi, *non est æquum fideiussori in necem meam subueniri, sed potius deneganda ipsi erit mandati actio. l. quod dicitur. 32. D. de pact. l. sed si paterfamilias 9. §. non solum ad SC. Macedon. d. l. cum lex 46.* vbi est textus elegans & accommodatus *D. de fideiuss.* quamuis nihil prohibeat denegari fideiussori actionem mandati cum effectu aduersus debitorem, & nihilominùs ei subueniri contra creditorem, ut contingit in eo qui pro minore fideiussit sine contemplatione iuris Prætorij, de quo diximus supra *cap. 3.* item in fideiussore mulieris quæ pro alio intercesserat, *leg. si mulier. 16. §. vlt. D. ad S. C. Velleian.* quoniam, ut lex ait, totam obligationem Senatus improbat, *l. si quis reum. 5. de liberat. legat.* Eodem ergo tramite refellendi sunt, qui pro quoniam his malunt legere *quamuis*: est enim de fideiussore in singulari numero lex prius locuta est, quia tamè tractat de fideiussore pupilli, vel furiosi, vel prodigi, potuit non malè subici pluralis locutio, ac si de pluribus fideiussoribus ageretur, hoc est de fideiussore pupilli de fideiussore prodigi, & fideiussore furiosi. Proinde quod ait, *his*, sic intellige *fideiussoribus*, scilicet pupilli, prodigi, & furiosi. Sed illud difficilius est quid sibi Marcellus velit cum loquitur de pupillo sine tutoris auctoritate obligato. An quod aliter fuerit resposurus si fideiussor pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato interueniret? ita plerique putant, existimantes ita demum denegandam fideiussori aduersus pupillum mandati actionem, si pupillus naturaliter tantum obligatus erat, ratione illa quod aliquin per consequentias civiliter & cum effectu obligatus videretur, si à fideiussore conueniri posset, *l. in causa. 13. l. cum mandati. 3. D. de minor.* ob idque subueniendum esset fideiussori, ne contra legem fieret, si conueniretur is quem lex noluit conueniri posse ex contractu sine tutoris auctoritate inito, exemplo eius quod Iulianus scribit in *dict. l. cum lex. 49. de fideiuss.* cum lex venditionibus occurrere voluit, fideiussorem quoque

eo nomine datum liberari, eò magis quod per eius obligationem (sic enim malo legere quam ut vulgò, *eiusmodi actionem*) ad reum peruenitur. Atqui constat pupillum non aliter posse obligari naturaliter tantum quam si sine tutoris auctoritate obligetur: accedente enim auctoritate tutoris obligatur civiliter ex omnibus causis, *l. pupillus. 5. l. obligari. 9. & pas. D. de auctori. tutor.* sine tutoris auctoritate non alio vlllo casu potest obligari civiliter quam si factus sit locupletior, quod constitutione Diui Pij aduersus strictam iuris rationem inductum est, *l. 3. §. pupillus. l. si pupilli. 6. l. 2. N. Efennius. 34. de negot. gest. l. rerum. 9. cum seq. D. de instit. l. 1. §. an in pupillum. D. deposit.* Si locupletior factus non sit, obligatur naturaliter, ideoque & fideiussorem dare potest, *d. l. si pupillus. 35. de recept. qui arbitri. l. cum illud. 25. §. heres meus. D. quando dies legat. ced. l. si pupillus. 21. D. ad leg. falcid. l. si pupillus. 127. D. de verb. obligat. l. in numerationibus. 44. l. Stichum. 95. §. aditio & §. naturalis de solut. l. 1. in fin. D. de nouat.* quamuis natura non obligetur, *leg. quod pupillus. 42. D. de conact. m. deb. id est ne iure quidem naturali aut gentium, l. pupillus. 59. D. de obligat. & act. m. l. cum amplius. 84. §. is natura debet de reg. iur. & Nam ut hoc obiter moneamus quod nemo vnquam dixit, & sine quo tamen non possis tot iuris nostri locos qui de pupilli obligatione tractant, conciliare, aliud est obligari naturaliter, aliud obligari iure naturali aut gentium, sicut & aliud est dicere coniunctionem maris & feminae naturalē esse, aliud iuris naturalis, naturalis, a. e. t. quælibet maris & feminae coniunctio, sed non iuris naturalis, nisi ea quæ sit cū ratione quæ nos matrimonium appellamus, *l. 1. §. ius naturale, de iusti. & iur.* sic & qui edit, aut bibit, aut dormit, hoc ipsum facit naturaliter, nec tamen facit iure naturali, quia ius naturale esse non potest in ea re quæ factum magis quam ius demonstrat: naturaliter enim quid fieri cum dicimus, factum solum demonstramus, non ius naturale, ut cum dicimus naturaliter aperiri tabulas testamenti, *l. 3. §. aperire. D. ad SC. Sillan.* usufructuarium conductorem, aliaque similes personas quæ nec sibi nec vlllo iure possident, sed tantum tenent, possidere naturaliter, *l. naturaliter. 12. leg. possessio. 49. D. de acquir. possess. l. 2. §. quod vulgo. D. pro hered. iunc. l. officium. 9. de rei vindic. l. Celsus. 5. §. Iulian. D. ad exhibendum.* Simile est quod Vlp. scribit in *l. in causa. 16. §. idem Pomponius de minor.* licere contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere, id est in re ipsa & facto ipso, non autem personali circumscriptione: quomodo etiam accipi debet, *l. item si. 22. §. vltim. D. locat.* Quis enim dixerit iure naturali id permillum, aut ut quoddam interpretari video, iure gentium? An non ita fieret ut ex iure in iuria nasceretur? Sic igitur & naturalē obligationem cum dicimus factum magis & numerationis aut promissionis quæ intercedit veritatem demonstramus, quam ius vllum obligationis, *leg. nec seruus. 41. l. non solum. 49. §. vlt. D. de pecul. eamque æstimamus ex solo æquitatis vinculo, quod generaliter æquum sit præstari quod promissum, & reddi quod ab alio mutuum acceptum est, d. l. Stichum. 95. §. naturalis de solut. l. 1. de pact. l. 1. de const. pec.* quæ tamen æquitas non potest tanti esse momētū, ut in persona pupilli inducat obligationem iuris naturalis quæ in cæteris personis induceret, quia ut pupillus sibi propter ætatis lubricū cōsulere non possit, sit vitio ipsius naturæ, quæ idè æquū est tueri tam diu pupillum, ne proinde iure ipso naturali obligetur. Verum nec ipsa natura facere potest, ut quod pupill^o re vera promissum, non promiserit, quod mutuum accepit non acceperit. Ergo nec facere potest quin ex promissione & mutui natura*

meratione naturaliter obligetur. Sed de tota illa questione quæ ad pupilli obligationem pertinet, cum & amplissimum tractatum habeat & perobscurum, dicemus alio loco copiosius: nunc ad Marcellum redeamus.

CAPVT VI.

Vera interpretatio & emendatio d.l. Marcellus.

SUMMARI A.

1. Pupillum in d.l. Marcellus, sine tutoris auctoritate obligatum naturaliter tantum obligatum fuisse.
2. An pupillus cum tutoris auctoritate obligatus, si sine tutoris auctoritate fideiussorem dederit, fideiussori ex mandato teneatur?
3. De pupillo qui rem tutore autore promissam, sine eius auctoritate soluit.
4. Furiosum aut prodigum ne quidem naturaliter obligari.
5. Aliud esse furiosum vel prodigum, aliquid facere curatore autore, aliud vero curatorem ipsum quid facere nomine prodigi vel furiosi.
6. Fideiussorem ab ipso procuratore furiosi vel prodigi dari oportere ut is fideiussor aduersus eos habeat mandati actionem.
7. Pupillum qui cum tutoris auctoritate fideiussorem dedit, a fideiussore utiliter conueniri posse.
8. Cur pupillus tutoris auctoritate hereditatem adire possit, furiosus vero nequidem curatoris consensu possit, sed curator furiosi nomine adire cogatur?
9. Vocem obligato in d.l. Marcellus irreptitiuam esse.
10. Quis sit dicta legis sublata ea dictione sensus?
11. Vera ratio cur in d.l. fideiussori non subueniatur?
12. Cur non mandati actione teneamur fideiussori pupillus, furiosus & prodigus, qui creditori ciuili tenebantur?
13. An hæc persona in d.l. Marcellus, negotiorum gestorum actione teneatur?
14. Quodnam remedium fideiussori super sit, qui pro dictis personis ciuili tenebatur obligatus intercessit?

Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato fideiussor, obligatur. Pupillum igitur prius obligatum esse necesse est ut principalis aliqua obligatio sit cui fideiussoria possit accedere. At ciuili obligatus dici non potest: naturaliter igitur obligatum fuisse ponendum est, has enim tres duntaxat obligationum differentias agnoscimus, naturalis tantum ciuili tantum & eius quæ & naturalis sit & ciuili, cui consequens est: ut si cum tutoris auctoritate, & ciuili obligatus pupillus fuerit, aliud Marcellus existimauerit, in eo scilicet non ut fideiussori illo casu subueniatur, sed ut mandati actio fideiussori aduersus pupillum detur. Alioqui dici non potest cur ea verba adiecerit, sine tutoris auctoritate obligato, quæ tamen non possunt esse superflua. An videamus ne hoc falsum sit, mandati actio fideiussori deneganda sit, quamuis pupillus ciuili, hoc est cum tutoris auctoritate fuerit obligatus. Illud enim apertissimum est, tractare Marcellum de pupillo qui fideiussorem dederit, & fideiussori mandauerit sine tutoris auctoritate, cum si auctoritas tutoris interueniret, dubitari non posset quin pupillus ex mandato sicut & ex qualibet alia causa teneretur. Atqui quod pertinet ad mandati obligationem, hoc est, ut pupillus fideiussori obstringatur ex causa mandati, vel non, nihil plane interest, an alteri naturaliter tantum obligatus esset, an etiam ciuili: nam et si ciuili obligatus esset, non idcirco tamen mandando

fideiussori se obligat, si sine tutoris auctoritate mandauerit: ipsa siquidem persona pupilli impedit obligationis natiuitate, tamen si iustissima subsit causa mandandi, quemadmodum dicimus, si pupillus sine tutoris auctoritate soluerit quod cum tutoris auctoritate promiserat, & ciuili debuerat, locum esse repetitioni, non secus ac si nec naturaliter debitum fuisset quod solum est, propterea quod ipsa persona inducat conditionem, *interdum* 29. *D. de condit. indeb.* neque enim pupillo magis permittum est ut soluat, quam ut contrahendo se obliget, cum solutione alienari nummos necesse sit, ille autem nullius rei suæ alienandæ potestatem habeat, *obligari* 9. *§. pupillus de auct. & consil. tutor.* magis puto. *§. si pupillus de reb. cor. qui sub tutel.* l. 3. *§. 1. ad Maced. l. quod si forte. 14. §. ult. de solut.* Et quod Neratius scripsit in *l. quod pupillus. 41. de cond. indeb.* pupillum qui soluerit quod sine tutoris auctoritate stipulati promiserat, posse repetere, quia nec natura debet, ad eum casum restringi debet, quo solutio facta sit cum tutoris auctoritate, alioqui mala aut saltem minus propria erit ratio illa, quia nec natura debet, cum etiam si naturali iure adeoque ciuili obligatus pupillus fuisset, soluta tamen sine tutoris auctoritate pecunia condici posset, *d. l. interdum*, quamuis ex contrario tutoris auctoritas qui in solutione per pupillum facta interuenit, non reddat debitum quod fuit indebitum, & consequenter non impediatur condictionem, quippe quæ etiam maioribus competat indebitum quandoque soluentibus. Sic igitur & cum de fideiussore per pupillum dato disputamus, & querimus an ei pupillus obligetur mandati actione, non illud inspicere debemus, an sine tutoris auctoritate, & quod idem est naturaliter duntaxat pupillus antea obligatus esset illi qui fideiussorem accepit, an tutore auctore, sed an sine tutore fideiussorem dederit, an cum tutoris auctoritate. Sanè obligatum fuisse pupillum necesse est aut naturaliter aut ciuili, cum fideiussorem alicui obligationi accedere oporteat ut obligetur, *d. l. fideiussor. 16. in princ. & §. fideiussor de fideiussoribus.* Idque manifestius est in fideiussoribus furiosi & prodigi, de quibus etiam Marcellus tractat: constat enim differre in eo pupillum à furioso & prodigo, quod cum ille naturaliter obligari possit, nimirum si sine tutoris auctoritate respondeat stipulati, aut mutuam pecuniam accipiat, hi tamen nullo prorsus casu obligantur naturaliter tantum, sed vel nullo modo si ipsi spondeant aut mutuam accipiant, vel ciuili si eorum curatores promiserint aut mutuam pecuniam acceperint, vel si ex re actio veniat, *leg. furiosus. 46. de obligat. & action. iunct. l. heres. 25. §. non tantum famul. exercit.* Nam cum naturalis obligatio quantumuis ex solo facto æstimateur, non inducatur ex sola promissione aut numeratione, nisi ex parte promittentis, aut accipientis concurrat animus se obligandi, *l. iuris gentium. 7. §. quod se re de pact. l. non omnis. 11. D. de reb. credit. l. 1. §. cum qui. D. de constit. pecun.* furiosus autem nullam prorsus mentem, nullumque animum habere intelligatur: prodigus vero nullam voluntatem, propter legis & Prætoris prohibitionem, consequens est ut naturaliter tantum obligari isti non possint, adeoque, quod magis mirum videri debeat, nec si cum curatoris auctoritate stipulanti quid promiserint aut mutuam acceperint, quoniam ad obligandos eos necesse est curatorem ipsum promittere eorum nomine, aut numerationem mutui accipere. Aliud enim est furiosum vel prodigum aliquid facere curatore autore, aliud vero curatorem ipsum facere nomine prodigi vel furiosi: sicut & aliud est vendere, aliud vendenti consentire *l. aliud est. 16. de reg. iur.*

regul. iur. Vnde illud est quod dicimus tutorem non posse hereditatem adire pro pupillo, sed pupillum ipsum adire debere tutore auctore *l. pupillus. 9. de acquir. hered.* Nisi pupillus dari non possit, quo casu tutori eius id permittum est *l. si infanti. 18. C. de iur. delib.* similiter minor curator habens solius curatoris factio obligari non potest, sed si accedat curatoris auctoritas promittendo ipse aut mutuam accipiendo utiliter se obligat *l. si curatorem habens. 3. C. de integ. resti. minor.* (quamquam verius est, quod nostri vulgo negant, obligari eum etiam sine suo curatore, nisi cum alienat *l. puberes. 10. l. ubi eleganter Cuiacius D. de verb. oblig.*) Ex contrario nec furiosus nec prodigus alienari aut alienare possunt curatore auctore, sed curatorem ipsum contrahere oportet ut eos eorumque bona obliget, & ut per alienationem, si modò utiliter & ex iusta causa facta sit, transferatur dominiū *l. consilio. 7. l. Iulianus. 10. cum seq. ult. & pass. D. de curat. furios.* Propter quam causam, ut arbitror, cum queritur an fideiussor furiosi vel prodigi habeat contra eum mandati actionem, non distinguimus, an hæc persona fideiussorem dederit sine curatoris auctoritate an curatore auctore, quia non magis hoc quam illo casu obligatur. Quid ergo? fideiussorem ab ipso curatore dari oportet. Sic & cum querimus an furiosus vel prodigus solum condicere possint, non distinguimus an soluerint curatore auctore, an sine curatoris auctoritate: utroque enim casu perinde conditio competit, sed an ipsi soluerint an curator eorum nomine, quia soli curatori permittum est ut soluat & nummos alienet. Cum tamen si de pupillo tractetur necessaria sit illa distinctio an tutoris auctoritas interuenierit necne, cum pupillus ipse fideiussorem dedit aut soluit. Id enim significant verba illa, sine tutoris auctoritate in *dict. l. interdum. 29. de cond. indeb.* & in *d. l. Marcellus*, si obserues iisdem locis tractari etiam de furioso & prodigo, nec tamen adiectum similiter, sine curatoris auctoritate, ut appareat differre hac parte pupillum à furioso & prodigo, & esse favorabiliorem, quia licet huius ætatis puer neque scire neque discernere quicquam possit non magis quam furiosus, quandoquidem & ea quæ videt hæc ætas ignorat *l. 1. Cod. de fals. monet.* hoc tamen favorabiliter ei præstatur, hoc est favorabiliter quam furioso aut prodigo, ut omnia facere ipse possit tutore auctore, atque adeo, quod omnium difficillimum est, hereditatem adire licet adeuntem necesse sit & adeundi animum habere, & causam acquirendæ hereditatis intelligere. Quæ iudicio meo sententia est *dict. leg. pupillus. 9. de acquirend. heredit.* Iuncta *l. furiosus. 63. & leg. per curatorem. 90. eod. leg. cum in una. 17. §. 1. D. de appell.* Nam iure veteri nec furiosus hereditatem sibi acquirere poterat etiam curatore auctore, nec curator ipse eius nomine. Iustinianus vero et si furioso maxime prospicere voluit aduersus iuris subtilitatem, nullo modo tamen ei permisit hereditatem agnoscere, id est, ut interpretor, ne quidem accedente curatoris auctoritate & consensu, sed ipsi curatori licentiam dedit, ac necessitatem imposuit ut nomine furiosi adeat, *l. ult. C. de curat. furios.* Cur autem hac parte favorabilior sit pupillus quam furiosus aut prodigus ratio illa est, quod sola ætatis imbecillitas eaque naturalis ei noceat, certumque sit naturam ipsam cum ætate consilium & iudicium allaturâ: quod in cæteris secus est quibus nulla sanioris iudicii certa spes ex natura aut moribus, priusquam ad sanos mores redierint. Proinde pupilli imbecillitatem tutoris consilio suppleri nihil prohibet ad obligandum eum

ciuili, naturalem verò obligationem etiam sine tutoris auctoritate contrahi, quod negari non possit, quin animus habeat pupillus se obligandi, qui & interdum capax est doli & iniuriæ faciendæ, *l. pupillum. 11. de regul. iur.* ideoque ita constitui humanissimum fuit. Maneat igitur certissimum, nec furiosum, nec prodigum naturaliter tantum obligari posse, siue stipulati spondeant, siue mutuam accipiat, siue auctore curatore, siue etiam sine curatoris auctoritate: ob idque nec fideiussorem pro eis accipi posse, qui utique acciperetur utiliter si vel naturalis aliqua obligatio subesset: quod & disertè scriptum est in *l. cum bonis. 6. De verb. oblig.* Quoties ergo legimus datum pro furioso aut prodigo fideiussorem utiliter, de furioso aut prodigo ciuili obligatis intelligere debemus, id est, vel ex re ipsa vel ex facto curatoris. At qui eo casu negat Marcellus fideiussori subueniendum esse. Negat etiam fideiussori aduersus eos mandati actionem competere. Idem igitur necessario admittendum est & si quis pro pupillo ciuili & cum tutoris auctoritate obligato fideiussor. Cur enim melior sit conditio furiosi aut prodigi quam pupilli cum omnes ciuili obligati sunt? Hinc autem infero, Marcellum & Vlp. in *d. l. Marcellus* non nisi frustra adiciere potuisse verba illa, sine tutoris auctoritate obligato, & tutoris auctoritatem quam illi requirunt, non ad obligationem cui fideiussor accesserit referendam esse, sed ad ipsam fideiussoris dationem. Quomodo & in *d. l. interdum. 29. de cond. indeb.* tutoris auctoritas ad impediendam conditionem non in ipso debito contrahendo requiritur, sed in ipso actu solutionis. Itaque, ut tandem dicam quod sentio, non dubito quin sit irreptitia dictio illa obligato, quæ sola perobscuram & inexplicabilem facit tam elegantis loci sententiam. Irreptitia, inquam, ex glossa imperiti alicuius interpretis existimatis deesse illam in his verbis, pro pupillo sine tutoris auctoritate, nec animaduertentis sequi postea fideiussor, quod verbum si fuisset adiectum post auctoritate, effugisset Marcellus interpretis momentum. Ea verò dictione sublata sensus erit apertissimus si pupillus qui Titio erat obligatus siue naturaliter tantum siue etiam ciuili, fideiussor dederit sine tutoris auctoritate, obligari fideiussor, nec ei subueniendum esse, quoniam mandati actionem contra pupillum habiturus non sit arg. à contrario sensu, *d. l. cum lex. 46. D. cod. iur.* quæ tamen cum ait eo magis quod per fideiussoris obligationem ad reum peruenitur, ostendit satis aliam quoque rationem facere ut in illa specie fideiussori subueniatur, eamque magis germanam & propriam, nepe quod cum lex venditioni occurrit ipsa venditio improbetur: consequens enim est ut fideiussor venditionis nomine datus liberetur, quia ius ipsum venditionis totaque eius obligatio improbat, arg. *d. l. si mulier. 16. §. ult. D. ad Velletian.* Sic ex contrario cum pupillus fideiussorem dedit sine tutoris auctoritate, ratio propter quæ fideiussori non subuenitur illa quidem est quam Marcellus tradit, quoniam ei mandati actio non competit, sed alia etiam est magis propria & germana ei prorsus contraria quam usurpauimus in specie *d. l. cum lex*, nimirum quod non totum ius obligationis, & ipsam fideiussionem lex improbet, sed solam obligationem personæ pupilli ex causa mandati sine tutoris auctoritate dati. Itaque vellem potius Marcellum sic scripsisse quomodo Iauol. in *dict. leg. cum lex. eo magis quod his mandati actio non competit*, ut appareret rationem hanc ex abundantia potius adiectam esse quam quod sit propria & germana. Idemque dicendum est, si quis pro furioso aut prodigo fidei-



iusserit, nisi quod hinc non distinguimus, an furiosus vel prodigus fideiuberi mandauerint sine curatoris autoritate, an vero curatore auctore, sed tantum, an illi ipsi mandauerint, an vero curatores eorum nomine, ut hoc posteriori duntaxat casu mandati actionem fideiussor habeat. An igitur cessante ea ratione qua Marcellus mouetur, hoc est illis casibus quibus mandati actione fideiussor habere debeat subueniendum erit fideiussori? Minimè, imò tantò minus, hoc casu quod indemnitati eius satis superque consultum sit: nec verò vlla dubitandi ratio superest ex persona pupilli cū fideiussor ab eo tutore auctore datus est. Sed eo casu quo pupillus, aut furiosus aut prodigus mandati actione teneri non possint, videbatur subueniendum fideiussori, ne in damno remaneret contra bonā fidem quæ in causa mandati præcipue spectanda est. *l. si fideiussor. 29. §. quædam. D. mand.* Cū tamen hæc ipsa etiam ratio faciat ne ei subueniendum sit, quod mandati actionem non habeat, quam si habere hoc casu posset subueniri ipsi oporteret: ne alioqui eueniret ut propter fideiussoris obligationem tenerentur hæ personæ, quæ tamen ex proprio mandato obligari non possunt. † Verum hinc illa dubitatio incurrit, cur non mandati actione teneantur fideiussori pupillus, furiosus & prodigus, qui creditori ciuilititer tenebantur, cū nihil eorum interfit an creditori soluant an fideiussori qui pro iis creditori soluerit. Sed ratio est, quia mandati actio ex persona non ex re nascitur, huiusmodi autem personæ obligari non possunt ex facto suo: facit. *l. si quis eum. 29. D. com. diuid.* † An ergo fideiussori tenebantur actione negotiorum gestorum, quæ dari solet fideiussori qui pro absente & ignorante fideiussor sit & soluit. *l. ex mandato. 20. §. 1. D. mand. l. 3. §. vlt. cum l. i. §. de neg. gest.* Minimè: negotiorum enim gestorū actio ex re ipsa nascitur non ex persona, ob idque & pupillum & furiosum & prodigum, & alios quoslibet quorum negotia vtiliter gesta sint, etiam ignorantes tenent. *d. l. 3. §. pupillus*, aut ut Cuiacius mauult legere, *§. pupilli. §. §. si furiosi eos.* Sed tamen non puto in proposita specie personas istas negotiorum gestorum teneri. Illa enim Marcelli ratio, quoniam his mandati actio non competit, haud dubiè sic accipi debet, ut neque negotiorum gestorū competat. Quid enim effectu ipso referret an hæ personæ mandati, aut negotiorum gestorū actione tenerentur? An nō vtriusque actionis eadem vis est & potestas? Atqui negari nō potest, quin vtiliter negotium gesserit fideiussor qui soluit. Ita sanè est, sed negotiorum gestorū actionem illud impedit, quod mandatum intercessit. Qui enim mandatum suscepit, & fidei liberandæ gratia impleuit, quamuis vtiliter negotia mandantis gesserit, tamē negotiorum gestorū agere non potest, quia non eo animo gessit, ut alium obligaret, sed ut se ipsum potius liberaret. *d. l. ex mandato. §. 1. l. 1. 2. 3. §. 5. §. 1. manda. l. manda. §. 46. §. pass. de neg. gest. dicit. l. heredes. 25. §. non tantum fam. ercis. l. in hoc iudicium. 14. §. 1. d. l. si quis eum. 29. D. commun. diuid.* Proinde deterior est hoc casu cōditio fideiussoris, qui ex pupilli, aut furiosi aut prodigi mandato soluit, quam gestorū, qui sine mandato. Nec ad rem pertinet, quod mandati actio locum hinc non habeat, ac si mandatum nullum interuenisset, sufficit enim interuenisse, ad hoc, ut impediatur negotiorum gestorū actio licet non sit obligatorium. Ut quod ait *l. 5. de neg. gest. nasci negotiorum gestorū actionē, cessante mandati actione sic accipi debeat, cessante mandato.* † Solum igitur superest remedium illud fideiussori qui pro pupillo, furioso & prodigo ciuilititer obligatis intercessit, ut actiones sibi à creditore præ-

stari postulet. Exemplo confideiussoris aduersus confideiussorem agere volentis, *l. ut fideiussor. 39. D. de fideiuss.* Tantò magis enim tenetur creditor ad prestandas actiones fideiussori, quod nullā fideiussor actionē alioqui habere possit, arg. *l. Papinianus. 28. D. mandat.* Quod si pupillus sine tutoris autoritate obligatus fuit & naturaliter duntaxat, eo demum casu verum est nullum fideiussori remedium superesse, cū nec actionem præstare creditor possit, quam non habeat. Itaque sibi imputare debet, non quod pro pupillo fideiussor sit & soluerit, (haberet enim, ut diximus, negotiorum gestorū actionem si aliud nihil obstaret,) sed quod pupilli mandatum sine tutoris auctoritate secutus fuerit. Et hæc sunt quæ ad Marcellum adnotanda putauimus.

CAPVT VII.

Indicatur, & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. vlt. D. de cond. caus. dat.

SUMMARI A.

- 1 An statuliber, qui heredi vel alij centum dare iussus est, pecuniarum nummos dare possit?
- 2 Verba illa, sed is quem testator, & c. à Triboniano addita fuisse.
- 3 An Vlpiani consilium in d. §. vlt. vtile esse possit, cū heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare seruus iussus fuit?
- 4 Alius casus queritur quo Vlpiani consilium vtile esse possit.
- 5 Qua ratione in d. §. vlt. actio in factum dari possit ut testatoris voluntati pareatur?
- 6 Quid Tribonianum impulerit, ut in specie d. §. vltim. actionem in factum dandam esse existimaret?
- 7 Longè aliam esse in specie d. §. vltim. rationem heredis cui dare statuliber debuit, aliam verò extranei.

Receptum est, ut statuliber siue heredi siue alij centum dare iussus sit, pecuniarum nummos dare possit, atque ita ad libertatem peruenire, *l. 3. §. 1. D. de statulib. l. si filia 20. alias l. si vni. §. vlt. D. famil. ercis.* ne alioqui difficultas implendæ conditionis libertatem impediatur aut remouetur. Nam cū seruus proprium nihil habere possit, extra peculium quod patrimoniū eius est, *l. peculium. §. ex eo. 39. l. quoties. 47. §. vlt. D. de pecul. difficillimum est ut aliunde quàm de peculio soluere possit. Ita verò sit ut si alteri quàm heredi seruus dederit, duplici damno heres adficiatur. Amittit enim seruum qui libertatem consequitur, & præterea nummos qui extraneo soluuntur. Ideò remedium loco inductum est, ut prohibeat heres statulibero ne de peculio soluat. Quamuis enim ea prohibitio nec morā, nec præiudicium libertati adferat, cū prohibendi ius heres non habeat, efficit tamen ut salui sint heredi nummi, quasi in eius odium impleta per statuliberum conditione, cū per heredem ipsam stet. quominus impleatur. Idque est quod apertissimè Vlpianus tractat in *l. 3. §. vlt. de condic. caus. dat.* † vbi tamen sequitur *sed is quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest ut testatori pareatur.* Hunc verò versiculum dico esse Triboniani, & non minus ab Vlpiani sententia quàm à iuris ratione alienum. Nā ut & Accursius ipse obseruauit, quid obsecro Vlpiani consilium prodesse heredi potest ad hoc ut nummos saluos faciat, si vltro in eum competere potest actio illi in cuius persona impleri conditio debuit? Aut cur patiamur heredem prohibere seruo ne sol-*

3 soluat, si potest heres ipse cogi ut soluat? † Nam quod nonnulli comminiscuntur, posse consilium hoc esse vtile, si forte heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare seruus iussus fuit, ridiculum est, cū si receptam lectionem sequamur eum casum Vlpianus tractet, quo possit heres in factum actione conueniri. Quod non contingit, cū heredi naturaliter debita pecunia est. Naturalis enim obligatio parit ius retentionis & deductionis, atque ita prodest ad elidendam exceptionem actionem. *l. frater à fratre. 38. §. questum. D. de cond. indeb. l. sed si damnum. 9. §. peculium & pass. D. de pecul.* Ut taceam hoc etiam casu non esse omnino vtile & efficax Vlpiani consilium, cū retenta aut deducta per heredem pecunia naturalis obligatio ipsi pereat, ex qua fortasse aliam pecuniam potuisset ille deducere aut retinere. Ideò enim tollitur naturalis obligatio, cū naturalis creditor retentione aut deductione usus est, quod ea res solutionis loco habeatur. *l. etiā quod natura. 6. D. de compens. l. Stichum. 9. §. aditio de solut.* Atqui solutio ita demum liberat soluentem, si de soluentis, non si de ipsius creditoris pecunia facta sit, *l. si mandauero. 22. §. si mandauerim. D. manda. l. qui sic. 55. l. in perpetuum. 61. §. pass. cod. tit.* † Alius ergo casus querendus est, qui tamen reperiri nunquam poterit, quo consilium Vlpiani vtile esse possit, vel inuito eo in cuius persona impleri conditio debuit. Iam verò, an non à iuris ratione prorsus alienum est, ut ei in cuius persona impleri duntaxat cōditio debuit, hoc est cui seruus pecuniam dare iussus fuit, actio vltro cōcedatur? Illa autem ratio, ut testatoris voluntati pareatur, quàm inepta! Siquidem quod conditionis implendæ causa accipitur, non tam ex iudicio & voluntate testatoris quàm mortis causa capitur. *l. mortis causa. 31. §. sine donatione. D. de mort. caus. donat.* ob idque nec testamenti iure capi dicitur, *l. Manius. 55. de condit. & demonstr.* nec in quartam legatorum imputatur, *l. in ratione. 30. §. tamen si. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. §. vlt. D. ad leg. Falcid.* ut scripsi pluribus lib. 6. c. 4. & 5. nec rursus pertinet ad edictum Prætoris si quis omnia causa testamenti hereditatem ab intestato possideat, *l. si quis sub conditione. 8. D. ill. titul. si quis omis. caus. test.* quamuis eo edicto vnum id agat Prætor, ut testatoris voluntatem tueatur, *l. 1. cod.* † Qua igitur ratione dari poterit actio in factum, ut testatoris voluntati pareatur, ei qui voluntatem testatoris non habeat? Nam si haberet, vti que ex testamento potius agere deberet. Et verò in factum actio quam ei dat Tribonianus, subsidiaria quidem esse solet ciuili actioni, quoties negotium aliquid tale gestum est ex quo nasci actionem necesse sit, quæ tamen certum nomen non habeat, *leg. 1. §. tot. tit. de præscr. verb.* Sed ut sit subsidiaria actioni ex testamento, fieri sanè, meo iudicio, non potest, quia inter testatorem & eum qui ex testamento aliquid accipit, nullum negotium geritur, nec proinde fit *συνάλλαγμα*, ex quo nasci hæc in factum actio solet. *l. iuris gentium. 7. §. 1. D. de fac.* † Quid igitur esse potest, quod Tribonianum fefellerit, ut actionem in factum in proposito dandam esse existimaret? Neque enim ignorauit, quod omnes sciunt, id quod mortis causa capitur non capi ex testamento. Alioqui non in factum, sed ex testamento actionem competere scripsisset. Fefellit eum, ut puto, alius Vlpiani locus. Is est in *dicit. l. 3. §. sed & si iussus. D. de statulib.* ut scribit Vlpianus, si iussus coheredi dare, non patiat vñus ex heredibus dare, æquè liberum quidem fore. Sed eum cui iussus erat dare & liber esse, familiæ ercisundæ iudicio ab eo qui impediit consecuturam, quod

sua intereat prohibitum statuliberum nō esse. Eadem enim ratione & æquitate credidit Tribonianus cessante familiæ ercisundæ iudicio inter eos, qui non sunt coheredes, concedendam esse in factum actionem aduersus eum, qui prohibuit ne statuliber de peculio solueret. † Sed obseruare vir bonus debebat longè aliam esse hæc parte rationem heredis cui dare statuliber debuit, aliam extranei. Nam quod heredi statuliber soluit de peculio, non tam mortis causa quam iure hereditario per heredem capi intelligitur, *dicit. leg. id autem. §. 1. D. ad legem Falcid. leg. quod conditionis. 36. versicul. certè D. de mort. caus. donat.* Nempe qua id ipsum haberet heres tanquam hereditarium, etiam si statuliber non soluisset. Cū autem extraneo soluitur, non potest ille videri habere iure hereditario, imò nec legati aut vlllo alio titulo, quia nec heres est, nec legatarius, *dicit. leg. si quis sub conditione. 8. in fin. D. si quis omis. caus. test.* Consequens igitur est, ut mortis tantum causa capere videatur, *dicit. leg. mortis causa. 31. in princip. de mort. caus. donat.* Hinc verò fit, ut quamuis extraneo cui dari pecunia debuit, nulla competere possit actio aduersus heredem qui dare prohibuit, vtile tamen sit coheredi contra coheredem iudicium familiæ ercisundæ, pro ea nimirum parte, quam de coheredis prohibentis portione hereditaria soluere statuliber debuisset: quoniam perinde sit, ac si quid aliud hereditarium coheres qui prohibuit retineret, quod ad alium coheredem pertinere testator voluisset, cūque per coheredem prohibentem fiat, ut minus ex hereditate consequatur coheres qui soluere statuliber iussus fuit, æquissimum est, ut familiæ ercisundæ iudicio eo nomine teneatur. Ideò autem minus consequitur, quia si quid de peculio statuliber ei soluisset, id illi coheredi communicare non cogere, *dicit. leg. si filia. 20. alias leg. si vnus infra. vltim. cum leg. sequent. D. famil. ercisund.* Illa etiam ratio in coherede afferri posset, quod prohibere vnus ex heredibus nequeat, quin de peculio statuliber soluat, saltē pro parte hereditaria eius cui dare iussus est, cū pro ea parte iure hereditario, ut diximus capere coheres videatur, *dicit. leg. id autem §. 1.* Atqui non prodesset statulibero partem soluere ad consequendam libertatem, cum conditio sit prorsus indiuidua, ideòque in totum implenda, *leg. cui fundus. 56. de condit. & demonstrat.* Ne igitur partis solutio frustra fiat, fortasse quis dixerit receptum esse, ut nec pro sua parte coheres prohibendi ius habeat. Sed non ita est, nam si alij quàm vni ex heredibus dare statuliber iussus esset, non idcirco quod coheres pro parte sua consentiret, impediretur alius coheres ne prohibere posset, locumque hic haberet iuris regula quæ constituit, ut in pari causa melior sit conditio prohibentis, *leg. Sabinus. 28. D. commun. diuid.* Vera igitur ratio in proposita ea est, quam attulimus, quod æquum sit familiæ ercisundæ iudicio teneri coheredem per quem factum sit, ut tantò minus ex hereditate coheres consequatur. Et ideò cū inter eos qui non sunt coheredes ratio hæc non similiter locum habeat, fatendum est nullam extraneo aduersus heredem actionem superesse. Nec rursus coheredi remedium vllum comperere, ut saluos pro sua parte faciat nummos qui seruus hereditarius coheredi dare iussus est. Neque enim ad hunc casum pertinet consilium Vlpiani in *dicit. l. 3. §. vltim. de cond. caus. data.* Sed ad eum quo statuliber extraneo non vni ex heredibus soluere debuerit.

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

SVMMARIA.

- 1 An repetitioni locus sit, si seruus ex datione testamento inuenta libertatem consequi non possit?
- 2 Cuiam eo casu conditio competat, & an condici, an potius vindicari nummi debeant?
- 3 An ei qui pro seruo nummos dedit, conditio competat?
- 4 Distinctio in hac questione à nonnullis adhibita reijciuntur.
- 5 An in d. l. dominus, postquam dominus condixerit à Titio, liceat ei qui rogatu serui soluit, interim à domino condicere?
- 6 Verba illa sed tam benignus, &c. in d. l. à Triboniano addita fuisse.

dicet, sed mulier, quoniam pecunia ad eam pertinet, *l. qui se debere. 7. eodem nimirum ex causa donationis, l. cuius per errorem. 53. de reg. iuris.* Eadem igitur ratione, nec is condicere poterit, qui rogatu serui nummos Titio dedit, quia seruo non tantum consulere voluit, sed etiam donare, cum sciuerit nullo casu fieri posse, vt seruus obligetur aut conditione teneatur: quod in libera persona secus est, in qua idcirco distinguimus vtrum ei donare voluerit, qui pro eo soluit, necne, vt priore casu conditio illi competat pro quo solutum est, *d. l. si donaturus, & d. l. qui se debere*, posteriore verò ei qui soluit, *l. si ego. 9. in princip. de iur. dot.* Proinde cum quis rogatu serui nummos Titio dedit, nec liber fieri seruus potuit quod nullum esset testamentum, conditionem ipsi domino competere necesse est, vt pote ei quaesitam per seruum, cum si seruus acquirenda actionis capax esset illi conditio quaereretur. Illa tamen distinctio etiam necessaria videri possit quam Vlp. ponit in *dict. l. si ego*, an is quis rogatu & nomine serui pecuniam dedit Titio, ea lege dederit vt ita demum eius fieret si seruus liber esse posset, an ita vt statim fieret accipientis. Vt priore casu non sint facti nummi accipientis, ideoque vindicari possint per eum qui soluit: posteriore verò facti sint accipientis, ob idque condicendi, sed non ita est, Vlpianus namque in *dict. l. si ego*, tractat de pecunia in id data vt in dotem conuerteretur, nimirum secutis nuptiis. neque enim dos ante nuptias esse potest: at quod implenda conditionis causa datur, de quo Proculus tractat in *l. dominus*, non potest ea lege dari vt non prius fiat accipientis quam libertatem seruus consecutus fuerit, nec ita rursus vt non aliter fiat accipientis quam si libertas seruo possit competere, cum impleri conditionem omnimodo necesse sit & consequenter pecuniam dominium in accipientem transferri (alioqui non tractato numerorum dominio nec impleta conditio videretur) priusquam quaeratur an seruo libertas possit obtinere. Itaque quoties is qui pecuniam conditionis implenda causa dedit, alienare eam potuit, conditioni semper locus est, vindicationi nunquam. An verò postquam dominus condixerit à Titio permittemus ei qui rogatu serui soluit, vt interim condicat à domino? minimè: nam si conditio non potest competere soluenti aduersus eum ipsum cui soluerit, multò minus competet aduersus dominum serui cui nihil solutum est, licet ei solutio proficiat: iuris enim regula est his solis pecuniam condici quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit, *l. his solis. 49. de cond. indeb.* siquidem qui indebiti condictione tenetur, re obligatus dicitur, *§. is quoque. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* & quasi mutuum acceperit, *l. 3. §. is quoque. D. de obligationib. & actionibus*, alius igitur condicione teneri non potest quam ille ipse cui res ipsa tradita & soluta est: quod cum ita sit, non video qua ratione defendi possit quod apud Proculum sequitur, *sed tam benignus quam vilis est, recta via ipsum qui nummos dedit sum recipere*: nam qui ita loquitur, non dubitat quin duplex conditio hic competat, vna domino aduersus Titium, altera cui soluit aduersus dominum, & quidem ipso iure, sed ita tamen vt ex equitate & circuitus vitandi gratia altera perimatur, & illi qui soluit recta via detur conditio contra Titium. Vnde fit vt passim nostriloco isto abutantur ad probandum vitandos esse circuitus. Quod verum quidem est, quoniam & aliis plerisque casibus euenit vt celeritate coniungendarum inter se actionum, altera occultetur, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. ult. D. de donat. inter virum & uxorem. l. singularia. 15. D. de reb. credit.*

sed tamen non probatur ex *d. l. Dominus*, si iuris rationi plus tribuas quam Triboniano qui proculdubio totum illum versiculum nimia iuris imperitia de suo adiecit. Siue enim serui nomine simpliciter data sit pecunia Titio, siue ea lege ne ad dominum serui villo casu perueniret, necesse est fateri vtroque casu denegandam alterutri conditionem, hoc est vel domino, vel ei qui soluit. Nec se hinc extricare Accursius aut Bartolus possunt, quamuis nullum non moueant lapidem.

CAPVT IX.

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

SVMMARIA.

- 1 An res alicui tradita vt nuptiis secutis dotis efficiatur, donatore ante nuptias mortuo, nuptiis deinde secutis dotis fieri incipiat.
- 2 Indicantur verba à Triboniano addita, eiusque sententia Vlpiano contraria resutatur.
- 3 An in specie d. §. 1. si ego, ad transferendum ab herede dominium sufficiat ipsum facto defuncti consentire, an vero noua dotis constitutione opus sit?
- 4 Iniquus esse vt extraneus inuitus dotem constituat, quam vt mulier indotata maneat.
- 5 An in d. §. 1. nolente aut absente herede dominium rerum quas defunctus sub conditione dederat ipso iure transferri in maritum possit?

Eandem Triboniani manum iurisque imperitiam agnoscere facilius est in *d. l. si ego. 9. §. 1. de iur. dot.* vbi Vlpianus in speciem proponit: Si res alicui tradidero vt nuptiis secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, deinde secutae sint nuptiae. Quærit autem an res istae dotis fieri incipiant: Et verè, inquit, ne non possunt in dominio eius effici cui data sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cum sequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium inuito eo sciendum est. Quæ ratio tam aperta est & vera vt conuelli nullo modo possit: nemo enim dubitat quin moriendo quisque rerum suarum dominium amittat: quam ob causam necesse fuit permitti & induci lege testandi facultatem, vt alio loco monuimus, cum is qui testatur licet eo tempore dominus sit, in id tamen tempus conferat effectum suæ voluntatis, in quo ipse amplius dominus non erit, *l. 1. D. qui testam. fac. poss. l. Stichus seruus. 39. De manum. testam. l. Titio cum morietur. 51. de usuf.* Porro dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem statim à die mortis, adita quandocumque hereditate, *l. heres quandocumque. 54. de acquiren. hered. l. omnia. 193. de reg. iur.* consequens igitur est non posse in scio aut inuito herede res illas acquiri alteri. Succedit enim receptissima & perpetua iuris regula, quæ negat id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri posse. Et tamen non potuit sibi temperare Tribonianus, quin Vlpiani sententiam prorsus euertere sub specie equitatis & benignitatis, addito integro illo versiculo qui sequitur, *sed benignus est fauore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit, aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.* Taceo quod Triboniani stylus parum elegans seipsum prodit satis. Sed vt ad fauorem dotium, eamque benignitatis rationem qua Tribonianus mouetur respondeam, quis obsecro do-

tis fauor esse debeat in præiudicium heredis qui dotem non constituit? Dotis, inquam, quæ nulla unquam fuit, hoc est nec viuo testatore, vt pote non nisi post eius mortem secutis nuptiis, nec eo mortuo, quia neque tunc de alienis bonis neque à mortuo constitui potuit. Quod si dicas potuisse defunctum res heredis perinde ac suas dare tametsi suas esse crediderit, *leg. vnum ex familia. 67. §. si rem tuam de legat. 2.* respondebo pertinere id ad eum casum quo res fuerit heredis non defuncti tempore dispositionis. Nam qui de re sua tanquam sua contrahit, non intelligitur obligare velle heredem in eum casum quo amittat ille dominium eius rei priusquam contractus effectum habeat, quamuis eo tempore quo contractus alioqui effectum habiturus esset in dominio heredis res inueniatur. Est enim casus hic nouus & improuifus de quo actum & cogitatum videri non potest. Neque verò ad transferendum ab herede dominium sufficeret imponi ei necessitatem consentire facto defuncti, vt Tribonianus Græcorum more loquitur, sed noua dotis constitutione opus esset, vt in specie, *l. stipulatio. 63. de iur. dot.* quoniam solus domini consensus post alienationem à non domino factam superueniens non transfert dominium, sed prodest tantum vt si quod iam in illa re, aut ad rem habuit, remissile videatur: quemadmodum dicimus in pignore, *l. si debeat. 4. §. si in venditione. leg. §. consensu. 7. D. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* Et sicut aliud est vendere, aliud vendenti consentire, *l. aliud est. 160. de regul. iur.* ita longè aliud est dotem constituere, aliud dotis constitutioni quam defunctus fecerit consentire præsertim verò cum, vt dixi, voluntas defuncti non fuerit vt vel heredis rem villo modo alienaret, vel suam, nisi in eum casum & illo demum tempore quo nuptiæ sequerentur. Debeuerat igitur Tribonianus, si heredem ex æquitate contra iuris rationem obligare volebat, necessitatem ipsi imponere vt dotem constitueret, non vt constitutioni per defunctum factæ consentiret. Atque apertè iniquum est cogi quem vt dotem inuitus constituat, & multò iniquius quam vt mulier maneat indotata. Quod enim dicimus non debere mulierem manere indotatam, tunc verum est cum ante dotem habuit, ne alioqui non tantum mulier decipiatur, sed etiam maritus qui indotatam ducere noluisse, *d. l. si donaturus. 9. §. 1. de cond. caus. dat. l. ult. §. 1. in fin. D. que in fraud. credit. l. pure. 5. §. pen. D. de dol. except.* At in proposito non potest videri mulier fieri indotata, quæ nec ante nuptias deficiente constituentis voluntate, nec nuptiarum tempore deficiente iure dotem habere potuit. Imputarique marito potest si in iure errauit, cur non soluerit peritiores: Si autem in facto, fortè quod eum qui in tempus nuptiarum dotem dederat, decessisse ante nuptias ignorabat, cur non fuerit diligentior in rei veritate inquirenda, quippe qui scire debuisset, non aliter posse res sibi datas ex causa dotis suas fieri, quam si nuptiarum tempore viueret is, qui dotem dederat. Illud verò an non absurdius est, quod Tribonianus subicit si heres distulerit vel absit, etiam nolente aut absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri? Quæ enim ratio fieri potest, vt quod ex sola æquitate & benignitate contra iuris rationem inducitur ipso iure fieri dicatur? Potuit sanè Iustinianus facere vt æquitatis quam ille sibi pro arbitrio comminisceretur potior causa esset quam iuris stricti, *leg. placuit. 8. C. de ind. aut etiam inter ius & æquitatem positam interpretationem inspicere, vt ait l. 1. C. de legibus.* Sed constituere vt ipso iure fiat quod contra ius fit, proculdubio non potuit. Postremò si verum est etiam

Ita verò emendato contextu tam elegas quam aperta hæc erit legis sententia. Non eò minus solvendum esse mulieri pretium fundi dotalis ab ea venditi quòd matrimonium adhuc duret, aut quòd maritus fundi venditioni consenserit sub ea conditione, si ex ea venditione non læderetur. Hoc ipso enim quòd maritus consensit vxori vt venderet, cõsensisse etiam videtur, vt solutionem illa acciperet. An igitur marito nil proderit, quòd suo consensu eam conditionem adiecerit, si nulla in ea re captio futura esset? utique proderit ideò quòd vxorem obligatam habeat eiùsve heredem, vt meram veramque eius fundi aestimationem præstet dotis nomine in id tempus referendam quo in dotem datus fuerit, d. l. Titia. Sic namque intelligi proculdubio Scævola & suppleri debet. Nec similis species est, quæ proponitur in l. ult. D. de pact. dot. de cuius quoque sententia & emendatione scripsimus cap. ult. lib. 3.

CAPUT XI.

Ad l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in ping. habeant. & ad Nouell. 97. de æqual. dot. §. his consequens, noua pleraque.

SUMMARI A.

- 1 Duplex Interpretum error in dictarum constitutionum explicatione.
- 2 An ex Iustiniani constitutione mulier omnibus mariti creditoribus anterioribus, siue expressam siue tacitam hypothecam habentibus præferatur?
- 3 Respondetur ad l. 2. C. de priuileg. fisco. & l. 2. Cod. in quib. caus. pign.
- 4 Legem vbi adhuc. 29. Cod. de iur. dot. dictæ legi assiduis posteriorem esse.
- 5 Quid noui in fauorem mulierum, d. l. assiduis, introductum sit?
- 6 An qui ad emendam domum vel agrum pecuniam credidit, ius tacite hypothecæ habeat?
- 7 Cur inter eos qui personalem tantum actionem habent plus priuilegij habeat qui ad emendam nauim, quam qui ad comparandam domum vel agrum pecuniam credidit?
- 8 Cur fauorabilior sit qui ad reficiendam, quam qui ad emendam domum, pecuniam credidit?
- 9 Refutatur eorum sententia qui hoc tantum per d. l. assiduis, introductum volunt, vt aduersus posteriores solum creditores mulier ius prælationis habeat.

Duplex nostrorum error est in huius Constitutionis interpretatione. Vnus ille, quòd putant priuilegium à Iustiniano concessum mulieri dotem repetenti, vt omnib. mariti creditorib. præferatur licet anterioribus, nec tantum chirographariis, vt antea, sed etiam pignoratitiis & hypothecariis, aduersus eos duntaxat exerceri posse qui tacitam hypothecam habeat, non contra eos qui expressam: alter de quo infra tractabimus c. 13. quòd priuilegium hoc in mulieris liberos eisdemque heredes transire existimant, in eoque meliorem esse conditionem liberorum quam extraneorum heredum, in quos certum est non transire, l. vnic. Cod. de priuileg. dot. Priorum errorem conuincunt apertissima legis verba. Generaliter enim Iustinianus constituit, vt priora iura mulier habeat contra omnes mariti creditores licet anterioris temporis priuilegio sint vallati: cui etiam conuenit quòd idem Iustinianus scribit, Nouell. 109. de priuileg. dot. heret. mulier. non præst. c. 1. in illis verbis: quia enim dedimus priuilegium mulieribus dotium, vt etiam prioribus creditoribus præponantur, nulla distinctio-

ne adhibita, expressamne an tacitam duntaxat hypothecam creditores anteriores habeant. Et verò ratio qua Iustinianus mouetur in d. l. si assiduis, versic. cum enim, quòd in personalibus actionibus causa dotis præferatur creditoribus omnibus anterioribus, ostendit manifestè nullam ab eo constitutam differentiam inter creditores hypothecarios, quoniam inter chirographarios distinctio & differentia nulla est: id. n. ille sibi vult, què admodum mulier priusquam haberet ex Iustiniani lege priuilegium tacite hypothecæ, habebat priuilegium prælationis aduersus chirographarios quoscumque: ita posteaquã adiectum illi est priuilegium tacite hypothecæ, præferri eam debere hypothecariis quibuscumque creditoribus etiam anterioribus siue expressam siue tacitam hypothecam habentibus. Nec sanè minus offenditur iuris ratio & æquitas cum mulier præferatur iis, qui tacitam duntaxat hypothecam habuerunt, quam si expressam quoque habentibus præferatur: siquidè in tacita hypotheca perinde ac in expressa locum habet iuris regula, qui prior est tempore potior est iure, etiã in præiudiciu creditorum posteriorum expressam habentiu. est. n. hac parte eadè vis taciti quæ expressi præterquam fauore fisco, l. si is qui mihi. 28. D. de iur. fisco. de cuius sententia scripsimus l. 2. Neque ad rē facit, quòd dici solet, in causa pignoris fisco & mulierē pari iussu ambulare ex l. 2. C. de priuileg. fisco. fisco autē concessum esse priuilegium non solum tacite hypothecæ, l. 2. C. in quib. caus. pign. verum etiam, vt anterioribus creditoribus, scilicet tacitam duntaxat hypothecam habentibus, præferatur, arg. l. 1. §. ex illa de fals. Paul. lib. 5. sem. tit. 12. §. 10. non item habentibus expressam, l. si pignus. 8. D. qui potior. in pign. hab. l. 4. C. cod. vt quòd scriptum est in d. l. 2. C. de priuileg. cessare priuilegium fisco in bonis eius qui rationibus fisco cœpit esse obligatus posteaquã ipsius bona iam alteri obligata fuerant, non pertineat ad eam bonorum obligationem, quæ fit per tacitam pignoris conuentionem, sed ad illam quæ per expressam. Neque enim quòd tempore lata est, d. l. 2. poterant obligata esse bona mariti pro dote, nisi expressè. Nā respondeo non inde fieri, vt mulier hodie non sit fauorabilior fisco, cum in eam rem habeat priuilegium, ex Iustiniani constitutione in d. l. assiduis, quòd fisco nulla vnquam lege datum est. Antonini enim temporibus nullum priuilegium habebat mulier, ne quidè tacite hypothecæ, tantum aberat, vt vel fisco præferri deberet, vel cum fisco priuilegio concurrere. At Iustinianus utrumque priuilegium dedit, duplici constitutione: nimirum tacite hypothecæ, l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act. & prælationis, d. l. assiduis. Nō potest igitur ex Antonini lege sumi argumētum ad interpretandam constitutionem Iustiniani, qui haud dubie magis fauere voluit mulieribus quam fisco, cuius & olim deterior causa fuit in quibusdā quam ceterorum creditorum expressam hypothecam habentium, vt in specie l. Moschis. 47. de iur. fisco. iunc. l. distr. actus. 14. l. pign. sectione. 24. C. de pign. quamuis in personalibus actionibus aut si tacita duntaxat hypotheca præcederet, fisco omnibus præferretur, l. quod quis nauis. 34. de reb. aut. ind. poss. alias l. 19. de priuileg. cred. Paul. lib. 5. sem. tit. 12. §. 10. Nec satis cautè faciunt, qui contrariam Iustiniani mentem coniciunt ex l. vbi adhuc. 29. Cod. de iur. dot. in illis verbis: ita eam posse reo vindicare vel à posterioribus creditoribus. nā lex assiduis, de qua tractamus, posterior est, vt ex eo apparet, quòd illius etiam meminit, eo loco, quòd & alias Constitutiones fecim⁹ pro dotibus. Intelligit. n. eas constitutiones, quæ extant in d. l. vbi adhuc. & in d. l. vnic. C. de rei vxor. act. vt rectè omnes explicant, quantum autè posterior est lex assiduis, tanto etiam fauorabilior est mulieribus, quibus nunquam satis consultum esse posse bonus Imper. credidit, plus æquo vxorius.

† Fauor

† Fateor verò in eo elucet, vt non tantum posterioribus creditoribus mulier præferatur, sicut antea, sed etiam prioribus, & quidem quibuscumque, hoc est, siue tacitam siue expressam hypothecam habentibus, illo solo excepto, qui emendæ militiæ causa marito pecuniam mutuam dederit instrumento in eam rem conscripto: hunc enim fauore militiæ & Reipublicæ Iustinianus excepit Nouell. 97. de æqual. dot. cap. 4. §. quia verò. vt facilius inuitarentur homines ad credendum in eam causam, ex qua tamen Nouella fit apertius quòd volumus, id egisse Iustinianum vt mulier anterioribus quibuscumque præferatur: nam in cap. præcedenti §. his consequens, iubet ille vt iis quoque præferatur, qui ad emendam aut reficiendam nauim vel domum crediderint: quorum tamen omnium constat priuilegium illud esse, vt licet tempore posteriores sint, anterioribus nihilominus præferantur, quòd eorum pecunia saluam fecerit, aut præbuerit totius pignoris causam l. interdum. 5. cum l. seq. Dig. qui potior. in pign. hab. nec est quòd quis dicat habere hos omnes priuilegium tacite hypothecæ sicut & prælationis: ideoque debere Iustiniani legem sic intelligi vt iis mulier præferatur illo demum casu quo tacitam duntaxat nō etiam expressam hypothecam habeant. Et si enim qui credidit ad restitutionem & reedificationem insule tacitam hypothecam habeat ex Senatusconsulto cuius meminit Papin. in l. 1. Dig. in quib. caus. pign. tract. contr. & Vlp. in l. si ventri. 24. §. 1. de reb. aut. ind. poss. d. alias leg. 9. de priuileg. cred. imò & dominium si post quatuor menses pecunia cum vsuris medijs temporis non reddatur l. cum duobus. 12. alias l. si fratres. §. idem respondit socius. Dig. pro socio. non perinde tamen tacite hypothecæ priuilegium habet qui credidit ad emendam domum aut ad emendum agrum, id enim specialiter & singulari iure pupillis concessum est l. idemque est. 7. in princip. Dig. qui potior. in pign. hab. leg. 3. in princip. de reb. cor. qui sub intel. leg. per. mult. C. de seru. pign. dat. manum. Itaque consulere sibi debet expressas conuentione pignoris siue specialis siue generalis l. quamuis. 17. C. de pigna. Sed nec generalis hypotheca sufficit vt ei ex cuius pecunia res empta est competat in ea re priuilegium prælationis nisi eadem res ipsi specialiter obligata sit leg. licet. 7. Cod. qui potior. in pign. hab. Quoties igitur legimus, eum, qui ad emendam domum vel nauim credidit habere priuilegium prælationis inter hypothecarios creditores ponendum est præcessisse conuentionem pignoris nec generalem tantum, sed etiam specialem, quamuis qui credidit probet se in hoc ipsum credidisse vt ex ea pecunia res comparetur, & subinde fuisse comparatam† Dixi, inter hypothecarios creditores, quoniam si inter eos agatur qui personalem tantum actionem habent, facilius inducitur priuilegium prælationis, non quidem in eo qui ad emendam domum credidit aut ad emendum agrum (hic enim priuilegium nullum habet, nisi cum expressè conuenit de speciali pignore) sed in eo qui credidit ad emendam nauim: quem sanè constat habere priuilegium post fisco, non secus ad eum qui ad armandam aut reficiendam nauim credidit leg. qui in nauem. 26. leg. quod quis nauis. 34. de reb. aut. ind. poss. d. alias leg. 11. & 19. de priuileg. cred. ideo fortasse quòd ex maritima negotiatione longè plus commodi accedat Reipublicæ quam ex ædificij aut agri emptione: quid enim Reipublicæ interest cuius sit ager vel domus? at maximè interest eius esse nauim, qui navigationis & transmarinæ negotiationis artem calleat, aut per institores eius rei peritos eam

negotiationem exerceat: ob idque nec dubitandum puto quin is qui credidit ad reficiendam nauim priuilegium habere debeat hypothecæ tacite exemplo eius qui credidit ad reficiendam domum. Nam si fauorabilior est causa eius qui credidit ad emendam nauim, quam eius qui ad emendam domum, multo magis illud admittendum est, æquè fauorabilem esse debere eum qui credidit ad reficiendam nauim, ac eum qui ad reficiendam domum.† Cur autem fauorabilior sit is qui credidit ad reficiendam domum, quam qui ad emendam, ratio illa est, quòd, vt dixi, Reipub. nil interfit, an domus Titij sit an Mæuij. Interest verò diruta ædificia restitui, ne deformentur nimis ciuitates l. ad curatorem. 46. de damn. infect.† Hæc cum ita sint, fatendum est Iustinianum qui mulieri dedit priuilegium prælationis aduersus eum qui ad emendam domum vel nauim credidit, præferri eam voluisse non minus iis qui expressam hypothecam habeant, quam iis qui tacitam, cum isti nullam habeant nisi expressam. At fortasse dicat aliquis ea Iustiniani constitutione non tam datum mulieri aduersus huiusmodi personas priuilegium, quam ademptum iis quod aduersus mulierem, ceterosque creditores anteriores ex prioribus legibus competebat. Nec aliud inductum nisi vt si sint muliere posteriores, non præferantur: sed non inde fieri vt nec præferri debeant cum sint anteriores. Sic enim doctissimis plebisque iuris placere video post Accursium ex illis verbis veniat autem & alter creditor posterior. Quasi inter hos saltem creditores qui aliis omnibus præferrentur, & mulierem locus relictus sit priuilegio temporis, satisque mulieri esse debeat quòd cum anterior illa est, nullo ipsi aduersus eam priuilegio vtantur. Verum aliud mihi iudicium est. Nam quòd Iustinianus de posteriore creditore tractat quia ad emendam domum vel nauim crediderit, non idcirco factum est, quia ius aliud constitutum voluerit in anteriore, sed quoniam id agit vt creditores istos qui aduersus ceteras personas habent priuilegium prælationis, ab eo priuilegio (quòd ad mulierem pertinet) excludat. Priuilegium porro nullum est, nisi cum sunt posteriores. Nam cum sunt anteriores vincunt iure communi, quo qui prior est tempore potior est iure. Tolle igitur priuilegium, quòd faciebat vt nihil referret an esset illi anteriores an posteriores tempore, consequens fiet, vt redigatur ad instar ceterorum qui priuilegium non habent. Et proinde sicut ceteris creditoribus etiam tempore anterioribus mulierem præferri Iustinianus voluit: ita his quoque præferetur. Idque apparet euidentius ex eo quòd Iustinianus subiicit de lucris nuptialibus vt in iis nullum prælationis priuilegium habeat mulier aduersus creditores istos si sint illi anteriores. Id enim significant verba illa, sufficit enim quòd à lucris cadant si priora, scilicet priuilegia, antenuptiali donatione inueniantur. Quæ vulgata versio est, & longè rectior quam Haloandri- na sic habens, est tempore prior inuenietur donatio ante nuptias. Nā Græca lectio ait εἰς τὴν ἀπορροήσασθαι τῆς ἀγορᾶς τοῦ δωρεᾶς ἐπιπέσει. Quòd & iā constitutum fuerat in d. l. assiduis. §. ult. Vt ergo melior sit causa dotis quam ante nuptias donationis, fatendum est, mulierem pro dote præferti priuilegiatis istis creditoribus licet anterioribus, postponi autè in donatione propter nuptias. Cum tamè si de creditoribus tempore posterioribus ageremus præferenda esset illa nō minus pro donatione propter nuptias quàm pro dote, seruato scilicet temporis ordine d. §. ult. Nā nec magis aduersus lucra nuptialia quàm aduersus dotē ipsam priuilegium

vllum relictum est iis qui ad emendam aut reficien-
dam domum vel nauim crediderunt præter priuile-
gium temporis. Siquidem priuilegium causæ vtro-
que casu sublaturum est. Alioqui cõstitueret Iustinia-
nus debuerat vt à lucris caderent mulieres, etiam si
talia priuilegia tempore posteriora inueniretur, nõ,
vt ille scribit, si priora inueniantur. Neque sanè ali-
ter posito iure satis prouisum esset mulieri ratione
dotis, quam nullo modo & nulla arte minui posse
Iustinianus voluit. Quid enim facilius quàm vitum
ante nuptias aut ante dotis constitutionem pecu-
niam mutuam accipere in refectioem domus aut
nauis, in scia etiam muliere, vt secutus postea nuptiis,
acceptaque dote, & soluto quancumque matri-
monio dotis iacturam mulier sentiat?

CAPVT XII.

Ad §. quia verò Nouel. 97. de æqual. dot.

SUMMARI A.

1. Eum qui marito iuxta statutam lege formam ad emendam militiam credidit mulieri quæ tempore posterior, anteponendum.
2. An is qui rem suam vendidit sub eo pacto vt pro pretio sibi obligata maneret, & in eo pignore potior esset, mulieri & aliis anterioribus creditoribus præferatur.
3. An qui ad militiam emendam subiecto pacto pignoris & prioritatis credidit, mulieri licet anteriori præferatur?
4. Favorabilius esse debitum ex causa primipili, quàm mutuum ad emendam militiam acceptum.
5. An si quis primipili vsus hodie superesset, mulier ex Iustiniani constitutionibus fisco præferenda esset.
6. Respondetur ad Nouel. 53. de exhib. reis. ubi de priuilegio mulieris agitur.
7. Merito sic interpretatione temperatum mulierum priuilegium, vt us dumtaxat anterioribus creditoribus præferantur, qui non nisi tacitam hypothecam præferunt.
8. Inter chirographarios creditores, & eos qui personalem tantum actionem habent, priuilegiæ non ex tempore, sed ex causa æstimari.
9. Casus quo creditor etiam tempore posterior iure potior est.

EXt superioribus moueor vt putem quod sequitur in §. quia verò, postponendam mulierem illi soli qui credidit ad emendam militiam si omnia concurrant quæ Iustinianus eo loco requirit, sic accipi debere, si mulier sit tempore posterior non etiam si prior. Est enim ea exceptio ad id quod proximè cõstitutum fuerat, vt mulier cæteris creditoribus priuilegiatis tempore anterioribus postponeretur quidem in donatione ante nuptias, præferretur autem in dote, ne qua circumuenienda mulieris ratio superesset prætextu alicuius priuilegij, siue causæ priuilegium illud esset, siue temporis. Vult autem Iustinianus excipiendum eum, qui ad emendam militiam crediderit, id est cæteris præferendum non quidem in aliis bonis debitoris, sed in ipsa militia, quippe quæ & pignori obligari potest. *l. ult. C. de pignor.* sed hoc ita, si ea omnia obseruauerit in contrahendo debito, quæ textus consergit, ne fraudandæ dotis animum habuisse videatur, hoc est si in eam causam specialiter crediderit, si vis anterioris hypothecæ si-

bi specialiter quoque & expressim stipulatus sit, si reuera in eam rem pecunia impensa sit, si negotium ex scripto gestum fuerit, si denique instrumentum habeat testium subscriptiones: quibus omnibus concurrentibus putat Iustinianus non posse suspicionem fraudis subesse, quæ tamen facillè subesse potest, si ita ius esset vt talis creditor licet posterior mulieri anteriori præferretur, argumento eorum quæ idem Iustinianus scribit in eadem Nouel. §. aliud quoque ad fin. Quid enim si maritus improbus in eam rem, dotali pecunia abutatur quam nouo huic creditori clam numerauerit, tum palam ab eo mutuum acceperit, nec tamen fraus probari possit? Neque verò similis est qui rem suam vendidit sub eo pacto vt sibi obligata maneret pro pretio, in eoque pignore potior esset. Nullam enim ille facere potest iniuriam aut mulieri aut aliis creditoribus anterioribus, vt pote qui nullum in eare pignus haberent si non fuisset vendita, quam porro venditor nõ alienasset sciens emptorem pluribus creditoribus obnoxium, non si per huiusmodi conventionem sibi consulere potuisset, sicuti eleganter Paulus disputat in *l. 2. de reb. cor. quæ sub tutel.* aduersus Vlpianum qui contra scripserat in §. *ultim. l. 1. eodem iud.* vt dubitari non oporteat, quin Tribonianus sit protulsi que inepta additio illa ad Paulum, si igitur talis species in priuato venditore incidit imperialis beneficia opus est vt ex rescripto pignus confirmetur. Nullo enim rescripto Principis opus est ad confirmandum pignus quod in ipsa venditione exceptum est, quamuis alioqui pignoris conuentio non valeret argum. *l. et fundo. 19. in d. l. quoties. 15. D. de seruit. l. venditor. 13. D. commun. prad.* Ideo que nec dubito quin huiusmodi venditor in pignore ipsius rei venditæ mulieri quoque perinde ac cæteris creditoribus anterioribus semper præferatur. At cum ei cuius bonam ab aliis creditoribus anterioribus tenebantur, pecunia creditur in causam emendæ militiæ addita conuentione pignoris, & vt in ea re potior sit qui posterior credidit, licet nulla fiat iniuria prioribus creditoribus, si bona fide res geratur, quia nec hypothecam haberent in ea re si debitori quaesita non fuisset, potest tamen, vt dixi, fraus fieri, debitore & nouo creditore colludentibus in necem anteriorum. Quæ res sufficit ad inducendum mulieris priuilegium, aut, vt loquar melius, ad impediendum ne sit aduersus mulierem quod contra cæteros exercere possit. Cæteris enim fraudem allegantibus incumbit onus probandæ fraudis. Mulieri verò satis est probare fraudem committi potuisse quamuis commissa esse non constet. Vel ob hoc ipsum quod fraudis probatio plerunque difficillima est: In eoque nimirum veratur priuilegium mulieris. Sicut & ex contrario cum suspicio est fraudis per mulierem commissæ, putat si mulier habens bona mobilia, constituat dotis augmentum in bonis mobilibus cum maritus ære alieno laboraret, noluit Iustinianus habere eam priuilegium licet fraus ipsa non probetur per anteriores creditores: quia sufficit fraudari eos potuisse talis augmenti prætextu. Ita demum igitur habebit mulier iustitiam hypothecæ & prælationis pro augmento dotis, si aut vtrinque aut saltem ex parte mulieris augmentum fiat in bonis immobilibus, aut in bonis mobilibus quidem, sed eo tempore quo nullos creditores maritus habeat, quod his casibus nulla fraudis suspicio subesse possit, vt ait Iustinianus in *d. §. aliud quoque d. Nouel. 97.* Nec ta-

men ed minis verum est hunc qui ad militiam emendam credidit subiecto pacto pignoris & prioritatis, favorabiliorem esse cæteris creditoribus non in eo solum quod illis præferatur, licet anterioribus, sed etiam ratione mulieris. Cum aduersus illum saluum ei sit priuilegium temporis, hoc est vt si sit prior tempore præferatur mulieri: cæteri enim non magis temporis quæ causæ priuilegium habent, sed mulieri etiã posteriori postponuntur. Minus mouet, quod nõnulli obiiciunt ex *l. 3. C. de primipil. lib. 12. tit. pen.* in debito ob causam primipili contracto fisco potior esse muliere, propterea quod utilitas publica præferenda sit priuatorum contractibus. Primum enim non de fisco Iustit. tractat in *d. §. quia vero.* sed de priuato qui ad emendam militiam credidit. Deinde longè aliud est deberi quid in causa mutui ad emendam militiam accepti, longè aliud deberi ex causa primipili. Est. nõ debitum huiusmodi favorabilissimū, vt ex eo constat, quod ex sola primipili causa liberos etiã si patrib. heredes non existant iuris ratione teneri placuit *l. 2. l. C. eo.* Sed & dici potest legē illā 3. esse Imp. Diocletiani & Maximiani, quorum temporibus nullum priuilegium aut tacitæ hypothecæ aut prælationis habebat mulier neque contra fiscum neque contra cæteros creditores. Iustinianum verò vtrūque illi priuilegium dedisse, nec minis contra fiscum quàm contra cæteros, cum ad fauorem procreationis liberorum respicere se testetur in *d. l. assiduis.* quæ sanè causa publicam utilitatem continet *l. 1. D. sol. mat.* Hodie igitur si quis primipilius superesset diceret præferendam fisco mulierem ex Iustiniani legibus, vel eo magis quod excipiendo eum solum creditorem qui ad emendam militiam mutuos numeros dederit si sit anterior & expresso pacto ius anterioritatis sibi reseruauerit, cæteros omnino omnes quancumque anteriores proculdubio excludit, & mulieri postposuit. Additis etiam iis verbis in *d. §. quia vero, hoc solo casu cedere mulierem, & paulò post, aliis omnibus præualere mulierem secundum quod iam a nobis ei datum est priuilegium.* Quibus verbis significat sanè constitutionem illam quæ extat in *dict. l. assiduis.* cuius etiam meminit in *d. §. aliud quoque.* Hos. nõ & liberis & vxori præferri vult, nimirum & si generalè hypothecam habeant, & vxor nõ de dote repetenda certet, sed de munificentia Principis consequenda. & qua primum induxit vt mulier præferatur creditoribus omnibus nõ posterioribus. in quo priuilegium nullum esset, sed anterioribus. vt proinde ex eorū cõparatione appareat, eius qui ad emendam militiam credidit diuersam à cæteris ratione in eo cõstitui, non quod præferri debeat mulieri anteriori, sed quod si sit ipse anterior tempore non præferatur ei mulier quæ posterior est. Neque ad hanc quæstionem pertinet Iust. Nou. 53. de exhib. reis. §. optimum quoque. ver. propterea igitur, ubi præfert vxori eum qui ad emendam militiam credidit. Nõ. nõ tractat eo loco de dote aut de vxore creditrice, vt malè nostri sentire videntur ad Auth. quod obtinet. *C. de pig.* sed dat priuilegium mulieri etiã dotem nõ habenti vt post defuncti liberos præferatur creditoribus omnibus in cõmodis militiae defuncti licet sint illi hypothecarij, dummodo nõ crediderint ad emendam militiam. Deniq. creditoris huius priuilegium hoc vnū est quod nullo aduersus eum priuilegio gaudet mulier, non quod aduersus mulierem aliquod priuilegium ipse habeat extra communes iuris regulas. Cum verò ita demum præferatur mulieri, si & eam præcedat tempore, & expressam hypothecam habeat, adeoque specialiter expressum ius anterioritatis, vt cum nostris loquar, profus

consequens est id egisse Iustinianum vt cæteris creditoribus qui minis fauorabiles sūt mulier præferatur, etiam anterioribus, & expressam hypothecam, adeoque quod magis est, exceptum & reseruatum ius anterioritatis habentibus. Alioqui dici non poterit in quo cæteris fauorabilior sit, & melioris conditionis is qui ad emendam militiam credidit. Atquin apertè iniquum est, iniquis, mulierem quæ sit tempore posterior præferri illis qui expressa pignoris conuentione sibi prospexerint. Fateor duram legem esse & iniquissimam. Sed ita scripta est, vt Vlp. loquitur in *l. prospexit §. D. qui & a quib. manum.* Nec tamèn inficior prudenter fecisse veteres interpretes, licet nimis audacter, qui cum Iustiniani legē abrogare non possent æquissima interpretatione sic eam temperarunt, vt prælationis priuilegium mulier habeat cõtra eos dumtaxat creditores anteriores qui non nisi tacitam hypothecam præferunt. Quod cum generalis locorum omnium consuetudo & iudiciorum omnium auctoritas admiserit, audacior sanè & temerarius fuerit qui contra sentire, & iudicare velit. Apertissime enim iniquum est priuilegium temporis quod expressa pignoris conuentione quaesierim, mihi adimipi per subsequens debitoris mei matrimonium. Quid enim mea interest an vxorem ille ducat, dotemque ab ea accipiat, & malè consumat necne? Et ridiculus est Iustinianus qui eandem iuris aut æquitatis rationem subesse putat concedendi priuilegij aduersus pignoratitios & chirographarios creditores. Nam inter chirographarios & qui personalem tantum actionem habent priuilegia non ex tempore æstimantur sed ex causa, & idem si eiusdem tituli fuerint concurrunt, licet alij aliis sint temporè priores *l. priuilegia 32. de bon. auct. iudic. possid. alias l. 17. de priuile. creat.* Nimirum quia prioribus nulla in eo fit iniuria, cum imputare sibi debeant cur non de pignore cõuenerint arg. Nouel. 236. de argent. ar. c. 5. §. insuper in fin. At inter hypothecarios ordo temporis regulariter attenditur *l. si fundum. 4. l. scripturas. 11. & pass. C. qui potior in pig. habeant.* quoniam sine priorum fraude & iniuria constitui aliter non possit, aduersus quam tamen nullum vel diligentissimo cuique creditori remedium superesset. Semperque potior est causa hypothecariorum creditorum quam chirographariorum, nisi in casu *l. ult. in fi. C. qui bo. ced. pos.* Nec simile est quod interdum etiam qui posterior est tempore, potior est iure *d. l. interdum 5. D. de qui potior in pign. hab.* Id enim nõ aliis casibus accidit quàm cum posterior pignoris causam anterioribus præbuit aut saluam fecit: quod cum euenit, equi bonique consulere anteriores debent quod posterior crediderit, qui alioquin pignus aut nõ haberent aut amississent re ipsa extincta. Mulier autem quæ post contractum pignus nubet & dotem dat, nec saluam facit pignoris causam creditoribus anterioribus, ob idque nec iis præferri debet, nisi in ipsis reb. in dotem datis, si fortè adhuc extant, quantum ratione æquissima sanè est Iustiniani constitutio in *l. in reb. 30. C. de iur. dot.* si aliam coniungas quæ mulieri tacitam hypothecam pro dote dedit *d. l. vnic. C. de rei vx. act.* Alioqui non possit in hypothecaria ius vllum prælationis habere mulier quæ hypothecam nulam haberet: essetque illi necessaria vindicatio quam & eadem constitutione Iustinianus ei dedit, & quæ nullo temporis priuilegio indiget, vt idem Iustin. ait Nouel. 91. vt ex act. instant. dot. §. his igitur. Cum olim pro dote non nisi personalis actio competeret. *l. dotis actione. 9. C. solut. marr.* Vindicatio autem nullomodo, vt pote translato in matitum dotis dominio, *l. do-*

CAPVT XIII.

Mulieris priuilegium, vt creditoribus etiam anterioribus præferatur, non transire in liberos.

SUMMARI A.

- 1 *Priuilegia qua causa dotis concessa sunt ad mulieris heredes transire, non item ea qua persona mulieris, licet pro dote, tributa sunt.*
- 2 *Persona mulieris, non dotis priuilegium esse, vt creditoribus anterioribus etiam hypothecariis mulier præferatur.*
- 3 *Priuilegium prælationis ita demum actioni ex stipulatu siue rei uxoria tributum fuisse, si ab ipsa muliere, non si ab eius heredibus actio institueretur.*
- 4 *An ex d. l. assiduis probari possit, mulieris liberos etiam anterioribus creditoribus præferendos esse?*
- 5 *Priuilegiatam mulierem non debere contra æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios priuilegio vi.*
- 6 *An si extraneos heredes prior vxor reliquerit, illi heredes ius tacitæ hypothecæ in præiudicium posterioris uxoris habeant, vt illi præferantur?*
- 7 *Vera horum verborum, similem prærogatiuam in d. l. assiduis, sententia.*
- 8 *Iustinianum in d. l. assiduis, mulieribus potius quam dotibus fauere voluisse.*
- 9 *Cur priuilegium marito datum, vt dotis nomine in quantum duntaxat facere potest condemnatur, licet personale sit, ad liberos tamen, qui patri heredes extiterunt, transeat?*
- 10 *Cur priuilegium prælationis mulieribus à Iustiniano concessum ad earum heredes, siue liberos siue extraneos non transmittatur?*
- 11 *Notantur quadam de posterioris mulieris contra præmortua liberos priuilegio.*

Alius † nostrorum error est longè grauior & reprehensibilior, quod existimant priuilegium illud mulieris de quo superiori capite diximus, vt anterioribus creditoribus præferatur cum dotem repetit, transire in liberos si iidem sint heredes matris, licet fateantur non transire in extraneos. In quo aperte vim faciunt iuris rationi, quæ sicuti transmittit in heredes quoscunque priuilegia omnia que nõ tam personæ mulieris, quàm causæ dotis concessa sunt, cuiusmodi illud est vt sit inalienabilis l. dotale. 13. §. heredi. D. de fund. dot. vt tacitam hypothecam habeat, vt iudicium de dote sit bonæ fidei, vt nullas admittat retentiones, & alia de quibus agitur in leg. vnica. Cod. de rei vxor. act. Ita quæ ipsi personæ mulieris licet pro dote tributa sunt in ipsius heredes transire non patitur l. vnica. Cod. de priuil. dot. vbi quod lex ait ad heredem & generale est & de quocunque herede intelligi debet, non ad extraneum coangustari, præsertim cum nec suos heredes mulier habeat l. illud. 4. §. ad testamenta de bonor. possess. contra tabul. & proinde sint ei liberi quoque extranei, nisi extraneos improprie accipias, quod nostri faciunt, non ad differentiam suorum, sed liberorum. † In eorum autem numero quæ ipsi personæ mulieris potius quàm doti conceduntur vel

hoc maximè vnum est vt creditoribus anterioribus præferatur, nõ solum chirographariis quibus & olim præferabatur cum nondum tacitam hypothecam haberet vt Iustin. refert in leg. assiduis. 12. Cod. qui prior. in pignor. habeant. (de quo priuilegio accipi debet quod scriptum est in dict. l. vnica.) sed etiam hypothecariis ex noua Iustiniani constitutione, in qua hoc ipsum apertissime expressum est ijs verbis, *nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur, cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est.* Et paulò post, *non de dote mulieris quam ad suos uictus suisque alimonias mulier possidet.* Item in sequentibus. *quis enim earum non misereatur propter obsequia quæ maritus præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem?* Et apertius eo loco, *& siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habuit, siue progenitos amisit, hoc ei priuilegium indulgemus.* Quæ rationes non tam doti quàm mulieri dotem repetenti fauendum esse probant. † Nec est contrarium quod eiusdem constitutionis verba sic habent, *sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores.* Nam quamuis res uxoria in actionem ex stipulatu transformata sit, ex stipulatu autem actio transmittat ius repetendæ dotis in quocunque heredes dict. leg. vnica. §. 1. & §. maneat. Cod. de rei vxor. act. & consequenter priuilegium tacitæ hypothecæ, quod actioni ex stipulatu inseparabiliter datum est: possunt tamen & debent supradicta verba sic accipi vt priuilegium prælationis ita demum actioni ex stipulatu Iustinianus dedit si ab ipsa muliere non etiam si ab eius heredibus talis actio institueretur. Idque euidenter apparet ex eo quod ille subiicit tale priuilegium hac parte dare mulieri aduersus hypothecarios creditores, quale habebat olim rei uxoria actio contra chirographarios. Atqui quod habebat olim aduersus chirographarios non transmittatur in heredes d. l. vnica. C. de priuil. dot. Ergo neque nouum hoc & Iustinianum priuilegium heredibus mulieris conceditur: quod nõ obscure idè Iustinianus significat his verbis, *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam tunc indulgemus beneficium?* Alioqui si eadè ratio constitueretur vtriusque priuilegij tacitæ hypothecæ & prælationis, fatendum esset non minùs ad extraneos heredes quàm ad liberos transmitti priuilegium prælationis, quoniam & priuilegium tacitæ hypothecæ in eos haud dubie transmittitur dict. §. maneat. Et tamen non est ex interpretibus qui non excludat extraneos à beneficio prælationis. Sic enim omnes post Bart. ad d. l. assiduis. & ad l. 1. D. solut. matrim. Cur ergo in liberos aliud constituendum crediderunt? † Nimirum fecerunt eos, quod Iustin. in dict. l. assiduis, ita scribit, *similem eis prærogatiuam seruamus,* & paulò post, *quæsi adhuc viuentem etiam matrem eorum.* Quibus tamen verbis apertissimum est non illud Iustinianum significare, præferendos esse liberos creditoribus anterioribus (cum secunda vxor cui eos præferri vult, non sit ex anterioribus, sed ex posterioribus) At illud potius, Mulierem quæ in dotis repetitione præferatur cæteris omnibus, licet anterioribus, non esse tamen præferendam liberis prioris matrimonij maternam dotem repetentibus. Ratione illa quæ sequitur, *duabus enim dotibus ab eadè substantia debitis, ex tempore prærogatiuam manere volumus.* † Sensus est non debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contra priorem

tra priorem mulierem æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios. Est enim priuilegium quod prior vxor habuit, nimirum tacitæ hypothecæ, non solum contra maritum, sed etiam contra mariti creditores, tale est quod transfit in heredes quoscunque etiam extraneos, nedum in liberos: quippe quod, vt diximus, non tam mulieri quàm ipsi actioni de dote concessum sit d. l. vnica. §. 1. & §. maneat. C. de rei vxor. act. Vult ergo Iustinianus idem ius, & priuilegium, tacitæ nimirum hypothecæ non prælationis seruari liberis ex priore matrimonio susceptis contra secundam mulierem, vt quemadmodum illa posterior est tempore, sit etiam posterior iure. Ne alioqui videatur priori vxori denegatum quod posteriori conceditur. † An igitur si extraneos heredes prior vxor reliquerit habebunt illi idem priuilegium, non quidem prælationis (certum enim est non habituros aduersus anteriores) sed tacitæ saltem hypothecæ in præiudicium posterioris uxoris vt ei præferantur? Minimè. Ius enim illud licet ex Iustiniani constitutione datum sit mulieri, eiusque heredibus quibuscumque: Attamen non nisi contra maritum, eiusque creditores datum est. At contra aliam vxorem quæ eò fauorabilior esse debet quod viuunt adhuc, potestque iterum nubere & Reipublicæ utilis esse ad replendam liberis hominibus ciuitatem, nec datum est priuilegium in dict. l. vnica. nec seruatum per dictam l. assiduis aliis heredibus quàm liberis in quorum persona mater ipsa viuere creditur. Id enim est quod ait Iustinianus *quasi viuentem eorum matrem.* Denique non facit secundæ uxoris fauor, vt pro dote anterioris hypothecam tacitam extranei heredes non habeant, sed vt ex ea hypotheca nullum priuilegium temporis sibi adrogare possint, perindeque posteriori vxori postponatur, atque cæteri creditores antiquiores hypothecarij, quorum non maiorem rationem hac parte haberi Iustinianus voluit, quàm si chirographarij tantum essent. † Et hæc mihi videtur verissima licet noua & inaudita satis obscuri loci sententia: vt quod lex ait, *similem prærogatiuam, nõ similes posteriori vxori faciat liberos prioris contra creditores tempore anteriores licet tacitæ duntaxat hypothecam habentes, sed similes faciat liberos matri in iure tacitæ hypothecæ ad seruandum iis ordinem temporis, vt eo sulti priuilegio posteriori vxori præferantur ex communis iuris regula propter temporis priuilegium, ex tacitæ hypothecæ priuilegio inductum.* Quod non fuisset obscurum, si post illa verba, *similem eis prærogatiuam seruamus,* adiecisset Tribonianus interpretationis loco, *id est ius idem tacitæ hypothecæ etiam contra posteriorem vxorem,* quod antea non nisi contra maritum eiusque creditores alios ab vxore competeat. Neque enim quæ prior nubuit mulier, cogitat de priuilegio aliquo, sibi aduersus eam quæ posterior vxor futura est acquirendo, nisi ominosa interpretatione velis cogitare eam de secundis mariti nuptiis quæ primas contrahit, præsertim hodierno tempore quo fieri nequit vt viua priore vxore posteriori locus esse possit. † Itaque concludere licet Iustinianum in dict. l. assiduis, fauere mulieribus potius quàm dotibus voluisse, alioqui, vt diximus, heredibus quibuscumque de dote repetenda certantibus concedendum erat priuilegium vt anterioribus quoque creditoribus tacitam duntaxat hypothecam habentibus præferrentur: quod tamen soli mulieri, non etiam eius heredibus, ne liberis quidem concessum est. Item vt vi tacitæ hypothecæ præferrentur heredes quilibet prio-

ris vxoris etiam extranei, posteriori vxori, quod tamen solis liberis datum Iustinianus voluit. Nec est quod pro sententiæ nostræ confirmatione apertius testimonium queramus quàm quod Iustinianus ipse præbet in §. fuerat. Instit. de actionib. *Præferri autem aliis creditoribus,* inquit, *tunc censuimus cum ipsa mulier de dote sua experietur, cuius solius prudentia hoc induximus:* vt mirum sit in re tam aperta errare nostros potuisse, accedente præsertim iuris regula quæ habet in omnibus causis id obseruari, vt vbi personæ condicio locum facit beneficio, ibi deficienti persona beneficium quoque deficiat, vbi verò genus actionis id desiderat, ibi ad quemuis perfectio eius deuenerit, non deficiat ratio auxiliij leg. in omnibus. 68. de regul. iur. leg. priuilegia. 196. eod. leg. cum patronus. 28. leg. 2. leg. 1. §. 1. Digest. de iur. immunit. † Neque simile est quod priuilegium marito datum vt dotis nomine in quantum duntaxat facere potest condemnatur, licet personale sit, idèque nec in heredem transeat leg. maritum. 12. cum leg. seq. Digest. solut. matrim. transfit tamen in liberos qui patri heredes extiterunt, leg. etiam 18. eodem titulo. nam præter id quod non ad quoscunque patris liberos transfit, sed ad communes tantum, hoc est, qui ipsius quoque mulieris liberi sint vt lex ait. Illud etiam obseruandum est longè fauorabilius esse priuilegium quod marito datur, cum de dote conuenitur, quia & reus est, & talis persona cui etiam post solutum diuortio matrimonium reuerentia debeat in honorem tractati matrimonij, leg. 1. 2. & 3. §. sed & cum vxore. Digest. rer. amot. Nam & cum de dote promissa maritus agit aduersus socerum idem priuilegium socero tribuitur vt non nisi in quantum facere potest condemnatur, nec solum si constante matrimonio & manente adfinitate conueniatur, sed etiam si soluto matrimonio, dummodo nihil dolo fecerit, nempe veneratione præterita adfinitatis leg. pemilt. D. de iur. dot. l. sicut autem. 21. cum seq. Digest. de re iudicat. 15. §. vit. cum l. seq. Digest. solut. matrim. Proinde nec mirum videri debet idem priuilegium communibus liberis competere non quasi ad eos transmissum à patre, neque enim id lex ait, sed quasi proprium & iplis liberorum personis debitum, in quibus nimirum eadem fauoris & æquitatis ratio locum habeat, imò si dicere liceat, ferè maior ob honorem sanguinis & naturæ. Nam quæ obsecro matri iniuria fit, ita constituto iure vt proprios liberos non nisi deducto ne egeant vrgere possit? cum si egerent alere eos de suo ipsa cogere tur, l. si quis à liberis. §. in princip. & §. 1. & 2. versic. ego & matrem Digest. de agnosc. & alend. liber. Sic & patroni liberos à liberto alendos esse dicimus, nõ quasi transmissos in eos per hereditariam successionem patroni iure, sed quia liberti obsequium præstare non tantum patronis, sed etiam liberis eorum debeant. Ideoque nec tam facile alendos liberos quàm patronos discernere Prætor debet, sed ex causa: neq. eò minùs alèdi sūt liberi patroni quod patri heredes nõ extiterint, dict. l. si quis à liberis §. utrum autem tantum patroni, iunct. l. si operarum. 29. Digest. de oper. liber. Idcirco autem in specie d. l. etiam. 18. Digest. solut. matrim. requirit Pomponius patri heredes extitisse liberos ad hoc vt priuilegium habeant, ne supra quam facere possint conueniantur, non quod iure hereditario priuilegium illud nascantur, sed quia nec aliter de dote per patrem debita conueniri possint, quàm si patris sint heredes. † At priuilegium de quo disputamus, quod mulieri concessum Iustinianus vo-

246

Aut ut creditioibus omnibus quibus actionibus
 praefatur, minus favorabile est cum non exceptio-
 nem inducat, sed actionem, & inuitam manifeste
 inferat anterioribus creditioibus quibus nihil im-
 putari potest, cum expressa conuentione pignoris
 sibi propeverunt *l. s. de solut.* & quoniam nihil
 plane interest, utrum dotata sit mulier, an bene. Sed &
 eas concedendi privilegij rationes Iustinianus ad-
 fert, quae ad ipsam mulieris personam sic pertinent
 ut liberis conuenire nullomodo possint, non magis
 quam extraneis quibusque heredibus. Nulla igitur
 ratio est ut idem privilegium liberis sine pro-
 priis sine hereditario iure concedatur. Proinde su-
 peruasa & cananis est illa quaestio. An conuentionibus
 duntaxat liberis, an iis etiam quos ex alio matrimo-
 nio prior mulier susceperit privilegium hoc conce-
 di debeat ut creditioibus anterioribus pro dote ma-
 teria praefatur, cum neque his, neque illis tale vi-
 lam competat, ut diximus. ¶ Sane privilegium illud
 de quo diximus, hoc est ut posterior uxor privilegij
 praefationis sibi datum aduersus ceteros non magis
 exercere possit contra liberos prioris defunctae, quam
 aduersus eam ipsam si uiveret, non ad quoscunque
 liberos praemortuae pertinet, sed ad communes dun-
 taxat, hoc est qui ex eodem marito suscepti sunt. Na
 quod scriptum est in *Ambrosio si quid eodem iure. C. qui
 petier in pignori. h. seu qualibet eius soboles*, hanc sen-
 tentiam habet ut privilegium illud non ad solos primi
 gradus liberos eo arctetur, sed ad nepotes quoque
 & pronepotes extendatur aliosque deinceps succes-
 sores, id est descendentes in infinitum cuiuscun-
 que naturae sint siue masculi siue feminae. Ceterum
 ex priore eiusdem uiri matrimonio susceptos eos et-
 se necesse est, ut apertius constat ex uerbis *Nonel. 91.*
 & ex al. *instam. dot. in prin. c. s. l.* In eoque cum Bar-
 tolo & communi nostrorum schola sentio.

CAPVT XIV.

Emendatio §. i. l. hinc quaeritur. 19. D. de pecul.

SVM MARIA.

- 1 Nonnullis Pandectarum locis à Triboniano sic im-
 mutatos & deprauatos ut pristinam Iuriconsulti
 sententiam assequi non liceat.
- 2 Duplex iuris pecuniam apud eundem esse posse.
- 3 An maritus qui serui dotalis peculium ex duplici
 causa habet, ex eo demum contractu possit de peculio
 conueniri, qui ad se pertinet, an uero ex omni?
- 4 Eandem quaestionem in fructuario, & duobus bonae fi-
 dei anterioribus dilucidans aequatam & decisam
 fuisse.
- 5 Cur licet quaestio aliter in marito, aliter in fructuario
 & duobus bonae fidei emptoribus sit decisam
- 6 Differentia inter peculium serui dotalis quod ad mu-
 lierem respicit, & illud quod ad maritum perti-
 net.
- 7 Seruum dotalem etiam soluto matrimonio, priusquam
 iudicio de dote redditus sit, marito acquirere.
- 8 In quo, alia sit ratio mariti, alia uero fructuarij aut
 emptoris ex bonae fidei emptoribus in specie d. s. i. hinc
 quaeritur?
- 9 Vera quaestio Vlpiani in d. s. i.
- 10 Verba illa in d. s. i. sed in marito melius est dicere
 de Triboniano non Vlpiano esse.
- 11 Inducendum Triboniano manus in eod. §. i. in uerbis sin-
 autem de. & in aliis Pandectarum locis.

- 22 Quomodo ratione peculiarij conuenientius sit maritus, ser-
 uo dotali ex ea causa obligatio quo ad mulierem con-
 ueniat, aut ad maritum solum respiciat?
- 23 Quomodo in d. s. i. conuentione peculiarij conuenientius
 sit aliter iure serui dotali per illam conuenientius
 seruari, an potest.
- 24 An maritus auctoritate sua de dote serui fructuarij
 aut lib. s. conueniat, quod seruum peculiarij conuenientius
 deo est, ex conuentione ad filium maritum conuenientius
 deo est, ex conuentione ad filium maritum conuenientius
 deo est, ex conuentione ad filium maritum conuenientius
- 25 An maritus qui dotalis est, conuenientius ad maritum con-
 ueniat, an potest, ex conuentione ad filium maritum conuenientius
 deo est, ex conuentione ad filium maritum conuenientius
- 26 Quod Triboniano conuenientius sit dotalis, an potest
 pollet?

Quam si impendat & plus a quo mulieribus sine
 re Iustinianus voluerit non solum ex us conu-
 uentionibus apparet quae exant in Codice & in No-
 uellis, ac de quibus proxime diximus, sed etiam ex
 pleurisq; Pandectarum locis quos ob eam causam
 Tribonianus pro arbitrio sic immutauit & deprau-
 auit, ut quantum manum eius agnoscere non sit diffi-
 cile, pristinam tamen Iurisc. sententiam uisum esse
 qui, quae ex recta iuris ratione semper ad mandata est
 non ita facile & obuiam cuiuslibet uideri possit. Pro-
 feram ego huius rei exemplum nec in elegantis, nec
 obscurum, sed tamen à nobis & haecenus, ut puto,
 obseruatum, ex Vlpiano in *l. hinc quaeritur. §. de
 pecul. §. Potest, inquit Vlpianus esse apud me, duplicis iuris
 peculium. Ut puta seruus est dotalis. Potest habere
 peculium, quod ad me respiciat. Potest & quod ad
 mulierem. Nam quod ex re mariti quaerit uel ex
 operis suis, ad maritum pertinet: imò & quod magis
 est si respectu mariti sit heres institutus, aut legatum
 ei datum, constat id eum non debere restituere. Fin-
 ge igitur agi mecum ex eo contractu qui ad me re-
 spicit, Vtrum omne deducam quod quod debetur
 mihi, siue ex mea causa siue ex ea, quae ad uxorem re-
 spicit: An uero separamus causas, quasi in duobus
 peculis ut & causa debiti spectetur? ¶ Quaestio in eo
 est, Vtrum si de eo peculio agatur quod ad mulierem
 spectat, id deducam quod ex eo debeatur, si autem ex
 eo contractu qui ad me respicit, meum deducam? Prius
 autem quam ad propositam quaestionem Vlpianus
 respondeat, subiungit idem quoque dilucidius tra-
 ctatum esse in fructuario, Vtrum ex eo demum con-
 tractu possit de peculio conueniri qui ad se pertinet
 (qui enim pro quod legendum est), an ex omni. ¶ Et
 ad hanc posteriorem quaestionem respondens ex
 Marcello, ait fructuarij teneri ex omni contractu.
 Ratione illa, quod is qui cum seruo contrahit totum
 ipsius peculium qualecunque & vndeunque illud
 sit intuitus videatur. Illud tamen omnimodo admit-
 tedum, ut priore conuentione eo ad quem res respicit,
 in superfluum, is cui quaesitum non est, conueniatur.
 Eamque sententiam & probabiliorem esse, & Papi-
 niano quoque probari. Vtpote quae sine ullo credi-
 toris incommodo faueat ei ad quem non respicit con-
 tractus ex cuius causa de peculio agatur. Subiicit ve-
 rò Vlpianus idem etiam in duobus bonae fidei em-
 ptoribus dicendum esse, ut si de peculio agere credi-
 tor velit ex contractu serui qui ad alterutrum dun-
 taxat emptorum peculium respiciat, habeat quidem
 alterius quoque emptoris peculium eo nomine ob-
 ligatum, sed tamen non prius contra alterum illud
 agere possit, quam hunc conuenit ad cuius pecu-
 lium respicit contractus cuius ratione de peculio a-
 gatur. Cur non ergo & in marito idem obtineat. E-
 dem*

dem enim quaestio nec diuersus tractatus est ut Vlp.
 docet iis uerbis, quae quaestio dilucidius est in fructuario
 tractata. ¶ Ideo autem dilucidius tractetur haec qua-
 estio in fructuario & in bonae fidei emptoribus, quod
 sit separatae sint personae proprietarij, & fructua-
 rij, itemque duorum bonae fidei emptorum, facilius
 quoque & expeditius peculiarium separatio est. Na
 quod ex peculio & re proprietarij seruus acquiri
 non acquirit fructuario, nec contra. Et similiter quod
 ex re & peculio unius ex bonae fidei emptoribus, non
 acquirit alteri, sed ei soli ex cuius re & peculio qua-
 sierit *l. si serui ususfructus. 21. cum sequentibus. D. de usu-
 fruct. l. accquiruntur. 10. §. de his autem. c. §. seq. l. qui bo-
 nae. 23. de acquir. rer. domin.* At cum de marito agitur v-
 na eademque persona est quae duplicis peculiarij do-
 minium habeat, si forte seruus dotalis peculium ac-
 ceperit & à marito & à muliere. ¶ Perinde enim pec-
 culium quod ad mulierem respicit mariti est ex causa
 dotis atque seruus ipse qui peculium habet *l. ult. D.
 solut. mar.* Hoc solum inter utrumque peculium inter-
 est, quod peculium dotalis soluto matrimonio
 mulieri dotis iudicio restituendum est *d. l. ult.* sicut
 & cetera omnia quae seruus dotalis marito constan-
 te matrimonio acquisierit (praeterquam si ex re ma-
 riti & ex peculio quod à marito habeat puta) si heres
 institutus sit aut legatum ei relictum *l. seruus dotalis.
 58. cod.* dummodo non mariti contemplatione *d. l.
 hinc quaeritur. §. 1. de pecul.* quo pertinet *l. si legatio. 65. de
 iur. dot.* ubi quod ait Pomponius noluit accipiendum
 est pro non uoluit. Et si enim aliud est non uelle, aliud
 nolle, sufficit tamen testatorem non uoluisse marito
 acquiri per seruum dotalis licet nec dixerit se nol-
 le. Videtur autem uoluisse acquiri marito quisquis
 mariti intuitu aliquid seruo dotali reliquit. Ei porro
 semper seruus acquiri cuius gratia hereditatem uel
 legatum aut quid aliud meruit *d. l. si serui ususfructus
 cum seq. D. de usufr. l. facta. 63. §. si heres ad Tribel.* Alio-
 quin acquiri proprietario, & consequenter seruus
 dotalis acquiri mulieri, quoniam aditio hereditatis
 aut agnitio legati non est in opera seruili *l. aditio. 45.
 D. de acquir. hered. l. si seruo. 47. D. de iur. dot.* ¶ Acqui-
 ret quidem marito, eo iure quo dos ipsi quoque ac-
 quiritur, non solum constante matrimonio, sed etiã
 quod magis mirum est, si post diuortium ei hereditas
 aut legatum obuenit priusquam seruus ipse dotalis
 iudicio de dote redditus sit *l. si marito. 31. §. ult. D. so-
 lut. marim.* Nempe quia quamdiu redditus non est,
 dotalis manet, & in dominio mariti, ob idque nec si
 solutum sit matrimonium capere eum aut uendicare
 propria autoritate mulier potest, sed debet de dote a-
 gere *l. dotis actione. 9. Cod. eod.* nec quia dos sine matri-
 monio constitui non possit, ideo fit ut soluto matri-
 monio dos ipso iure esse definat. Sed quod per hu-
 iusmodi seruum marito quaesitum erit, iudicio de do-
 te restituetur tanquam dotalis. Non ita, quod hic ser-
 uus aut ex operis suis quaesierit, aut ex eo peculio
 quod ad maritum ipsum pertineat, aut ex aliena libe-
 ralitate in eum collata intuitu & contemplatione ma-
 riti. ¶ Ceterum non ex eo quod constante matrimo-
 nio maritus utriusque peculiarij dominus est, inferri
 potest in proposita quaestione quam Vlp. tractat in
d. §. 1. l. hinc quaeritur, aliam mariti rationem esse, quam
 sit fructuarij aut unius ex bonae fidei emptoribus.
 Nisi in eo quod siue confundas siue separes peculia &
 debiti peculiarij causas, alius conueniri nequeat
 quam maritus, licet ex eo contractu agatur qui ad
 mulieris peculium spectet: nepe quia constante ma-
 trimonio utriusque peculiarij licet aliter atque aliter

dominus & possessor est: nec proinde inter illum &
 mulierem cadere potest ea ordinis ratio, & ullo ca-
 su prior mulier conueniatur, in superfluum uero ma-
 ritus. quomodo contingit cum inter fructuarij &
 proprietarij agitur, aut inter plures bonae fidei em-
 ptores, inter quos diuersitas personarum non tantum
 diuisionem & separationem peculiarium admittit,
 sed etiam conueniendi ordinem. Sed qui ordo con-
 ueniendi in una eademque mariti persona conside-
 rari non potest, in ipsis tamen peculis, quae reuera
 distincta & separata sunt facile admitteatur. ¶ Non
 enim de illo Vlp. quaerit an si contractum sit cum ser-
 uo ex ea causa quae ad mulierem respiciat mulier prior
 de peculio conueniri possit durante matrimonio, de-
 inde maritus in superfluum, nam quis nescit mulie-
 rem quae nec seruum dotalis nec eius peculium
 penes se habeat constante matrimonio de peculio
 conueniri non posse? Sed de illo primum an confun-
 di an potius separati peculia & debitorem causas
 oporteat. Deinde constituto eo ut separari non de-
 beat in praedictum creditoris qui cum seruo con-
 trahens utrumque peculium tanquam unum idem-
 que patrimonium intuitus est, An haecenus saltem
 separari debeant fauore mariti ad quem negotium
 non respicit, ut prius de peculio mulieri satisfieri o-
 porteat, si id non sufficiat, de peculio quidem ipsius
 mariti, sed ita tamen ut quod ob eam causam de suo
 praestiterit, aduersus mulierem quando cunque do-
 tis nomine agentem deducere possit. In quam sen-
 tentiam Vlpianus post Marcellum procliuor est. Sic
 enim scribit, *Et ait si id quod creditori praestitum est ad
 utriusque generis peculium pertinebit, pro rata utriusque
 peculio decedere debere: Ex quo intelligi potest si ad alte-
 rum peculium contractus pertinebit modo soli uxor detra-
 hi, modo non detrahi si ad id peculium pertinet contra-
 ctus, quod apud maritum resedit.* ¶ Quod cum ita sit, non
 possum intelligere quid sibi uelint illa praecedentia,
 sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio
 teneri. Nec dubitandum puto quin sint Triboniani
 id perpetuum agentis ut mulieri faueat, nec animad-
 uertentis per incertiam iuris, repugnare sequentia quae
 ille tamen parum cautus incorrecta reliquit. Nam
 cum Vlpianus quantum coniectura assequi possum,
 ita scripserit, *Quod & in duobus bonae fidei emptoribus
 erit dicendum. Sed si maritus aliquid praestiterit, & c.* quasi
 pro dicto & aperto habens idem quoque in mari-
 to dicendum esse, atque ita proposita quaestioni sa-
 tisfactum, Tribonianus ut deteriorem faceret con-
 ditionem mariti quam fructuarij, aut bonae fidei em-
 ptoris adiecit de suo intermedium illum uersiculum
 quem nos reiciemus, ¶ & ut priora Vlpiani uerba
 cum sequentibus conueneret, addere eum necesse
 fuit illa etiam quae proximè sequuntur: *sin autem ma-
 ritus huiusmodi serui nomine aliquid praestiterit.* Est enim
 Triboniano per familiare tam in Iustiniani consti-
 tutionibus, quam in iis Digestorum locis quos ille
 pro arbitrio corrumpere uoluit, ut distinctiones suas
 his uerbis concipiat *sin autem*: quae quoties in Pan-
 dectis lego, toties uideo mihi Triboniani manum ag-
 noscere & palpare. Ut in *l. si cum dote. 22. §. si mari-
 tus. D. sol. mar. l. cum de indebito. 25. de probat. l. sin autem.
 29. de leg. 1. l. domum. 57. D. de contr. empt.* alisque innu-
 meris. ¶ Incertiam uero Triboniani illud manifestè
 detegit, quod, ut dixi, & praecedentia & sequentia o-
 stendunt nihil referre an in fructuario & proprie-
 tario, an in duobus bonae fidei emptoribus tractetur
 haec quaestio, an in marito si dotalis seruus duplicis
 generis peculium habeat. Seruo enim dotali obliga-
 tum

to ex ea causa, quæ aut ad mulierem solam aut ad maritum solum respiciat, alium quidem conueniri non posse quam maritum, sed prius tamen conueniri eum debere ratione peculij ad cuius causam contractus pertinuit; in superfluum verò ratione alterius quoque. Et verò an non iniquum fuerit creditorem cui nihil imputari possit damnum sentire ob fauorem mulieris, qui totum serui dotalis peculium quasi vnum patrimonij corpus intuitus fuerat? Quod si dicatur cas non creditoris damno id cessurum, sed maritum quem Tribonianus vult simpliciter de peculio teneri, facias sanè iniuriam marito. Nam cum seruus obligatus est ex ea causa, quæ ad mulierem non ad maritum pertinet, cur oporteat maritum non tantum prius, sed etiam solum de suo peculio soluere? Deinde cum nec in solidum teneri possit ex contractu serui, sed peculio duntaxat nisi in dolo sit *l. in bonæ fidei. 36. co. tit.* (quod Tribonianus fatetur satis cum non simpliciter teneri maritum ait, sed simpliciter de peculio) quæro quomodo succurri possit creditori, si minus sit in peculio mariti, quam in debito quod totius peculij intuitu contractum fuit? Hic enim nimirum casus est quem Vlpia. tractat cum ex alterutro peculio totum seruari non potest. Quod si manco & non sufficiente peculio mariti damus actionem creditori non quidem aduersus mulierem, sed aduersus peculium quod à muliere seruus habuit, in quo obsecro melior erit conditio mulieris aduersus maritum quam proprietarij aduersus fructuarium, aut vnus bonæ fidei emptoris contra alium bonæ fidei emptorem? nisi quod cum illi de peculio conueniri possint, mulier tamen non ipsa conuenietur, sed peculium quod ab ea seruus dotalis habeat. Atqui iam supra diximus hoc ad rem non pertinere: quia non de persona quæ conueniri possit disputamus, sed de peculio. & an ex hoc vel ex illo potius, an ex utroque solui creditori debeat. Ergo fatendum est, neque ad propositam quæstionem decisionem pertinere, quod Tribonianus ait melius esse dicere maritum simpliciter de peculio teneri, neque referre quicquam vtrum de seruo dotali an fructuario aut à bonæ fidei emptoribus possessio disputetur. Semper enim verum est prius soluendum esse creditori ex eo peculio ad cuius causam pertineat negotium de quo contractum est, deinde si id non sufficiat, ex alio: salua tamè ei cuius nil interfuit actione, aut repetitione, aut deductione aduersus alium ad quem debiti causa spectabat. Nec quod maritus solus conueniendus est etiam ratione peculij dotalis, facit vt deterior eius conditio sit quam cæterarum personarum, cum & ex dotali primum peculio permittratur ei soluere, & quod dotali non sufficiente, de suo soluere coactus fuerit, aduersus mulierem quandoque de dote agentem deducere. Finge itaque tantundem esse in peculio dotali, quantum sit in debito contracto ex causa ad solam mulierem spectante. De dotali tantum peculio maritus soluet, nihil autem de suo. Ideoque nec aduersus mulierem de dote agentem quicquam deducet, quomodo deduceret si prætor dotale peculium aliquid de suo soluisse. Id enim vtrumque est quod Vlpian. ex Marcello subiicit, si ad dotale duntaxat peculium contractus respiciat soli vxori detrahendum esse, quod serui nomine præstitum est. Non igitur verum est maritum teneri de peculio simpliciter, hoc est indistinctè, sed ita demum si ad eius peculium obligationis causa pertineat. Cur enim facilius detur marito deductio aduersus vxorem de dote agentem, quam creditori actio in pe-

culium mulieris ex contractu inuito cum seruo dotali? aut potius, quo iure detur marito deductio contra vxorem dote repetentem, nisi quia prius sit vt peculium dotale creditori sit obstrictum, eoque nomine quasi ex persona vxoris maritus teneatur? Obligata scilicet muliere de peculio non ad finem duntaxat eius peculij quod ab ipsa seruus habuit, sed quatenus etiam à marito. Eadem igitur ratio si debitum ex causa ad solum maritum spectante processerit, ilque de peculio à creditore conuentus, non tantum quicquid à te seruus dotalis in peculium habebat, sed etiam de dotali peculio soluerit, cogatur iudicio de dote tantundem mulieri aut eius heredibus reddere. Eadem siquidem ratio facit hoc casu pro muliere contra maritum, quæ superiore pro marito contra mulierem. quanquam hic casus ab Vlp. & Marcello prætermisus est, quasi qui ex aliis expressis induci, & intelligi faciliè posset. Denique generale & perpetuum est, vt neque ne in damno creditorem morari oporteat qui totum peculium velut serui patrimonium intuitus est, quatenus tamen ex peculio vndeque illud sit indemnis seruari potest. Neq. ex facto serui alieni aut alienam rem tractantis alteri noceri debeat, *l. ancillarum. 27. §. ult. eod. tit. de pecul. l. et si non omnes. 8. §. ult. D. comm. diuid.* Triboniano autem iam plus æquo fauere mulieribus gestientis erroris & audaciæ ansam præbere illud potuit, quod existimauit fortasse propositam de seruo dotali quæstionem indecisam ab Vlp. relictam esse, quasi in eo aliud iuris constituendum putauerit. Cum tamen nihil sit apertius, quam ex præcedentibus & sequentibus intelligere eandem serui dotalis quam serui fructuarij & à bonæ fidei emptoribus possessi rationem constituendam esse, idque & Marcello & Vlp. placuisse. Nec sanè explicari potest in quo eluceat diuersitas illa quam in marito Tribonianus inducere voluit, quicquid causetur Castrensis qui loci huius perobscuri sensum quasi facilem affectus esse sibi visus est, vt taceam Iurisconsulti elegantia parum dignam esse locutionem illam, sed in marito melius est dicere, & Triboniano magis quam Vlp. aut Marcello familiarem. Illud verò nullius sensus quod sequitur, simpliciter de peculio teneri, similem Triboniani audaciam & loquendi formulam obseruauit in *l. quamuis. 6. D. de pign. act.* in illis verbis, *melius est autem dici, à quibus vsque ad §. si creditor nihil est quod non prodat Triboniani stylum, Pomponij sententiam, & iuris rationem ad animi sui sensum accommodantis, vt constat ex *l. à Diuo Pio. 15. §. quod si res in si. D. de re iudicat. & ex iis quæ ad eum locum dicemus infra cap. 8.**

CAPVT XV.

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

SUMMARI A.

1. Examinantur rationes ab Interpretibus redditæ, cur summo iure debitoris nomen pignori obligari non possit?
2. Cur pignus pignori summo iure dari non possit?
3. Quenam æquitatis ratio pignoris oppignerat uenem admitti suaferit?
4. Vera ratio cur nominis pignus summo iure non valeat.
5. Respondetur obiectioni contra hanc rationem allatæ.
6. Debitorum cuius nomen pignori datum est, creditoris sui creditor soluentem liberationem non acquirere, & ideo

& ideo solum repetere posse.

7. Respondetur obiectioni.

8. Dubitandi ratio in *l. lex vectigali. ff. de pignor.*

Quod scriptum est in *l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligat. poss. iam pridem placuisse vt debitoris nomen & generaliter & specialiter obligari possit, ostendit satis summa. quidem iure huiusmodi pignus non valere, sed æquitatis & utilitatis intuitu eò deorsum esse vt pro valido habeatur *l. postquam eò deorsum est. 7. C. de her. vel act. vend.* Neque id ex sola prudentum ad ius civile interpretatione, vt plerunque fit, sed tuitione Prætoris, quod conuentio hæc pignoris talis sit quam Prætor pro sua iurisdictione tueri debere videatur *l. si conuenerit. D. de pign. act.* Cur autem ipso iure non valeat in obscuro est. An quod difficilius sit vt iura pignoris vinculo teneantur quam res corporales? Atqui perinde obligari possunt, cum æquè sint in nostro dominio Tit. de reb. corp. & incorp. apud Iustin. Ideoque & vendi possunt, vt puta hereditas *l. 1. 2. §. tot. tit. de her. vend. D. & C. & ususfructus. l. si ususfructus. 66. de iure dot.* Ergo & pignori ex generali regula quæ habet, Quicquid emptionem venditionemque recipit eam pignorationem recipere posse, *d. l. si conuenerit in fin. l. sed & quod. 9. §. 1. D. de pign. l. 1. §. ult. D. quæ res pign. oblig. possunt.* Et verò constat etiam iura posse capi pignori in executione iudicati *l. à Diuo Pio. 15. §. in venditione. D. de re iudic.* An potius, vt quidam putant, quod rei alienæ pignus non valeat? *l. 1. §. 2. §. tot. tit. C. si alien. res pign. dat. sit. l. 1. 2. §. 3. l. & que nondum. 15. §. quod dicitur. D. de pign.* At si ita esset, valeret saltem nominis pignoratio consentiente debitore. Nam & aliena res pignori dari voluntate domini potest *l. aliena res. 20. de pign. act.* Atqui non ideo magis valet pignus nominis si summum ius inspicias quod debitor ipse contentiat, vt paulò post videbimus. Deinde nec illud verum est nomen quod datur pignori alienam rem esse. Est enim in dominio creditoris. Fateor id quod ex nomine redigitur non esse creditoris sed debitoris, quoniam alioqui nec solutum pareret liberationem *l. nam est. 10. l. non omnes. 19. de reb. cred. l. si procuratorem 8. §. si liber homo. l. si mandauero. 22. §. si mandauerim. D. mandat. l. si quis pro eo. 56. §. si nummos de fideiuss. l. si is cui nummos. 94. in prin. §. sed & si fideiussor. de solut.* Sed aliud est nomen debitoris, & ius ipsum obligationis, aliud res illa quæ debetur, sicut & aliud est ius ususfructus, aliud perceptio fructuum *d. l. si ususfructus. 66. in fin. l. cum in fundo. 78. de iur. dot.* Sanè si quæretur cur pignus pignori dari non possit summo iure (nam vt dari possit etiam benignè receptum est & ex æquitate contra meram iuris rationem *l. 1. Cod. si pignus pignor. dat. sit. l. grege. 13. §. cum pignori. D. de pignor.*) illa quidem ratio afferri poterit quoniam prius est vt nomen ipsum debitoris pignori dari possit quam vt pignus quod pro eo nomine obligatum est. Sed & illud rectissime dicitur quoniam aliena res est, nemo enim accipiendo pignus, acquirit sibi dominium, nec verò pignus constitui potest in re ad creditorem pertinente. Neque pignus *45. de reg. iur.* nec quod primus creditor pignus à domino constitutum habeat, facit vt domini voluntas in secundo pignore interuenire videatur: cum neque ob eam causam neq. ea spe dederit ille vt creditori quoque sui creditoris in nouum, & aliud pignus cederet. Illa tamè æquitas pignoris oppignorationem admitti suaferit, quod eius dominium licet alienum, sic effectum & obligatum sit priori credi-*

tori, vt non magis inuiti ipsius manus effugere possit, quam si is rei dominus esset. Adeo vt ex eius persona secundus creditor, hoc est qui ipsius quoque creditoris creditor est, retentionis ius habeat quoadusque pecunia aut sibi solvatur, aut debitori, qui primus accepit pignus. Vtrique enim solui posse constat liberandi pignoris gratia. Quanquam in eo fortius est ius secundi creditoris, quod denunciare domino potest ne priori soluat. *d. l. nomen. 4. Cod. quæ res pign.* non etiam prior ne solvatur secundo, utpote in quem ius sui pignoris ipse transtulerit, sed in nominis pignore omnia sunt dissimilia. Nam neque alia res est, neque tam grauis iniuriâ fieri videtur debitori cuius nomen ei pignori datur, quam si id ipsum nomen venderetur. Atqui venditio valeret neque indigeret Prætoris auxilio *l. nomen. 3. l. ex nominis. C. de hered. vel act. vend.* Cur non igitur & oppignoratio valebit? Ex ea præsertim regula quam diximus, quod pignori possint omnia quæcunque vendi possunt *d. l. sed & quod. 9. §. 1. de pignor.* Puto iuris rationem quæ pignus hoc impediât, eâ esse, quod in potestate esset debitoris qui nomen pignori dedisset, facere vt pignoris vinculum pro arbitrio dissolueretur etiam citra debiti solutionem, aliamve satisfactionem, quod planè repugnat nature & qualitati pignoris, cuius semel constituti nomine tandiu hypothecariam competere & durare certum est quoadiu verum est pecuniam solutam non esse, *d. l. grege. 13. §. etiam eod. tit.* quamuis non solum principalis obligatio & naturalis & ciuilis perempta sit *l. debitor. 59. ad Treb.* (de cuius sententia & emendatione scripsimus libro superiore) sed etiam ius ipsum pignoris vt in specie *l. pen. §. 1. D. de excep. rei iudicat.* Quod autem in potestate debitoris futurum sit nominis pignus pro arbitrio dissoluere & hypothecariam quoque perimere, ex eo apparet quod huiusmodi oppignoratio facere nequeat quominus perinde debitor aduersus debitorem suum agat & ab eò exigat ac si nomen pignori datum non esset, perindeque liberationem consequatur debitor cuius nomen obligatum sit si creditori suo soluat. Quo facto & extincto nomine quamnam obsecro hypothecaria actio, aut in quam rem superesse potest? Nam cum & solutione creditori facta eius quod debetur, contingat debitori liberatio, & resolutio iure datoris resoluti necesse sit ius acceptoris *l. lex vectigali. 31. D. de pignor.* Prorsus consequens est, vt quo instanti obligatio perimitur, vinculum quoque pignoris dissoluitur quo ea obligatio tenebatur. Atqui nulla & inanis est obligatio siue personam siue rem afficiat quæ ex mero debitoris arbitrio pendet, *l. hæc venditio. 7. D. de contr. empt. l. sub hac conditione. 8. de oblig. & act. l. stipulatio. 17. l. à Titio. 108. in fi. de verb. oblig.* Dices fortasse, Debitorem qui debitoris sui nomen pignori dederat, si ipse exegerit, in scio aut inuito suo creditore, obstrictum eo nomine fore, & creditori suo condemnari debere, propterea quod contra bonam fidem propriamque conuentionem fecerit. Fateor. Sed ea actio siue de dolo, siue alia quælibet futura est, non nisi in personam esse potest, ideoque semper verum est, inutilem manere pignoris conuentionem, cum eius utilitas tota in eo consistat quod pariat actionem in rem & plus cautionis sit in re, quàm in personam *l. plus cautionis. 25. de reg. iur.* Sed et si re ex nomine debitam nunquam exigere vellet is qui pignori dedisset, bonamque fidem præstare mallet, æquè tamen inanis maneret eius creditori nominis obligatio, quia nec ipse exigere quicquam posset cum

sola pignoris conuentio non faciat eum creditore. Imò & quod plus est, si solueret ei debitor cuius nomen obligatum fuerat repetere posset, quasi indebitum: quoniam solutio illa non acquireret ei liberationem aduersus proprium creditorem, cui quandoquæ agere volenti pristina actio superesset. Neque enim liberatur qui soluit quod debet si alij soluat quam cui debet ignorante aut inuito vero creditore. *l. inuito. 12. C. de solut.* Succedit autem iuris regulatio solutionem quæ non proficiat ad liberationem proficere debere ad conditionem *leg. cum quis. 38. §. qui hominem. l. pupilli. 96. §. ult. de solut.* Excepto casu *l. Neratius. 63. de cond. indeb.* Cum itaque nec solutionem accipere possit creditor hic pignoratitius inuito suo debitore nec acceptam retinere inuito eo cuius nomen pignori datum sit, quænam pignoris utilitas esse potest? Nam si inutile pignus dicimus, quod vendi non potest. *l. si conuenit. 4. §. seq. de pig. act. Paul. l. 2. sent. 1. §. 1. & 11. §. 15.* quanto magis inutile erit, quod nec retineri. † Nec ad rem pertinebit si quis obiciat contingere liberationem etiam si alij soluat, quam rei debetur, cum creditoris voluntas & consensus interuenit *d. l. inuito l. vero procuratore. 12. l. qui hominem. 29. D. eod. l. etiam si. 19. l. si mulier. 59. in pr. de iur. dot. l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur. D. soluto matr.* siquidem eius qui nomen sui debitoris pignori dat non illa voluntas est ut creditori suo soluat debitor ad consequendam liberationem, sed tantum ut per eam rem quæ debetur cautum sit creditori. Ea verò res quæ ex nomine redacta erit, maneat in dominio pignorantis, ac si illam ipsam rem pignori dedisset. Alioquin non in pignus sed in solutum dedisse nomen, aut vendidisse diceretur. Argumentum rei est, quod si nomen sit corporis alicuius, & à creditore per utilem hypothecam exactum, non ideò corporis illius dominiū creditori qui exegit acquiritur, sed incipit illi esse pignoris loco. Quod si exacta sit pecunia perinde eius debitor esse intelligitur qui exegit ac si nomen in pignus non habuisset, nec ipsius retinendæ ius habet quasi suæ, sed æquitate tantum cuiusdam compensationis ad concurrētem vsque debiti quantitatem, quod quantum eo nomine debet suo debitori, tantumdem ei vicissim à debitore debeatur, ut eleganter & aperte scriptum est in *d. l. si conuenit. 18. de pig. act. & in d. l. grege. 13. §. cum pradium. 18. de pig. act. & in d. l. grege. 13. §. cum pradium in fine de pig. act.* Non igitur potest videri creditor qui nomen in pignus accepit mundatum habere de exigendo debito quasi procurator & nomine sui debitoris, sed tantum quasi creditor ut exactam rem pignoris iure teneat, & consequenter non potest solutionem accipiendo præstare liberationem debitori: nec proinde facere quominus ipse conditione teneatur. Ita fit ut creditori creditoris inutile pignus sit cum ex alterutrius debitorum pendeat arbitrio. † Quæ videtur etiam dubitandi ratio fuisse apud Scæuolam in *d. l. lex vectigali fundo. 31. eo. tit. de pignor.* Lex enim vectigali fundo sic dicta, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset is ad dominum rediret. Videbatur in potestate debitoris facere ut pignus extingueretur hoc ipso quod nihil faceret, hoc est quod in vectigalis solutione cessaret. Sed Scæuolam illud mouit, quod imò verò potuerit creditor etiam inuito debitore vectigal solvere, atque ita impedire ne venditionis lex committeretur, ut probat verba illa: *cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent.* Quod si ea lex vectigali fundo dicta non fuisset, potuisset quidem dominus

fundum auferre possessori itemque ei qui à possessore ius habuisset. (Tandiu enim duntaxat retinere fundum vectigalē possessor potest quandiu vectigal soluit *l. 2. D. si ager vectig. vel emphyt. esse dicatur §. ad eod. Inst. de locat. & conduct.*) Sed purgati mora quandoque posset, nec ipso iure ad dominum res rediret, nec proinde pignoris vinculum ipso iure dissolueretur, quomodo contingit cum ex ipsa venditione lege venditio resoluitur. *l. voluntate. 10. §. ultim. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* ob idque minor dubitatio est quin vectigalis vel emphyteuticarius fundus simpliciter traditus pignori dari possit *l. tutor. 16. §. etiam vectigale de pig. act. l. grege. 13. §. & in superficiaris. de pignor.*

CAPVT XVI.

Cur conuentio de pignore nominis per Prætorem defendatur.

SVMARIA.

- 1 *Naturali æquitati consentaneum, & publicè utile esse, ut liceat debitoris sui nomen pignori dare.*
- 2 *Quænam exceptio creditoris creditori competat, si creditor qui debitoris nomen pignori dedit, contra conuentionem velit ipse nomen exigere?*
- 3 *Quæ sit dicti pignoris utilitas?*
- 4 *Quo sensu dicatur, periculum pignorum nominis venditi ad emptorem spectare?*
- 5 *An & quando debitor, cuius nomen pignori datum est, liberetur, si creditori suo soluat, antequam a superiore creditore certior factus sit de pignore nominis?*
- 6 *Cur nominis venditio ipso iure & sine auxilio Prætoris valeat?*
- 7 *Differentia inter venditionem nominis, & delegationem.*

Hæc cum ita sint superest ut videamus, quænam illa æquitatis ratio fuerit, quæ induxit ut contra iuris rigorem pignori possit nomen debitoris. Alia verò querenda non est, quàm quæ traditur in *d. l. si conuenit*, quod conuentionem hanc Prætor hætenus tucatur, ut & creditoris creditorem in exigenda pecunia præferat verò creditori, & debitorem posteaquam creditoris creditori soluerit non patitur à creditore suo conueniri. † Sed quoniam hoc ipsum obscurum est, cur ita Prætor faciat si quis pergat querere, dicam ad officium & iurisdictionem Prætoris pertinuisse ut nimiam iuris ciuilibus asperitatem temperaret quoties id exigeret æquitas quæ semper ex contrahentium & publica utilitate æstimanda est. At nemo negauerit quin publicè utile sit, & naturali rationi consentaneum ut quemadmodum licet cuique de rebus suis pro arbitrio disponere *l. qua ratione. 10. §. hæc quoque res. D. de acquir. rer. domin. l. 2. D. si à parent. quis manum.* ita & liceat debitoris sui nomen pignori dare. Quid enim si quis pecuniam mutuam sine pignoribus inuenire non possit, nec aliud quicquam præter nomina debitorum in bonis habeat? An non iniquum sit & inhumanum laborare eum egestate si fortè aut exigendi debiti dies nõdum venerit, aut non ita commodè pecuniam explicare debitores possint? Ideoque nimirum dici solet fructum rei esse vel pignori dare licere *l. ult. D. de vsu.* Cur igitur hoc rei suæ fructu & commodo priuetur dominus? Tuetur autem Prætor pignori nominis conuentionem ut Paulus ait in *d. l. si conuenit.*

rit. Data scilicet exceptione doli ob conuentionem pignoris ut voluntas ipsa contrahentium iuris rigori præferatur. Quomodo etiam contingit si qua seruitus ex tempore ad tempus constituta sit, *l. 4. de seruit. l. 1. §. ult. de superfic.* aut si quis ad tempus debitorem se constituerit *l. obligationum ser. 4. §. plucet. de oblig. & action. l. cum qui. 56. §. qui ita stipulatur de verb. oblig. & generaliter quoties quis abuti vult occasione iuris ciuilibus contra naturalem æquitatem *l. 1. Cod. de dol. except.* Naturalis autem æquitas facit ut pacta omnia seruari debeant, quæ nec contra leges sint, nec contra bonos mores, licet legum & iuris ciuilibus auxilio sint destituta *l. 1. l. iuris gentium. 7. §. aut Prætor de pact.* Ius verò ciuile non prohibet pignus nominis, sed tantum non permittit nec admittit. Itaque Prætor se in eo potest interponere, cui scilicet sufficit legem non prohibere licet nec permittat *l. nec non. 28. §. quo ad eius. D. ex quib. caus. maior.* † Propter quam causam & pacti exceptione aut replicatione tutus esse potest creditor creditoris aduersus creditorem ipsum qui debitoris nomen dedit pignori, si contra conuentionem velit ipse nomen exigere. Pactum siquidem inter eos initum est. Sed in persona debitoris si à suo creditore qui pignus dedit conueniatur postquam aut creditori creditoris soluerit aut ab eo certior factus sit de nominis obligatione, profus necessaria est exceptio doli quam dicimus subsidiariam exceptionis pacti, & quæ competit quoties pactum initum quod inter alios est ab his per quamdam consequentiam prodesse debet *l. rescriptum. 10. §. ult. cum sequentibus. Dig. de pact.* Illud ergo facit utilem pignoris nominis conuentionem, quod doli exceptione sum-moueri possit creditor si aduersus debitorem suum post solutionem creditori pignoratitio factam aut post pignoris denunciationem experiat: Sic & in *l. si pecunia. 77. de legat. 1.* Vlpianus scribit si quis fideicommissum à debitore suo reliquerit, id utile fieri ex rescripto Diui Pij, ratione illa, quod si postea conueniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione uti possit. † In eo autem pignoris huius utilitas versabitur quod habiturus sit creditor creditoris utilem actionem personalem contra debitorem debitorem, itemque utilem hypothecariam in eas res quas pro pignorato nomine obligatas esse apparebit *d. l. si conuenit. l. nomen. 4. Cod. qua res pignor. obligat. poss.* Sed & nomen ipsum creditori datum vendi poterit per pignoratitium creditorem (alioquin esset inutile pignus quod vendi non posset, ut proximo capite diximus.) Secuta autem venditione utiles illæ actiones tam personalis quàm hypothecaria non tantum creditori competent, sed etiam emptori *d. l. postquam. 7. C. de hered. vel act. vendit.* † Et ad hunc quoque casum pertinet *lex periculum. 10. D. de pignor.* quæ ait periculum pignorum nominis venditi ad emptorem spectare, si tamen probetur eas res obligatas fuisse. Est enim id generale, siue pignorum siue liberum fuerit nomen quod venditum est. Pignora namque nominis semper sequuntur nomen ipsum si non aliud in vendendo actum sit, ideòque & periculum eorum ad emptorem pertinere æquum est. Periculum, inquam, non casus fortuiti (pertinet enim hoc ad dominum *l. qua fortuitis. 6. C. de pignor. act.* emptor autem nominis non ideò fit dominus pignorum pro nomine obligatorum) sed euictionis, si fortè aliena res pignori data probetur. Sufficit enim ad exonerandum creditorem qui nomen vendidit, ut res obligatas fuisse probet, licet ab eo sint obligata qui pignori ius non habuerit, nec hac parte quicquam refert an de-*

bitoris nomen quis vendiderit an delegauerit *l. cum ea conditio. 68. §. 1. D. de euict.* † Planè debitor cuius nomen pignori datum fuit soluat creditori suo antequam à superiore creditore certior factus sit de pignore nominis, liberabitur, nec vlla exceptio ne indigebit aduersus creditorem hunc pignoratitium, si quandoque postea vtilibus actionibus experiri velit aduersus eum, qui & ipso iure liberatus sit, & ita liberatus ut illi imputari nihil possit. Quod si ei imputari aliquid posset, puta si soluisset iam certior factus ab ipso creditore creditoris de pignore nominis, perinde quidem stricto iure liberaretur, sed si quandoque agenti creditori pignoratitio obici- ceret liberationem, repelli posset replicatione doli, quippe qui liberationem sciens captasset cum alterius iniuria, quandoquidem nihil eius intererat suone & proprio creditori solueret an creditoris sui creditori, ex cuius persona indemnitate sibi acquirere potuisset beneficio exceptionis doli. Id enim est, meo iudicio, quod significant verba illa *nondum certior à te factus d. l. nomen. 4. C. qua res pignor. oblig. poss.* † Nominis venditi alia ratio est. Valet enim venditio ipso iure nec requirit auxilium Prætoris *l. nominis venditio. 3. l. ex nominis. 8. C. de hered. vel act. vend. l. si non men. 4. cum duab. seqq. D. eod. l. si plus vel minus. 7. §. ult. de euict.* quia licet directæ actiones remaneant penes vendentem vel inuitum, ideoque nec aliter emptori competant quàm si mandata sint *l. 1. C. de oblig. & act. l. ult. C. quando. §. vel prius. debitorum sui debitor. conuen. poss. l. quis ergo. 16. de pecul. l. 3. D. pro socio. l. 1. §. 3. C. de nouat.* Vtiles tamen transferuntur in emptorem eique proprio iure competunt, quoniam id agit ut omne actionis commodum in illum transeat, etiam ignorante & inuito debitore. † In quo differt venditio nominis à delegatione *d. l. 1. C. de nouat.* Ad eò ut quicquid nominis venditor vel compensatione vel exactione vel qua alia ratione fuerit consecutus, totum id & integrum emptori restituere compellatur *l. venditor. 23. §. 1. C. de hered. vel act. vend.* Quod si debitor huic nominis emptori soluere maluerit liberatur ipso iure quia ei soluit qui vtilis à creditore habebat actiones ad exigendum proprio iure, quique venditi nominis dominus factus fuerat ex causa emptionis. Sed & in potestate est eius qui nomen emit facere ne quid venditor vi directarum actionum exigere possit à debitore. Nempè si quid faciat eorum quæ traditum in *d. l. 3. C. de nouat. de qua* scribimus alio loco. Quæ omnia in nominis pignore, ut diximus, dissimilia sunt, ut proinde mirum nõ sit cessare hoc casu supradictam iuris regulam, quæ habet oppignorari posse omnia quæcunque vendi possunt.

CAPVT XVII.

Quæ sint differentie inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.

SVMARIA.

- 1 *Debitoris nomen pro iudicati executione alijs demum bonis deficientibus non pignori sed pignoris loco capi, ubi de prima differentia.*
- 2 *Debitorem cuius nomen pignoris iudicialis loco captum est non facta excussionis exceptionem habere, non item eum, cuius nomen expressa creditoris conuentione pignori datum est, ubi de secunda differentia.*
- 3 *Debitorem cuius nomen tacita duntaxat conuentione, & ex sola legis potestate pignori obligatum est, exceptione non facta excussionis inuandam esse.*

- 4 *Nomen debitoris ex conuentione utiliter pignorum intelligi, tamen si debitor neget se debere, in iudicari uero executione non aliter pignoris loco capi quam si debitor debitum non inficietur, ubi de tertia differentia.*
- 5 *Respondetur ad §. si rerum, l. à Diuo Pio. ff. de re iudic.*
- 6 *An si debiti controuersia fiat, alia nomina non controuersa pignoris iudicialis loco capi possint?*
- 7 *Quoniam remedio victori succurrendum sit, si condemnatus unicum nomen habeat, & quidem controuersum?*
- 8 *Casus quo quis inuitus agere compellitur.*
- 9 *Coniectura ad illa uerba d. §. si rerum, sed illud debet dici.*

Differentia complures sunt inter pignus nominis conuentionale, & iudiciale, hoc est quod in iudicari executione capitur, & quod iudicis executionis auctoritate constituitur. Prima illa est, quod debitoris nomen conuentione pignori potest, etiam si alia bona habeat is qui de pignore conuenit. Ideoque & in generali ceterorum bonorum obligatione uenit *l. nomen. 4. C. que res pig. oblig. poss.* At in causam iudicari non aliter capi potest quam si alia bona nulla sint, quæ sine controuersa capi & possideri queant *l. 2. quana. §. si. C. vel priuat. debitoris sui debet. conuen. poss.* Nempe quia cum pignus nominis ipso iure nullum sit, nec nisi iurisdictione Pretoria subsistat, ut docuimus in superioribus, frustra Pretor aut iudex ab eo datus in executione iudicari se interponat ad constituendum pignus in debitoris nomine, quando alia bona sunt quorum natura & conditio patitur ut pignori capi possint. Nam & cum necessitate cogitur nomen debitoris capiatur, aliis scilicet bonis nullis existentibus attamen non tam pignoris iure capi dicitur quam pignoris loco, ut ait *dict. l. 2.* hoc est in subsidium nullo pignore se offerente. Sanè quæ utilitatis, & aequitatis ratio induxit ut pignori ex conuentione nomen possit, ne alioqui eo rei suæ fructu careat qui nihil nisi nomina in bonis habeat, aut qui aliud nihil æquè commodè oppignorare possit, ita induci necesse fuit ut in iudicari quoque causam capi nomen possit non tam pignori quam pignoris loco, si nullæ res sint in quibus possit iudicari executor pignus constituere. Secunda differentia quæ hinc nascitur illa est, quod cum, ut diximus, debitor cuius nomen pignoris loco capitur in executione iudicari habeat exceptionem ordinis, & non factæ excussionis, quando alia condemnati bona sunt quæ sine controuersa capi, & distrahi valeant: is tamen cuius nomen expressa creditoris conuentione pignori datum est si hypothecaria conueniatur, huiusmodi exceptione iuuandus non est, ut rectissime Bartolus concludit ad *d. l. nomen.* Neque enim eadè illius quæ tertij possessoris ratio est, cum neque possessor sit, neque eius inter sit an creditori suo soluat an creditoris creditori. Utroque siquidem casu perinde consequitur liberationem, nisi quod solues creditori suo liberatur ipso iure, soluens autem creditori creditoris liberatur beneficio exceptionis doli. Ut uerendum sit ne fiant de lite lites si primo loco conueniantur: quæ tamen sola ratio induxit exceptionem non factæ excussionis, quod alioqui possessorem conuentionem hypothecaria & condemnatum necesse esset ad consequendam indemnitate agere rursus contra debitorem, ab eoque repetere litem estimationem, quam ipsius creditori soluisset. Interest enim non so-

lùm possessoris ne soluat potius quam ut solutū repetat *l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus. 15. D. de fideiuss.* sed etiam reipubl. ne lites multiplicentur *l. quidam. 21. D. de reb. cred. l. singulis. 6. D. de exec. rei ind.* Unde fit ut neque nudo detentori tamen naturaliter possideat hæc exceptio danda sit, cum si res illi euincatur, nullum tamen eo nomine regressum aduersus dominum sperare possit. In quo hallucinatus uideatur Bald. ad *d. l. 2. in §. C. quana. §. si. C. vel priuat.* Observandum autem est quod diximus eum cuius nomen pignori obligatum est non habere exceptionem ordinis, ita uerum esse si expressa conuentione obligatum sit. Nam si tacite duntaxat, & ex sola legis potestate pignus constitutum proponatur, perinde iudicandus est debitor exceptionem non factæ excussionis si alia sint bona, atque si magistratus auctoritate in executione iudicari nomen pignoris loco captum esset, *l. non prius. 4. C. eo. 11. quana. §. si. C. vel priuat.* Sine quod iam olim id obtinuerit quotiescunque ex tacita hypotheca ageretur *l. Moschus. 47. de iur. §. si. C.* Siue potius quod minus plena sit hac parte, ut aliàs sæpe, prouisio legis quam hominis, quia nil necesse sit constitui à lege ius pignoris, sicut nec à Magistratu in ea re quæ sui natura uinculum obligationis suscipere non possit, quando in aliis rebus commodius, & ut ita dicam, naturalius constitui potest. Tertia differentia est quod nomen debitoris si pignori datum sit ex conuentione, utiliter obligatum intelligitur tamen debitor neget se debere, si modo creditor cui obligatum est probet debere. Habet namque uilem act. personalem contra debitorem debitoris, cuius actionis potestate sit ut disputare possit an debeatur. Vtrum enim quid debeatur necne non nisi per actionem personalem disceptari potest. At in iudicari executione non aliter nomen debitoris capi pignoris loco permittitur quam si non inficietur debitum is qui condemnati debitor esse dicitur. Alioquin non victoris est sed condemnati cum debitore contendere an quod petitur debeatur *l. à Diuo Pio. 15. §. sed uirri. D. de re iudic.* Nam cum executioni mandari non possit sententia præterquam in bonis condemnati, prius est ut constare debeat esse quid in ipsius bonis quæ ut pignoris loco capiatur *d. l. à Pio. §. si rerum.* Idemque iuris est si ex tacita hypotheca agatur in nomen debitoris, *l. si debitum. 3. Cod. quana. §. si. C. vel priuat.* Credo quod legis hypothecam constituentis mens illa sit, ut debitoris debitorem non aliter obliget creditoris creditori, quam si uerum debitorem esse appareat ne si secus faceret litem materiam potius quam ius pignoris creditori acquirere uideretur. At qui, inquit, Vlpianus in *d. §. si rerum,* aperte scribit iudices qui sententiam exequantur, cognoscere debere de proprietate rei cuius mouetur controuersia inter victorem & possessorem: ut si cognoscant eius fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exequantur, dummodò meminerint summam esse cognoscendum, nec ipsi condemnato aut aliis, sed tantum capioni pignoris aut nocituram, aut profutura sententiam. Cur non ergo si controuersia sit de debito cognosci æquè poterit inter victorem & debitorem, & quidem summarie, an quod petitur debeatur? Respondendo diuersam esse hac parte nominum & ceterarum rerum siue corporalium siue incorporalium rationem *d. §. sed uirrum.* Quoniam, ut dixi, de debito disputari non potest an sit, nisi per eum cui debere dicitur, cum eo nomine personalem actionem exerceri necesse sit: quæ porro alij non potest competere, ut vel ipsa personalis actionis definitio demon-

strat, quam ipsi creditori aut ei qui uiles ab eo actiones habeat qualis est is cui creditor ipse nomen uendiderit aut obligauerit, non etiam is cum quo nulla de nomine debitoris conuentione inita sit. Factum enim aliquod creditoris interuenire necesse est ut ex eius persona aduersus debitorem agere, aut etiam proprio iure creditoris creditor possit. At de dominio ceterarum rerum siue corporalium siue incorporalium disceptari etiam inter alios potest domino ipso ignorante, cum & aliena res plerumque à non dominis possideantur, & de facto, ut aiunt, vindicentur, *leg. ultim. C. de rei uindication. leg. ultim. D. de acquirend. possession.* An igitur si debiti controuersia fiat, obseruandum illud erit, quod sequitur apud Vlpianum in *d. §. si rerum?* Sed illud debet dici, ubi controuersia est de pignore id dimitti debere, & capi aliud si quod est sine controuersia. Minimè uero. Nam cum in nomine speciale sit, quemadmodum diximus, ut ita demum capi possit pignori si nihil aliud sit quod capi possit, ut idem Vlpianus scribit in eadem lege, *§. si quoque iudices* (quomodo & illud accipi debet quod scriptum est in *l. etiam nomen. §. C. de execut. rei iudic.*) consequens est in nomine pignori capto distinctioni huic locum esse non posse. Nisi proponas diuersa fortasse eiusdem debitoris aut plurium nomina, & ex his alia controuersa esse, alia non esse. Quid ergo si unicum debitum sit & id quidem controuersum, quoniam remedio victori succurreret? Illo nimirum, rectè sentio, ut in executione iudicari condemnatus iubeatur debitum persequi & probare, ut ita probationis & condemnationis quæ sequetur emolumentum primo victori proficiat, hoc est creditoris creditori, accepturo pecuniã quasi in solutum & iure cuiusdam compensationis si pecunia debebatur, aut corpus debitum uelut pignoris loco si corporis non pecuniæ nomen fuit, *l. si conuenierit. 18. D. de pignor. act. l. grege. 13. §. cum prædium. D. de pign.* Estque notandus hic casus inter eos quibus agere quis inuitus compellitur ut alteri præbeat actionem, contra receptam iuris regulam, *Ut nemo inuit. ager. uel accus. cogat. tit. C.* Quomodo & illud quoque admittimus, quod magis mirum est, cogendum interdum tutorem ut administret tutelam, & gerat ob hoc solum ut aduersus eum, eiusque fideiussores agi possit ex stipulatione, Rem pupilli saluam fore, quoniam alioqui nec tutor qui non gessit nec ipsius fideiussor conueniri ex ea posset, *l. 4. §. sed enim. D. rem pupil. salu. fore. Iunet. l. 1. C. de magistr. comen.* Eoque pertinet lex *1. C. de condic. ex leg.* In cuius specie fauor & priuilegium fisci ob debitum ex causa primipili contractum non in eo elucet quod debitor fisci contra debitorem suum agere cogitur, sed quod etiam ante diem agere potest. Sic & quamuis regulare sit ut non cogatur creditor pignus distrahere nec pati ut ab alio distrahatur: attamen si res pignorata in executione iudicari capiatur aliud est, *§. quod si res. d. l. à Diuo Pio.* Quod si confessum nomen pignoris loco captum sit, in arbitrio est eius, qui iudicatum exequitur, ut vel exigat quod debetur, & in causam iudicari conuertat, eo quæ diximus modo, uel uendat nomen ut pignora corporalia solent, prout facilius illi uidebitur ad rem exequentiam, *§. si quid dicemus ead. leg.* Tamen, ut dicam quod sentio, totus ille uersiculus quem retuli, *sed illud debet dici, &c.* mihi ualde suspectus sit. Et, nisi me fallo, Triboniani additio est temperantis aut potius corrigentis quod Vlpianus dixerat, mota de proprietate rei controuersia summarie de eo cognoscere iudicem debere atque exequi iudicatum. Neque enim potuit Vlp. corrigere aut immutare quod ille ipse non à se commen-

tum & excogitatum, sed ab Imperatore suo constitutum esse fateatur. Nisi forte Imperatoris rescriptum coarctare uelis ad eum casum quo aliud nihil sit quod pignori capi possit præter eam rem, de cuius proprietate quaestio fiat. Sed non fuerit id probabile. Nam in *d. §. sed uirrum,* idem Vlpianus generaliter repetit, In corporum pignoris iudices cognoscere de proprietate, sed contra in nominum pignore rescriptum esse. Discedi enim debere à nomine quod negatur. Itaque si quis hanc Triboniani notam iis coniunxerit quas retulimus supra ad finem *c. 13.* is meo iudicio non multum aberrauerit. Et hæc quidem ad eas differentias pertinent quæ sunt inter pignus nominis conuentionale & iudiciale, itemque inter pignus nominis & ceterarum rerum.

CAPVT XVIII.

Triboniani nota ad Pomponium in *l. quamuis. 6. de pignor. act.*

SUMMARIUM.

- 1 *Notatur alia differentia inter pignus iudiciale & conuentionale.*
- 2 *Verba à Triboniano in d. l. quamuis, addita, iuris rationi contraria esse.*

Sed & illud obseruatione dignum est quod attigimus supra ad finem capituli 14. fuisse olim hanc etiã differentiam inter pignus conuentionale & iudiciale, quod pignoris conuentionalis distractionem non facere nec pati creditor cogebatur: tamen conuenisset ut liceret ei pignus distrahere, quia eius intuitu & fauore potius id cautum uideretur. Præterquam ex causa, ut puta, si multo minus esset quod deberetur & posset hodie pluri uenire pignus quã postea, ut ex Atilicini sententia Pomponius scribit in *l. quamuis. 6. D. de pign. act.* Neque ei posteriori creditori ius ullum competeat aduersus priorē, nisi ut ei debitum offerret si utriusque debito ex soluendo pignoris estimationem sufficere arbitraretur, *l. 1. l. prior. 5. & pass. C. qui potior. in pigno. hab.* At in iudicari executione contra seruabatur, ut cogereur creditor anterior non quidē uendere, sed pati uenditionem sui pignoris si emptorē capta res inueniret qui dimisso priorē creditore superfluum soluere uellet, at ita ut non fieret deterior condicio prioris creditoris, suū scilicet consecuturi, nec prius ius pignori dimissuri, quã ipsi fuisset satisfactum. Sic enim Vlpianus in *d. l. à Diuo Pio. §. quod si res,* ubi apertissimis & elegantissimis uerbis differentiam hanc exprimit, cuius ratio non obscura pendet fortasse ex rerum iudicatarum auctoritate, quas executioni mandari & effectum habere publicè interest, etiam tū cum per errorem aut ambitiosè, uel per lodes quid decretum est, *l. seruo inuito. 65. §. cum Prator. D. ad SC. Treb.* Tribonianus uero, ne hic quidē sibi temperans quin Iuriscōsulto uolentis manus inferat, idē in conuentionali quoque pignore inducendum existimauit, & quasi absurdum esset, aut, ut ille absurdè loquitur, inhumanum cogi creditorem pignus uendere eo etiam casu quē Atilicinus expresserat, constituit quod longè absurdus est ut omni casu liceat ipsi debitori, qui pignus dedit illud uendere & accepta pecunia id soluere quod debetur. Ita tamen, inquit, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam si mobilis sit, prius idonea cautela à debitore pro indemnitate præstanda. Hæc enim Triboniani uerba sunt sub Pomponij nomine in d. l. quamuis ab illis melius autem est dici usque ad *§. si creditor.* Quæ si quis conferre uelit cō-

Vlpiani sententia in d. §. quod si res, ad cuius similitudinem & exemplum expressa sunt, facile intelliget Triboniano potius quam Pomponio adscribenda esse. Ad eod sunt infusa, & inconcinna, ne addam, supra dicta iurisdictioni euidentissimè contraria. Facilius enim admitti illud poterat ut iudex ad exequenda sententiam à Pratore datus pignus alteri creditori obligatum distraheret, quàm ut debitor ipse propria auctoritate, & inuito creditore id faceret. Et multò inhumanius est cogi creditore pati ut debitor pignus distrahat quàm si ipse vendere cogeretur, quod tamè Attilianus vno tantum illo, casu admiserat quo & conuenisset ut liceret creditori pignus distrahere. Et longè minus venire quàm postea: cum Tribonianus ex contrario id sensisse videatur ut omni casu liceat debitori pignus vendere. Respicies fortassis ad Iustiniani Nouell. 112. de litigios. c. 1. §. ab hoc, ubi constituit ille, ut siue res mobiles siue immobiles aut se mouentes hypotheca data sint specialiter, possit quidem debitor eas vendere, sed ita, ut ex earum precio creditori satisfaciat, alioqui earum vindicatio creditori detur. Quae tamen constitutio quam sententiam habeat, aut rationem, & an ius nouum hac parte faciat, quoniam alius tractatus est, alio loco differendum relinquemus.

CAPVT XIX.

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

SVMARIA.

- 1 Rei legatæ dominium ab adita hereditate in legatarium transire, rerum autem hereditariarum in heredem à die mortis testatoris.
 - 2 Hereditatem nec inuito nec ignorantem, legatum etiam ignorantem acquiri.
 - 3 Differentia inter legatam acquisitionem quae fit per agnitionem, & eam quae fit sola legis potestate.
 - 4 Cur ignorantem legatario dominium legatæ acquiratur, & quae inde sequantur?
 - 5 Reijcitur Caiacy sententia existimantis neque furioso neque alijs legataris ignorantibus rei legatæ dominium acquiri.
 - 6 Explicatur §. furdo. l. cum pater. 77. de leg. 2. & probatur furioso vel furdo legataris non legatæ actionem sed emolumentum ignorantibus queri.
 - 7 Quid Cuiacium in dictam opinionem impulserit?
 - 8 Non semper competibus mentis personales actiones ignorantibus acquiri.
 - 9 Emendatur d. l. filiusfam. & pro personales leguntur personis tales.
 - 10 Cur in d. l. filiusfam. Marcellus de actionibus personalibus potius quàm de dominio rei legatæ loquatur?
 - 11 Defenditur vulgata dictæ legis lectio.
 - 12 Non easdè actiones pro legatæ & si fideicommissum cõpetere.
- Am t̄ superiore libro scripsimus c. 3. & 4. rei legatæ dominium transire recta via à testatore in legatarium l. à Titio 64. de furt. dummodò sit adita hereditas l. si tibi homo 89. §. cum seruus de leg. 1. quoniam legatum ita dominium rei legatæ facit legatarij ut hereditas heredis res singulas l. legatum 80. de leg. 2. constat autem heredi acquiri dominium rerum hereditariarum: non ex quo adita est hereditas, sed ab ipso die mortis testatoris, quoniam heres quancumque adeat iam inde à die mortis adiisse retrofingitur propter necessariam dominij continuationem, quod medio tempore pro derelicto haberi nec potest, nec debet, leg. heres quancumque 54. de acq. hered. l. omnia. 32. de reg. iur. Hoc plus est in legato quòd cum hereditas nec ignorantem nec

inuito heredi acquiratur, ne ignorans aut inuitus hereditariis oneribus implicetur l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. quia poterat 4. D. ad SC. Treb. propterea quòd qui semel heres factus est, quamuis ignorans & inuitus quod contingit in suis duntaxat, aut necessariis heredibus, nunquam ex post facto, desinere potest esse heres l. ait Prator. 7. §. sed quod Papinianus de minor. l. cum quasi 30. §. sed et si suus de fideic. libert. Legatum tamen etiam ignorantem acquiritur, quia non obligat legatarium, nec damno eum adficere potest l. si hereditatem 32. D. n. iudat. licet non inuito, quoniam liberalitas in inuitum non confertur, ex vulgata iuris regula. Acquiritur, inquam, ignorantem, non solum quòd ad personalem actionem pertinet, quæ pro legato aduersus heredem competit, sed etiam quòd ad ipsum dominium, & emolumentum, ut aperte scriptum est in l. si pariem 19. §. 1. quemadmodum seruit. amit. l. cum pater 77. §. furdo de leg. 2. aliique innumeris iuris locis. Nā quòd contra scriptum videtur in l. qui ita 13. de cond. instit. ad eam legatæ acquisitionem spectat quæ est irreuocabilis, id est quæ fit per agnitionem. Prior enim illa quæ fit sola legis potestate non facit quominus liceat legatario, si volet, legatum repudiare, ne alioqui id agere lex videatur ut inuito beneficium detur. Vnde illud etiam fit, ut qui legatum repudiat non tam alienare intelligatur quàm lucris occasionem amittere l. si sponsus 5. §. penult. de donat. inter vir. & uxor. l. quod autem 6. in princip. & §. 1. D. qua in fraud. credit. neque tamen possit pupillus sine tutoris auctoritate legatum repudiare, quasi ea repudiatio sit rei iam quæ sitæ alienatio, ut Vlpianus loquitur in l. magis puto 10. §. fundum autem de reb. eor. qui sub tutel. Nimirum, quia non est agnitio legatæ necessaria ad acquirendum legatario dominium, necessaria autem est repudiatio ut dominium re vera ignorantem quæ situm ab eo abscedat, & ad heredem recurrat. Et sane absurdum aut mirum videri non potest, quòd per legis potestatem dominium ignorantem acquiratur, cum inter eos modos quibus acquiri dominium iure Quiritium potest, vnus ille sit, ac fere præcipuus, qui fit per legem ut ex Vlpiani Titulis probauimus, dict. cap. 4. lib. super. Nemo autem nescit lege duodecim tabularum non solum inducta & cõfirmata legatæ, sed etiam sub legatæ nomine permissam generaliter testandi facultatem l. verbis legis 120. de verb. signific. Ex eo verò quòd legatæ etiam ignorantibus acquiruntur, euenit ut non solum filiosfamilias, aut muto, aut furdo qui testamentum facere non possunt acquirantur, sed etiam infanti & furioso, ut ex Pomponio & Marcello proditum est in l. filiusfamilias 16. D. qui testament. facere poss. Generaliter enim verum est, ex quibus causis ignorantem queritur, etiam furioso & infanti acquiri l. si à furioso 12. de reb. credit. l. si à furioso 24. de obligat. & actio. l. §. 1. §. 1. de acq. iur. poss. l. cum furiosus 39. de iudic. Quod cum ita sit non possum non mirari quòd vit doctissimus Iacobus Cuiacius ad dict. l. filiusfamilias, scripsit neque furioso, neque alijs legataris acquiri dominium rei legatæ ignorantibus, sed tantum actionem personalem ad legatum consequendum, quasi non aliam ob causam tot locis contra scriptum sit acquiri legatum ignorantem, quàm quòd rem ipsam habere videatur qui vtilem actionem habet ad rem persequendam. Nam imò verò de re ipsa legatæ, non de actione ad legatum iuris autores passim intelligunt, cum scribunt acquiri legatum ignorantem, ut in dict. l. si pariem. §. 1. quemadm. seru. amit. ubi ait Põponius, viam quæ legatæ erat non utendo, amitti, si per constitutum

stitutum tempus non sit ea vsus legatarius cum ignoraret sibi legatam: quia scilicet, inquit ille, legatarij via esse cõperat. Ad eod ut si medio tempore ac priusquam resciret legatarius sibi legatam seruitutem, fundum vendiderit cui ea seruitus debeatur, transeat via in emptorem si reliquo tempore ea vsus fuerit, & quòd magis est ac propemodum singulare, ita ut nec iam legatum repudiare legatario liceat, postquam fundus ad eum pertinere desit, quorum omnium nihil verè diceretur si actio tantum ad seruitutem constituendam, non etiam ipsa vie seruitus ignorantem legatario acquisita intelligeretur. Sic & in d. §. furdo, non legatæ actionem ignorantem queri vult Papinianus, sed emolumentum, quòd ipsum, ut quiuis facile videt, non in agendi facultate consistit, sed in ea ipsa re quæ legatæ est. Neque verò sic intelligi Papinianus potest ut in fideicommissum quòd à furdo legatario relictum est sola persequendi legatæ actio cõtineatur, cum id ipsum legatarius restituere in usus proponeret quòd accepisset, rem verò quæ legatæ erat accepisset non tantum actionem. Atqui aperte Papinianus scribit, id ipsum fideicommissum contineri, quòd ignorantem furdo vel mutuo quæ situm fuerat. Sentit igitur rem ipsam quæ legatæ est ignorantem legatario quæ sitam intelligi. Denique id aperte ab Vlpiano expressum est in d. l. magis puto 5. §. fundum autem, illis verbis, cum res sit pupilli: neque enim Seueri oratio, De non alienandis rebus minorum ad iura & actiones pertinet, sed tantum ad res immobiles, prædiæque, siue suburbana, siue rustica l. i. eod. tit. Quid ergo est quòd in tam aperto iure virum doctissimū fallere potuit? Nimirum quòd in d. l. filiusfamilias ita scriptum est, nam etiam competibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur. Etenim, ut ille non improbabiler argumentari videtur, cur de personalibus actionibus loquatur Marcellus, si de rebus ipsis legatis idem existimauit, ut etiam ignorantibus legataris acquirantur? Scio placere Accursio idem quoque admittendum esse in realibus, neque dubito ita esse quòd pertinet ad legatæ. Sed hoc ipsum est quòd me male habet, cur ergo de personalibus Marcellus tractet, præsertim cum præcedentia illa, quia potest sibi acquirere legatum, rem ipsam legatam demonstrant potius quàm actionem personalem legatæ nomine competentem. Deinde verò falsa est generalis illa propositio si tam indistinctè accipiat, competibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiri. Nam imò verò non nisi certis casibus, iisque per paucis fieri potest ut ignorantem personalis actio acquiratur. Itaque puto subesse mendum, & pro personales legendum personis tales, nato fortassis errore ex eo quòd prior dictio breuiter sic scripta esset, person. quòd non animaduersum ab imperito librario ex duabus illis dictionibus vnam constante, personales, quæ nullius sensus est, fecit postea ut sublata litera t̄ super fuerit dictio personales. Admissa verò hac emendatione sententia est elegans & aperta furioso acquiri legatum vel fideicommissum propterea quòd etiam competibus mentis personis tales actiones, id est quæ legatorum vel fideicommissorum nomine competunt etiam ignorantibus acquiruntur: Porro actionem generali appellatione, eas intelligimus tam quæ in rem sunt, quàm quæ in personam. Omnes enim acquiruntur legatario etiam ignorantem. Nam cui dominium rei legatæ etiam ignorantem queritur, multò facilius personalem actionem ad consequendum legatum acquiri fatendum est. Illa tamen adhuc dubitatio superest, cur de actionibus loquatur Marcellus

potius quàm de dominio rei legatæ. Sed dicendum est ita Marcellum loqui debuisse, quoniam in precedentibus non tantum de legato egerat, sed etiam de fideicommissum iis verbis, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Fideicommissum autem hac parte alia ratio est, quàm sit legatæ. Si quidem eius rei quæ per fideicommissum relicta est dominium non acquiruntur fideicommissario ignorantem, adeoque nec secuta traditione, ut pluribus explicauimus, d. cap. 4. sed tantum actio personalis ad persequendum fideicommissum, quæ ignorantem ita acquiruntur, ut etiam ab ignorantem in heredem transfinitatur, l. vlt. C. quand. dies legat. ced. Quæ etiam ratione possit quis fortasse, nec malè, vulgatam lectionem defendere. Quasi necesse fuerit Marcellum de personalibus actionibus loqui, propterea quòd non nisi ratione personalium actionum potuerit adferre rationem, quæ fideicommissis perinde ac legatis conueniret, cum de fideicommissis quoque loqueretur. Verum quanquam id non improbabiler dici potest, probabilius tamen existimo ut textus eo quo diximus modo emendetur. Ita enim fiet ut ratio sit generalior, nec tantum personales actiones comprehendat in quibus legatæ & fideicommissa conueniunt, sed etiam actiones in rem quæ speciali iure legatario tanquam domino accommodantur, siue per vindicationem legatum sit, siue per præceptionem. Omnes enim huiusmodi actiones significantur, iis verbis, tales actiones, id est, pro tali re, seu pro legato vel fideicommissum competentes. Neque tamè ex eo inferri potest easdem actiones pro legato & fideicommissum competere. Nam pro legato, ut dixi, cõtinentur in rem & in personam, pro fideicommissum autem in personam duntaxat. Cæterum illud vtrisque commune est quòd siue in rem sint legatorum, tantum nomine, siue in personam ex causa legatæ vel fideicommissum, & acquiruntur ignorantibus & ab ignorantibus in heredem transfinituntur. In quo dissimulare non possum errorem Accursij, qui cum ait idem in actionibus realibus admittendum esse quòd lex ait de personalibus, non satis videtur obseruare differentiam illam quæ Pomponij & Marcelli ætate vigeat inter legatæ & fideicommissa, quòd ad rei dominium & actiones in rem quæ pro dominio dantur, pertinet. Sane post Iustiniani constitutiones in l. 1. & 2. C. commun. de legat. quibus mouetur Accursius, fateor ex æquata legis fideicommissa singularia ut in cæteris omnibus ita in hoc etiam quòd fideicommissorum perinde ac legatorum nomine non tantum hypothecaria competit, sed etiam vindicatio, quòd non aliter induci potuit, quàm admissio & inducto eo in necessarium antecedens, ut fideicommissum dominium fideicommissario acquireretur ipso iure, & citra traditionem. Sed non conuenit Pomponio aut Marcello ea interpretatio tanquam aliena à ratione iuris veteris quòd eorum temporibus obtinebat.

CAPVT XX.

Recta emendatio. l. si primo. 8. De liber. & posthum.

SVMARIA.

- 1 Favorabilis esse testamentum in quo posthumus præteritus postea natus est, quàm illud in quo filius suus præteritus iam testamenti tempore natus erat.
- 2 Potentius aliquando esse in posthumum præteriti, quàm filij iam nati.
- 3 Explicatur d. l. si primo per l. posthumus, eod. tit.
- 4 Quod tempus inspicere oportet quum de testamentorum iure & validitate agitur?
- 5 Quoniam fuerit dubium an dicitur in d. l. si primo.

- 6 An in d.l. si primo, posthumus post testamentum natus, viuo an mortuo iam patre decesserit?
 7 Rejicitur Cuiacij ad d.l. emendatio.
 8 An in d.l. ex Roberti sententia intersit viuone patre an mortuo natus sit posthumus?
 9 Verba illa in d.l. si primo, vt natus viuo patre à quo exheredatus sit moriatur, Interpretis, non Pomponij esse.
 10 Huius additionis occasio.

Præterito ꝑ filio qui iam testamenti tempore natus erat, & in potestate, constat iniustum & ab initio inutile esse testamentum, *l. inter cetera. 30. de lib. & posthum. l. 1. de iniust. rupt. & irrit. fact. testat.* Præterito autem posthumo, qui postea natus sit siue viuo siue mortuo patre non inutile esse, sed rumpi agnatione sui heredis, *d. l. 1. & 3. in princip. l. si quis filio. 6. leg. verum est. 8. l. posthumus. 12. & pass. eodem titul.* Loquimur enim de posthumo suo, hoc est qui quo tempore nascitur primum in familia & causa successionis gradum obtineat, quem suorum heredum numero contineri Vlpianus in fragmentis scribit, *tit. 22. qui hered. instit. post. §. posthumus quoque liberi. 15.* Fortius ergo ius est filij iam nati, quam posthumi, quia quamdiu posthumus natus non est, incertum est an futurum sit vt nascatur, ideoque interea valere testamentum non solum æquum est, sed etiam necesse. Vnde illud quoque fit, vt minus fauorabile sit testamentum in quo filius iam natus præteritus est, vt pote quod ab initio non valuerit, nec vnquam constiterit, adeo vt etiam si viuo patre decedat filius præteritus, nihilo magis testamentum conualecat, *l. si filius. 7. de liber. & posthum.* quod ita accipiendum est, vt neque bonorum possessio secundum tabulas cum re ex eo peti possit: Cum tamẽ præterito posthumo qui postea viuo testatore natus sit, & decesserit, licet iuris scrupulositate testamentum perinde ruptum sit, nihilominus bonorum possessionem secundum tabulas cum re obtinere scriptus heres possit, ex Hadriani constitutione *dict. l. posthumus. 12. de iniust. rupt.* de cuius sententia & ratione dicemus, *infra cap. 15. lib. prox.* Interdum autem ex contrario euenit vt potentius sit ius posthumi præteriti quam filij iam nati. Nam posthumus in primo gradu præteritus licet in sequentibus sit institutus vel exheredatus, totum tamen testamentum rumpit sibi que locum facit. Filius verò iam natus & in primo gradu præteritus in secundo exheredatus primum duntaxat gradum iniustum facit, nec sibi locum aperit, sed secundo gradui & substituto à quo est exheredatus, vt Vlpianus tractat in *l. nam et si. 5. vers. non rumpendo de iniust. rupt.* An quod posthumus sit fauorabilior? Minimè: sed quia cum primus gradus rumpitur à posthumo intercedit factum rumpentis hoc ipso quod nascitur, & nascendo rumpit. Idque & verbum ipsum *rumpendi* demonstrat. Absurdum autem sit dicere posthumum rumpere vt alij locum faciat ac non potius sibi ipsi. Dum verò primum gradum ob præteritionem filij iam nati nullum & iniustum esse dicimus, non tam filij ipsius factum significamus quam legis vim & potestatem, quæ gradum illum valere non patitur odio præteritionis. Eatenus igitur duntaxat testamentum infirmat quatenus filius præteritus est, ac proinde non prohibet quominus sequentes gradus valeant in quibus idem filius vel institutus sit vel exheredatus. In cæteris solet eadem esse posthumi & filij superstitis causa vt in specie, *leg. si primo herede 3. de liber. & posthum.* in cuius fine ratio illa redditur, *quoniam cum est natus filius, loco eius est qui superstes est.* Specie autem eius legis quæ in filio superstite prius

proponitur, nec elegans est nec obscura. Ait Pomponius, *Si primo herede instituto filium exheredauero, si secundo autem substituto non exheredauero, & dum pendet an prior adurus sit filius decesserit, secundum sententiam qua videtur non erit secundus heres quasi ab initio iniustiter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.* Quod autem subiicit, Si in posthumo filio idem acciderit: eadem de substituto dicenda esse licet obscuris videatur, commodam tamen interpretationem recipit ex Africano in *leg. posthumus. 14. eodem titul.* Nempe, quoties posthumus à primo gradu exheredatus, à secundo præteritus est, quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, hoc est quo iis delata sit, secundum tamen gradum vitari placet, & perinde rumpi agnatione posthumi atque si eo tempore quo posthumus nascitur à prioris gradus heredes exclusi essent. Nec ad hoc solū vt institutis prætermittentibus ipse posthumus heres existat, sed etiam vt etsi defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem non possint substituti adire quemadmodum pluribus tractat Africanus in *d. l. si posthumus.* Perpetuum enim est in testamentis, cum de testamenti iure & validitate quaeritur vt non illud duntaxat tempus inspici debeat, quo hereditas scripto heredi deferretur, siue suo siue extraneo, sed illud præcipue quo testamentum factum est, cum eo potissimum tempore valere debeat institutio *l. si alienum. 49 §. 1. de hered. inst. l. pen. de regul. iur.* Nec quicquam hac parte inter suos & extraneos heredes interest, nisi quod in extraneis non tantum testamenti & mortis tempora spectantur, sed etiam aditionis, *leg. si alienum. 49 §. in extraneis de hered. inst.* In suis verò priora duo solum, quia cum ipso iure & citra aditionem heredes existat, nulla in iis aditio aut necessaria aut possibilis est, *l. in suis. 14. D. de suis & legit.* nec distincta sunt in illis tempora delata, & acquisitæ hereditatis. Itaque rectè Pomponius sententiæ suæ rationem illam reddidit, *quasi ab initio iniustiter institutus.* Vt testamenti quoque, non solius delationis tempus inspiciendum esse significet. Illa enim dubitandi ratio per rat, quod pendente eo an prior heres aditurus esset, filius decessisset, quæ apertius exprimit Africanus in *d. l. si posthumus,* cum ait, *quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas.* Nam si post exclusum morte aut repudiatione primum heredem, & iam secundo gradui hereditate deferenda posthumus à secundo gradu præteritus natus fuisset, dubitandi causa nulla esset quin secundus gradus agnatione ruperetur, proindeque substitutus excluderetur, tamen si postea posthumus quoque decessisset. Atque ita sit vt eadem hac parte condicio sit posthumi quæ filij iam testamenti tempore superstitis. Nam & huius præteritione inutile est testamentum quod ad secundum gradum attinet à quo præteritus est, quamuis pendente primi heredis aditione decesserit. Eadem profus iuris ratione vtroque casu idem ius inducente. Quid ergo est quod Pomponij sententiæ adeo obscuram facit, vt de recepta lectione vel tuenda vel emendanda tantis contentationibus vixi quidam doctissimi hac nostra ætate in Gallia ad conuicia vsque decertauerint? Illud nimirum quod de posthumo tractans Pomponius ponit eum natum viuo patre à quo fuerat exheredatus, deinde mortuum, nec aperit viuone an mortuo iam patre decesserit. Dubitationem fecit Cuiacio, quod si ponas defunctum posthumum viuo patre, non possit verum esse quod lex ait substitutum non admitti. Obstat enim, inquit, constitutio Hadriani in *dict. leg. Posthumus*

Rurfus si ponas natum quidem patre viuo, sed mortuum post patrem, quæ Accusij interpretatio est, ineptus sis, cum nihil hoc casu intersit an viuo, an mortuo patre posthumus natus sit. Quare nec dubitat quin vbi legitur *viuo patre*, legendum sit, *viuo primo*, vt intelligatur Pomponius de posthumo post patris mortem nato, & eo tempore quo heredi instituto iam delata erat hereditas, quique deliberante primo herede decesserit, vt posterior hæc legis species priori omnimodo conueniat, & iis quæ Africanus scripsit in *d. l. si posthumus iunct. l. 3. §. vltim. & l. 4. de iniust. rupt.* Ego verò equidem nõ dubito quin de eo posthumo Pomponius senserit qui post patrem defunctus sit, non ea ratione quod alio qui obstatura sit Hadriani constitutio quæ sanè nihil commune habet cum iuris ratione de qua Pomponius tractat, vt dicemus ad dictam *leg. posthumus*, sed quia non aliter fieri possit vt posterior species priori similis videatur. Prior enim species est de filio, tempore quidem testamenti superstite, sed qui mortuo iam patre decesserit & primo herede deliberante, iis verbis, *& dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit.* Neque tamen viri doctissimi emendationem probo, An quia cum Roberto putem interesse, quod ad propositam quaestionem attinet, viuone patre an mortuo natus sit posthumus? Minimè, si ad ea tantum respicias quæ Robertum mouerunt. Non enim eò minus verum est quod lex ait posthumum cum natus est loco eius esse qui superstes est siue viuo siue mortuo patre natum ponas, neque nato eo post mortem patris ideo magis admitendus est substitutus, quod testamentum ruptum mutare pater nequiverit, cum perinde rumpatur gradus ille à quo posthumus præteritus est, agnatione post patris obitum superueniente atque si viuo patre superueuisset, *d. l. si posthumus*, aliisque innumeris. Me igitur illud mouet quod si nihil interest an viuo an mortuo patre natus sit posthumus qui post patrem decessit, illud etiam consequens est nihil interesse, an legas *viuo patre*, vt habet recepta lectio, an quomodo Cuiacius reponit, *viuo primo*. Sanè quod idem Cuiacius putat in hac lege, *Primum*, nomen esse instituti, *Secundum*, substituti, non solum ociosum est, sed etiam improbabile. *Primum* enim Pomponius dixit, eum ipsum quem postea priorem vocat, cum ait, *an prior aditurus sit*, primumque heredem intelligit, qui primo loco institutus est, sicut & secundum qui secundo loco, quem & substitutum vocat, vt gradus designet potius quam personas, quomodo & Africanus fecit in *dict. leg. si posthumus.* Sed quamquam hæc ita sunt, alia tamen ratione moueor, vt receptam lectionem probare non possim, eamque à Cuiacio

prætermittam fuisse miror. Ea est, quod ante legem Velleiam cuius tota hæc lege mentio nulla fit, non valebat institutio aut exhereditatio posthumi qui viuo testatore post testamentum nasceretur. Hoc enim lege Velleia primum inducitur, vt possit hic posthumus institui aut exheredari, siue filius esset, siue nepos aut pronepos, *leg. Gallus. 29. §. nunc de lege, & §. illi casus hoc titul. leg. 3. §. 1. de iniust. rupt.* Atqui Pomponius de eo posthumo tractat qui & vtiliter institui aut exheredari potuerit, & à primo gradu ritè exheredatus sit. Ergo non de illo, qui viuo patre natus sit, sicut nec Africanus in *dict. leg. si posthumus*, nec alius quisquam Iurisconsultus vltio iuris loco, nisi cum de ea lege Velleia tractatur. Itaque cogor fateri totam illam additionem, *vt natus viuo patre a quo exheredatus sit moriatur*, inepti esse interpretis, & parum acuti, interpretari volentis quod Pomponius in præcedentibus dixerat, *quod si in posthumo filio idem acciderit.* Quæ tamen interpretatio, & inepta est, & manca. Inepta, in eo quod ponit viuo patre natum posthumum, cum non solum nihil referat viuone an mortuo patre natus sit qui post patrem moriturus (quæ Cuiacij ratio est non mala, licet leuior quam vt si aliud nihil moueret recepta lectio emendari debeat) sed etiam fieri nequeat vt vtiliter exheredatus videatur posthumus qui viuo patre natus sit. Manca autem in eo quod vt omnia similia sint in posthumo, quæ prior legis species tractauerat in filio, ponendum est, vt iam monuimus, posthumum non tantum mortuum esse, sed etiam mortuum deliberante primo herede, vt & in *dict. l. si posthumus. & dict. l. 5. de iniust. rupt.* Non quod & aliud esset si post repudiatam à primo hereditatem posthumus mortuus proponeretur, sed vt sit elegantior legis sententia, & de casu magis dubitabili. Nemo enim dubitare possit quin rumpi deberet secundus gradus si eo tempore posthumus nasceretur aut viueret quo secundis heredibus hereditas deferretur. Fefellit verò interpretem sicut & Robertum quod in fine legis scriptum est, *quoniam cum est natus filius, loco eius qui superstes est*, quasi non possit esse loco filij iam nati tempore testamenti, nisi is demum qui viuo testatore nascitur: quod sanè ridiculum est. Nam quādocunque nascatur posthumus incipit esse loco superstitis, nisi quod superstes facit vt testamentum ab initio inutile sit & iniustum. Natus postea rumpit duntaxat, siue viuo siue mortuo patre nascatur. Sicut & nil interest an posthumus nascatur viuo primo herede post mortem patris an viuo patre nisi quod qui viuo patre nascitur, alia ratione rumpit testamentum iure ciuili, quia nec institui potuit nec exheredari ante legem Velleiam, vt diximus.



ANTONII FABRI SEBVSIANI

SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber Nonus.

CAPVT I.

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

SVMARIA.

- 1 Posthuminum in suos & alienos diuiso, & eorum definitio.
- 2 In posthumis post testamentum conceptis conceptionis tempus inspicitur, quum de testati successione agitur.
- 3 Quodnam tempus in posthumis inspicatur quum de intestati causa queritur?
- 4 Quinam posthumi sui heredes dicantur?
- 5 Suum heredem etiam viuo patre aut auo dici.
- 6 An posthumus nepos Aquilianus suus sit, an alienus.
- 7 Quo sensu accipiendum sit quod dicitur, prudentes ius facere posse.
- 8 Posthuminum Aquilianum ita institui posse, vt ipso etiam institutionis tempore inspecto reuera sit suus.
- 9 Eum qui testamento institutus non est eo modo & tempore quo debuit, non idcirco minus videri prateritum, quod postea coeperit esse institutus.
- 10 Ad hoc vt posthumus Aquilianus testamentum non rumpat, requiri vt a quo tempore posthumus suus fuit, nullo instanti videri possit testamento prateritus.
- 11 Cur formulam sic non conceperit Gallus, si filius meus viuo me morietur, non autem, si mortuus fuerit?
- 12 An si Aquilianus nepotis sue posthumi institutus in ipsam instans mortis filij, concepta sit posthumus alienus censeatur?
- 13 Vis & necessitas articuli tunc in formula Galli Aquilij.
- 14 Etiam in conditionali posthumi Aquiliani institutione testamenti tempus inspicendum esse, vt sciat ut an valeat.
- 15 Explicatur Lei qui soluendo. 88. de hered. instit. & declaratur quid possit particula tunc post conditionem apposita.
- 16 Quo sensu dicatur, heredem, nec ex tempore, nec ad tempus, nec sub conditione institui posse?
- 17 Distinctio inter institutionem que fit sub conditione, & eam que fit ex conditione.
- 18 Ideo receptam esse Aquilij formulam, quod per eam non alienus, sed suus posthumus instituitur.
- 19 Examinatur l. in tempus. 62. de hered. instit. & eius ratio redditur.
- 20 An salua iuris ratione posthumus alienus villo casu institui possit?

Posthuminum & summa & perfecta diuisio illa est, vt quidam sint sui, quidam alieni. Sui sunt, qui si eo tempore nascerentur quo testamentum fit, dummodo iam tum concepti sint, inter suos heredes testatori fu-

turi e'ent: alieni contra qui testamenti tempore iam concepti si tum nascerentur, inter suos heredes testatori futuri non essent, §. posthumo quoque alieno, Instit. de leg. Nam qui testamenti tempore nondum concepti sunt in iis testamenti tempore spectari non potest, cum eo tempore neque in hominum neque in rerum natura sint, nec sui dici possunt, nec alieni, quia nec liberi sunt, nec animantes. † Iis autem postea conceptis solius conceptionis tempus inspicimus, quasi & eo ipso die quod ad illos pertinet facto testamento, nimirum cum de testati successione agitur. Exemplum Iustinianus profert in d. l. posthumo, de nepote concepto ex filio emancipato, quem auo esse posthimum extraneum ait, quamuis nihil vetet recipere filium in patris potestatem priusquam nepos nascatur. Eodem pertinet quod Vlpianus scribit in Fragment. 111. 22. qui hered. instit. post. §. posthumus quoque liberi, id est qui in utero sunt, & apertius idem Vlp. in l. 1. §. si pater in potestate versis. sed et si posthumus natus sit ex emancipato ante emancipationem conceptus, idem erit dicendum, D. de coning. cum emancip. liber. Neque obstat quod in Velleiano posthumo nihil aliud requirimus nisi vt suus nascatur l. Gallus. 29. §. nunc de lege de lib. & posth. Non enim fecit Velleus vt suus posthumus dici debeat qui suus nascitur, sed vt quamuis sit alienus, possit tamen institui si suus nascatur. † Cum autem de intestati causa queritur, sicuti testamēti tempus inspicere non potest, ita neque cōceptionis, sed id solum quo intestati successio locum habere incipit hoc est, quo testator moritur, si testamentum nullum factum sit, aut si factum quidem sit, sed postea destitutum, quo destitutum & desertum sit, id est quo hereditas ex eo adiri posse desierit. Id enim faciunt verba legis 12. tabul. si inestato moritur. l. si quis posthumos. 9. §. si filium in fin. de liber. & posth. l. 1. §. sciendum de suis & legit. l. scripto. 7. vnd. liber. † Quoniam verò posthumos suos cum dicimus suos heredes intelligimus & qui nati inter suos heredes futuri sint, illud quoque sciendum est suos heredes non eos esse qui in potestate duntaxat testatoris futuri sint si tum nascantur, sed qui & in potestate futuri sint, & primum in familia gradum, quod ad causam successionis pertinet, occupaturi. Fieri siquidem potest non in persona filij, sed in persona nepotis aut pronepotis, vt in aui vel proaui potestate sit, nec tamē inter suos heredes numeretur, quod eum pater in causa successionis præcedat. At contra, vt primum in familia & causa successionis locum quis obtineat, nec tamen suus sit, fieri nullo casu potest, l. si quis filio. 9. in princ. de iniust. rupt. l. si filius familias. 33. §. 1. de testam. mili. d. l. scripto. 7. D. vnd. liber. † Et si autem viuo testa-

tore heres dici non solet, quia nec viuentis vlla est hereditas, l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. qui superstitis. 94. de acquir. hered. leg. 1. D. pro hered. † Suum tamen heredem etiam viuo patre aut auo dicimus, quod hæc appellatio iis conueniat qui etiam viuis parentibus quodammodo domini videantur, leg. in suis. 11. de liber. & posth. & consequenter heredes: cum qui heredem dicit, dicat dominum, §. vlt. Instit. de hered. qualis. & differ. leg. de hereditate. 19. §. pater. vers. non tamen. D. de Castrensi. pecul. l. 3. §. penult. D. de minor. Propter quam causam & legis Velleæ verba posteriore capite sic concepta sunt: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, scilicet viuo testatore. Pertinent enim non tantum ad casum illum Aquilianam formulam comprehensum, sed ad omnes quoque ceteros, quos in Galli Aquilij formula supplendos esse placuit, hoc est, siue moriatur, siue deportetur, siue ab hostibus capiat filius viuo testatore, dicit. l. Gallus. §. sequenti parte. Quomodo autem suus esse desineret viuo testatore, qui suus nunquam fuisse? Inde verò fit, vt in suo quoque posthumo dignoscendo non id tempus spectemus quo testator moritur, cum testamentum factum est, sed quo posthumus, vt iam dixi, conceptus sit, & vel institutus, vel exheredatus, vel prateritus. † Ex quo apparet si de posthumo nepote Aquiliano queratur, an suus sit, an alienus, simpliciter responderi non posse. Non quod, vt quidam putant, tertiam speciem constituat posthumi vel extranei, vel non sui (qui enim heres est, eum aut suum aut extraneum, & quod idem est alienum esse necesse est. d. l. scripto. 7. vnd. liber.) sed quia duplici ratione considerari potest, & tanquam posthumus, & tanquam Aquilianus, hoc est qualis in Galli Aquilij formula instituitur. Si tanquam posthumus, proculdubio alienus est quia si testamenti tempore nascetur, non esset suus heres auo testatori. Et idcirco ante Gallum Aquilianum nulla eius instituendi ratio esse videbatur quasi alieni, tamen si suus nasci potest, præmortuo interea patre viuo auo. Vnde euenire necesse erat vt eius agnatione testamentum rumpatur. Is enim agnoscendo rumpit quem nemo præcedit non testamenti, sed mortis tempore, d. l. scripto, & d. l. si quis filio. 6. de iniust. rupt. l. si quis filium. 34. C. de inoff. test. am. Si tanquam Aquilianus & eo modo quo eum institui Gallus voluit, haud dubie suus non alienus dicendus est. Neque enim potuisset Gallus inducere posthumi alieni institutionem quam ius civile non agnoscebat, cum nec ius facere posset aduersus ea quæ iam ceterorum prudentum omnium consensu & auctoritate recepta erant, & constituta. † Quanquam enim non ignoro prudentes ius facere potuisse, & prudentum responsa iuris civilis partem constituere, §. responsa. Instit. de iur. nat. gen. & civili. l. ius autem. 7. de inst. & iur. non tamen id ita accipi potest vt vnicique liceret de iure pro arbitrio respondere in ea re quæ iam communi aliorum placito decreta esset, sed in iis duntaxat quæ nullo adhuc certo iure stabilita, aut interpretate, aut noua cautione egere viderentur. Alioqui pro tot opinionum varietatibus contraria plerumque iura constituerentur, quod esset absurdissimum, & ab ipsa conditione iuris, quod certum esse debet, profus alienum. Cum igitur non illud Gallus induxerit, vt posthumus hic nepos institui posset, sed tantum qua ratione & arte posset, præscripta in eam rem formula, quod proprium Iurisconsulti munus est, fateri oportet posthimum Aquilianum, quatenus Aquilianus est, non esse alienum, sed suum. † Subtiliter enim Gallus animaduertit quod ante eum nemo obseruauerat, posthimum hunc quamuis testamenti tempore

fit alienus, & tum quoque cum concipitur, siue antè siue post testamentum conceptus sit, posse tamen ita institui, vt ipso etiam institutionis tempore inspecto reuera sit suus: collata nimirum non tantum institutionis conditione, sed ipsa etiam institutione in id tempus quo suus erit, quod fit commodissime si testator ita scribat, filius meus heres esto, (filij namque institutionem necesse est vt testamentum valeat, vt dicemus ad §. in omnibus. l. Gallus) si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos siue qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus crederetur, natus natæve erit, heredes sinto. His enim verbis instituitur nepos non in eo tempore quo testamentum fit, sed eo demum instanti quo filius moritur propter articulum illum, tunc, qui temporis extremitatem denotat, l. si his legat. am. 4. §. vlt. de conduct. & demonstr. id est instans illud quo incipit posthumi nepotis institutio, ad excludendum non solum tempus anterius quo iustitui nepos hic non potuisset, tanquam alienus posthumus, sed etiam quod pauci obseruarunt, tempus posterius in quo non nisi serò & frustra institueretur posthumus qui iam antè institutionem factus esset suus, quique præteritum se reperiret: † nam qui testamento institutus non est, eo modo & tempore quo institui debuit, non eò minus videri debet præteritus, quod postea coeperit esse institutus. Alioqui suum heredem vel in remotissimo gradu institutum aut exheredatum esse sufficeret, vt priores gradus quibus præteritus esset confirmarentur, quod non ita est. Atqui si post mortem filij nepos hic posthumus heres institueretur, dari posset instans quo & suus heres fuisset, & præteritus. Nempe instans illud quod proximè & immediatè secutum esset filij mortem. Cum enim aliud sit institui, aliud esse institutum, & prius sit vt quis instituatur quam vt institutum se reperiat, fieri sanè nequeat vt nepos qui primo illo & proximo instanti post patris sui mortem incipit esse suus posthumus auo, quique tunc demum & eo primùm instanti instituitur, videri possit iam institutus. Est ergo præteritus. Nam qui nec institutum se reperit nec exheredatum, is necesse reperiat se præteritum. Nec mouet, quod eo saltem tempore quo nascetur institutum se reperiet. † Nam vt ne rumpat testamentum non sufficit institutum eum reperiri cum nascitur, sed illud quoque præterea requiritur vt à quo tempore posthumi suus fuit, nullo instanti videri possit testamento præteritus: ad eò vt etiam si nondum conceptus sit testamenti tempore, institui nihilominus debeat aut exheredari, vt ab initio testamentum ita valeat ne rumpi vnquam possit, l. placet. 4. l. inter cetera. 30. de lib. & post. † Itaque sit formulâ, Gallus cōcepit, si filius meus viuo me morietur, non ita, si filius meus viuo me mortuus erit, quia verbo illo morietur instans ipsum mortis demonstratur, quod vita adscribitur: cum moriatur est demum qui adhuc viuus, non qui iam mortuus est, l. qui duo. 18. §. 1. de manum. testam. Cum verò non eo ipso instanti quo filius moritur, nepos in ipsius locum succedat, sed eo solum quod proximè sequitur mortem, quia non succedit viuo sed mortuo d. l. Gallus §. sequenti parte, euenit necessariò, vt qui ita institutus est sicuti Gallus Aquilio placuit, reperiat se institutum eo instanti quo succedit. † Verù hinc illa cursus incurrit hæsitatio, quod si nepotis huius Aquiliani institutionem in id tempus aut potius in id instanti confecti necesse est quo filius moriatur, & instans illud vita filij computatur, vt diximus, illud quoque incommodi accidit vt alienus posthumus institutus videatur, vt pote

qui viuo filio nec emancipato, nec deportato nec ab hostibus capto non possit esse suus. Et hoc sanè præcipue est quod perdifficilem faciebat nepotis huius institutionem. Sed absurdum Gallo visum est huiusmodi institutioni obstare instas illud vitæ filij quo moritur, & quo iamiam certum esse incipiat per rerû naturam, nepotem proximo instanti in sui heredis locum successurum, arg. l. Iulianus. 20. de iur. dot. l. libertas. 17. in princip. dict. l. qui duos. 18. §. 1. de manum. testam. l. ultim. de fideicom. liber. Ne alioqui nulla super sit ratio instituti oportune posthumi huius, quem utique necesse est institui priusquam fiat suus. † Vnde intelligere licet quàm sit necessarius in Galli Aquilij formula articulus ille *tunc*, qui si solus abesset, nullo modo, vt puto institutio valeret, quasi facta de alieno posthumo, & collata non ipsa institutione, sed institutionis tantum conditione in id tempus quo suus factus esset, quod ad institutionis validitatem non magis sufficeret quam si nepos hic ita institutus esset, si *naus ex Asia venerit, qui ex filio meo post mortem meam nascetur nepos heres esto*. Quo tamen casu nemo diceret nepotem hunc qui testamenti tempore alienus fuisset vtiliter institutum intelligi, quamuis moriente testatore suus reperiretur, quia semper verum esset institutum fuisse eum cum quo testamenti tempore factio non fuit. † Neque enim minus in conditionali, quàm in pura institutione testamenti tempus inspiciendum est vt sciatur an valeat, cum existens quandocumque condicio retrotrahatur ad tempus testamenti, indeque fiat vt institutio quæ primò condicionalis fuit pro pura habeatur. Nec institutioni inserta conditio potest facere vt institutionis validitas in euentum vsque conditionis suspendi debeat, sed tantum suspendi effectum, vt quantumuis valeat non prius tamen acquiri ex ea possit hereditas quàm conditio impleta sit: cum alioqui à die mortis testatoris acquiri potuisset. Denique conditio facit duntaxat vt non mortis, sed conditionis euenientis tempus spectari oporteat, sed non eò minus spectandum est tempus testamenti, quia & eo quoque casu spectandum esset quo mortis tempus inspicere oporteret. l. si alienum. 49. §. in extraneis. leg. liber. homo. 59. §. si heres. D. de hered. instit. Itaque vt institutio valeat posthumi nepotis Aquiliani, non illud sufficere potest, quod sub conditione fiat, cuius euenientis tempore posthumus suus reperiat qui testamenti tempore fuit alienus. Nec si ea conditio adiecta sit, si *suus heres erit*: sed ita institutionem concipi oportet vt eueniens quandocumque conditio retrotrahi nequeat, & defendi posse posthumum suum institutum ipso quoque factæ institutionis tempore inspecto. Id verò ita fit, si institutionem præcedat particula *tunc*, quæ impediatur ante mortem filij nepos institutus videatur: † Exemplo non ineleganti eius quod scriptum est in l. ei qui soluendo. 88. de hered. instit. Ei qui soluendo non est ita demum posse seruum cum libertate heredem existere, & alium præterea heredem adici, si testator ita scripserit *Stichus seruus meus liber & heres esto: si mihi Stichus heres erit tunc Titius quoque heres esto*. Nam si simpliciter scriptum esset post Stichum institutionem, *Si mihi Stichus heres erit, Titius quoque heres esto*, non adiecta particula *tunc*, non magis posset Stichus liber & heres esse quàm si ita scriptum esset, *Stichus heres esto*: cum ea conditio *si heres erit* in necessario herede qui non potest heres non esse pro conditione non sit, nec impediatur quominus Titius purè coheres datus videatur, arg. l. quod si ea. 18. D. de condit. et deb. l. si pupillus. 9. §. 1. de nonat. Nam & si Sti-

cho sub ea condicione, si heres non esset, Titius substitutus fuisset testamentum à substituto incipiendum esset, l. si is qui soluendo. 57. de hered. instit. Quamuis in cæteris heredibus non necessariis, Si Mæuius heres institutus sit deinde Titius sub ea condicione, si *Mæuius heres erit*, expectanda sit Mæuij aditio tanquam alia quælibet conditio, nec prius heres esse Titius possit, quàm Mæuius adierit, leg. 3. §. si quis ita eod. titul. nempe quia potest conditio non existere Mæuiorepudiante. At cum in Titij institutione adiecta est particula *tunc* post serui necessarii institutionem, sit necessariò quod Caius scribit in d. l. ei qui, vt nò possit Titius heres esse antequam Stichus ex testamto heres extiterit, quia nec ante id tempus institutus intelligitur, qui alioqui purè institutus videretur. Postea verò quàm semel heres extitit seruus, non potest adiectus efficere vt qui semel heres extitit desinat heres esse. Itaque intelligimus particulam *tunc* si post conditionem apposita sit, facere vt conditioni instituti tempus, hoc est, vt ex tempore duntaxat impletæ conditionis institutio facta videatur. † Nec est contrarium quod dici solet, heredem non posse ex tempore institui, sicut nec ad tempus, neque ex condicione, neque ad conditionem præterquam à milite, l. hereditas. 34. de hered. instit. l. in fraudem. 15. §. miles. l. quarebatur. 19. in fin. l. miles ita. 41. in princip. de testam. mili. Id enim eo demum casu verum est quo post mortem testatoris dies aut condicio euenire potest, ne alioqui fiat vt pro parte temporis testatus pro alia parte testatus decessisse quis videatur, quod in pagani receptum non est siue ratione honorum eam successiois diuisionem inducere velis, siue ratione temporis vulg. l. ius nostrum. 7. de regul. iur. Inm. d. l. miles ita. At nos cum de formula Aquiliana tractamus de ea die & condicione loquimur quam viuo testatore euenire necesse sit: sic enim habet formula, *si filius meus me viuo morietur tunc*, &c. vt proinde nihil incommodi possit consequi tamen hæc institutio tanquam ex die & ex condicione facta non retrotrahatur ad diem cõditi testamenti, cum viuo testatore de testati aut intestati successione quæri nò oporteat, arg. l. potest quis. 56. D. de hered. instit. Quod si particula *tunc* abesset, haud dubiè retraheretur institutio tanquam non ex condicione, sed sub conditione facta, & quidem ad tempus facti testamenti, & consequenter ad id tempus quo posthumus nepos alienus fuisset, atque ita perinde corrueret, aut vt verius dicam, ab initio inutilis esset, ac si ea conditio adscripta esset, *si naus ex Asia venisset*. In specie autem d. l. ei qui soluendo, et si proponitur Titius institutus ex ea condicione quæ non nisi mortuo testatore potuerit contingere, quia viuentis hominis suus quidem heres esse potest, sed necessarius heres existere nemo potest, non ideò tamen sit vt villo instanti videatur testator fuisse intestatus, quippe qui necessarium habuerit heredem, in cuius persona totius assis hereditarij acquisitio constitit, quasi instituto Titio non in eodem assis aut eiusdem assis aliqua parte, sed in dupondio, licet illo postea adente assis singuli ad semilles reducantur, l. item quod Sabinus. 17. §. sed si assis expleto eod. tit. de hered. instit. † Denique se-

ad tempus mortis, ac si purè & statim post mortem testatoris delata hereditas fuisset, & rursum à tempore mortis ad tempus testamenti. Illa verò institutio quæ fit ex condicione nunquam retrotrahitur, ob idque nec permisa est in pagano nisi cum talis condicio est, vt diximus, quam viuo testatore impleri necesse sit. † Parum igitur cautè Bartolus Aquilianam formulam ideò receptam esse ait, quod quanquam alienus posthumi per eam instituat, ipse tamen institutio confertur in id tempus & in eum casum quo futurus erit. Debit enim potius dicere idcirco receptam esse formulam, quod per eam non alienus, sed suus posthumus instituat, vt pote facta institutione ex ea die & condicione qua existente non possit hic posthumus nepos futurus non esse, vt verum sit non solum nullo casu, sed etiam nullo tempore institutum fuisse posthumum alienum. Et si namque dici solet parum referre quo tempore quid fiat, sed id præcipue tempus inspiciendum est in quod dispositio conferatur, l. quod sponsa. 4. C. de don. ant. nupt. l. si ergo. 9. §. si licui de iur. dot. l. Stichus. 39. de manum. test. non tamen habet id locum in institutionibus, in quibus constat præcisè spectandum tempus testamenti, vt sciatur an ab initio constiterit, nec sufficere vt mortis aut aditæ hereditatis tempore valere potuerint, l. pen. de regulis iuris. l. si alienum. 49. §. in extraneis. dict. l. liber homo. 59. §. si heres de hered. instit. l. eius qui apud hostes. 8. D. qui testam. facer. pos. l. in princip. de leg. 3. † Vnde illud fit quod scriptum est in l. in tempus. 62. eodem titul. vt in tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse beuolentiæ sit, nempe quia iuris ratio repugnabat. Beneuolenti tamen receptum est non tam fauore testamentorum quam odio legum quibus prohibentur ex testamento capere qui alioquin capere possent, quoniam pœnales sunt, l. si is qui heres. 11. de vulg. & pupill. subst. Est nim humanum vt qui testamenti aut mortis tempore capere non potuit eo saltem tempore capiat quo capere potest, si modò in id tempus collata sit institutio. Quod autem sequitur, *idem & in legato*, non hanc sensum habet vt eadem prorsus sit hac parte legati & institutionis ratio (neque enim in legatis inspicimus tempus testamenti si modò testamentum valeat, sed id duntaxat quo deberi incipiant.) At, vt quamuis in cæteris legatis cum quæriur an debeantur spectari oporteat tempus quo dies eorum celerit, valeant tamen quæ incapaci relicta sunt, tamen eo quoque tempore sit incapax, dum tamen in id tempus legati collatum sit quo capere poterit, nec ideò quicquam in fraudem legis factum videatur. Quæ etiam fortassis ratio est, l. si seruus eius. 82. de acquirend. hered. à Cuiacio male explicata ad l. si alienum. 49. in fin. de heredis instit. † Itaque sciendum est, non potuisse Gallum Aquilium facere salua iuris ratione vt alienus posthumus institui villo casu posset, ne quidem collata in id tempus institutione quo esset suus. Fuisseque in eam rem necessarium legis nouæ auxilium apparet manifestè ex lege Vellea, cuius primo capite nihil aliud constitutum est, quàm vt liceat eum posthumum instituire aut exheredare qui testamenti tempore sit alienus dummodo nascatur suus. Quanquam cum iam per Aquilianam formulam reperta esset ratio instituti nepotis nati post mortem aui, non fuit necessaria lex Vellea nisi eo demum casu quo nepos hic viuo aui nasceretur, aut filius viuo patre (spectat enim primò caput legis Velleæ ad omnium graduû posthumos siue patri siue aui sui nascantur, dict. leg. Gallus. §. nunc de lege & §. ille casus leg. 3. §. 1. de iust. iur.) Neque ad alium sanè casum lex Vellea perti-

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

CAPVT II.

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

SVMARIA.

- 1 Cur incerta persona nec institutionis nec villo alio titulo relinqui quicquam possit?
- 2 Cur posthumi, licet eorum persona incerta sit, institui vel exheredari debeant?
- 3 Aquiliana formula introducenda occasio.
- 4 Cur in illa formula de aui tantum & nepote posthumo Aquilius loquatur?
- 5 Cur item de illo nepote duntaxat qui post aui mortem nascitur?
- 6 Legis Velleæ ferenda occasio.
- 7 Posthumi alieni institutionem iure ciuili improbatam a Pratore receptam fuisse.
- 8 Explicatur §. vlt. l. Titius de liber. & posthum. & Cuiacii ad eum interpretatio reijctur?
- 9 Cur in d. §. vlt. pro non nato habeatur, qui eadem ipsa die & paulo ante testamentum infans testatoris natus est?
- 10 Vera questio d. §. vlt.

Restat vt moneamus posthumorum suorum institutionem non ex lege duodecim tabularum descendere, vt malè quidam putant, sed ex prudentum ad eam legem interpretatione, † ex qua & illud iam inductum erat vt incertæ personæ nec institutionis nec alio villo titulo relinqui quicquam posset, vt Vlpianus in fragmentis scribit, tit. 22. qui hered. instit. poss. §. incerta persona. vbi rationem illam reddit quod certum esse debeat consilium testantis. Nam cum lex duodecim tabularum cauisset vt quemadmodum patet familias super sua re pecuniave legasset ita ius esset, l. verbis legis. 120. de verb. signific. absurdum iuriscõsultis visum est eam testatoris voluntatem ius facere quæ nec consilio, nec iudicio certo regeretur, iudiciu verò aut consilium certum esse non potest quoties incertæ personæ quid relinquitur, §. incertis. & §. sed nec huiusmodi versicul. tutor. Instit. de legat. † Posthumi portò persona est incerta, aut si malis loqui cum Theophilo, similis incertæ personæ, cum nec per ipsorum naturam certum sit an quandoque sit nasciturus necne, & an masculus an femina an vnus plures, ve, imò nec animal esse videtur, sed spes tantum quæ dati animantis, l. 1. de vent. in poss. m. & portio visce-

15

20

17

2

rum matris, l. i. §. i. de ventr. inspic. Quia tamen præteriti rumpentur parentum testamenta si sui nascerentur, quasi pro natis haberi debuissent qui moriente patre legitime concepti fuissent, vt Caius lib. i. Instit. scribit tit. de mar. §. vlt. & lib. 2. tit. 3. de exhered. liber. §. posthumorum. l. qui in vtero. 26. de stat. hom. (quo tamen loco obserua de legitimis hereditatibus nominatim agi, quia quod ad testamentarias attinebat, posthumus iure ciuili non habebatur pro nato) induci tandem necesse fuit vt institui vel exheredari possent, quod significat non obscure dictio illa placet in l. 4. de liber. & posth. fauore scilicet testamentorum sui heredis agnatione rumpentur, l. inter cetera. 30. eodem, cuius prior pars ad posthumos liberos, posterior ad iam natos pertinet. Posthumi namque rumpunt quod ab initio validum fuit, iam nati cum præteriti sunt, faciunt vt ab initio testamentum inutile sit, l. 1. de inst. rupt. Quemadmodum autem sola necessitatis vis hoc extorsit vt institui possint posthumi ne rumpant: ita de iis solis posthumis instituendis aut exheredandis egerunt Iureconsulti qui possunt rumpere, hoc est qui sui sunt non etiam de alienis. Alieni enim rumpere non possunt, §. est autem alienus. Inst. de leg. 1. At quoniam & qui alieni sunt tempore testamenti possunt esse sui cum nascuntur, atque ita rumpere (quia cum quæritur an testamentum agnatione rumpatur natiuitatis, non conceptionis tempus inspicimus) inuestiganda necessariò fuit formula per quam posset vtiliter institui posthumus, hic qui testamenti quidem tempore alienus esset, postea verò suus nasceretur. Quam subtiliter Gallus adinuenit, docens faciendam institutionem ex eo tempore quo suus erit, & ita demum si post aui mortem nascatur. † De auo tantum locutus est Gallus & de nepote, quia fieri nequeat vt posthumus primi gradus sit alienus quo tempore pater moritur, deinde nascatur suus. Cum, vt superiore capite monuimus, alienus aut suus posthumus ex instanti conceptionis dignoscatur, nulla autem status mutatio possit accidere in illo qui nondum in hominum natura est. In nepote secus est, propter status mutationem quæ in persona patris medio tempore potest contingere. † De illo autem nepote duntaxat qui post aui mortem nascitur. Gallus idcirco præscripsit formulam, quia posthumi quandocumque post testamentum viuo testatore nati institutio permittitur non erat, nec si suus esset, quia nec erat necessarium vt permitteretur, valente scilicet testatore testamentum quod se viuo per agnationem ruptum esset pro arbitrio mutare sibi que prospicere. Cum tamen posset etiam aliquando contingere, & verò contingeret sæpissimè vt mutare testamentum paterfamilias non posset aut quod peregrè ageret, ac in loco vbi ciuium Romanorum copia non esset, aut morbo fortassis oppressus repentino: Tandem animaduersum est necessarium quoque esse vt huic periculo prouideretur. † Eamque in rem lata est, vt diximus, lex Vellea, quæ licet ad posthumos post testatoris mortem natos non pertineat, sufficiente nimirum, quod ad posthumos filios iure ciuili antiquo, quod ad nepotes verò, formula Galli Aquilij (supplenda tamen hæc tamen vt non nepotis tantum mentio fiat, sed etiam pronepotis, nec mortis tantum casus ex primatur, sed etiam ceteri similes per quos euenire possit vt nepos aut pronepos viuo auo fiat suus) multò magis tamen ex sententia Velleij ad illos quoque pertinebit qui post mortem aui nascuntur, quippe quorum institutio fuerit facilius, eoque fauorabilior, quod eorum præteritio periculosior erat. Pertinebit autem ita vt posthumus nepos institutus,

sicuti Gallo Aquilio placuit, & casu tantum mortis expulso perinde vtiliter institutus videatur, licet alia ratione quam morte patris suus heres auo factus sit: cum alioqui si lex Vellea non esset institutio corrue-ret, quasi non instituto posthumo nepote in eum casum qui euenit, & in quem nominatim institui potuerat ex interpretatione suppletoria ad Aquilij formulam apposita, vt sequenti capite docebimus. An autem posthumus nepos institutus per Aquilianam formulam, & viuo auo suus natus pro vtiliter instituto habendus sit, siue ex formula Galli, siue ex verbis aut sententia legis Velleæ alia quaestio est de qua dicemus ad §. quia si iuxta. † Illud tamen annotandum est, Posthumi alieni institutionem iure ciuili improbatam à Præatore tamen receptam fuisse vt Iustin. refert in Inst. tit. de bon. poss. in princ. Quo sensu dubie accipiendum est quod idem Iust. scribit in §. posthumus autem, Inst. de leg. posthumum heredem institui & nunc posse, & antè potuisse, scilicet iure Prætorio. Ita enim loqui eum necesse fuit vt ostenderet differentiam institutionis & legatorum de quibus paulò antè dixerat. Legata siquidem alieno posthumo relicta vique ad eò inuolida erant, vt nec iure Prætorio sustinerentur. Institutiones sustinebantur tanquam fauorabiliores, l. posthumus. 6. D. de inoff. test. 1. l. 1. §. si filius in adoptione. l. extraneo. 6. de ventr. in possess. mit. l. 3. de bonor. possess. secund. tabul. † Quæ etiam Pauli sententia est in §. vlt. l. Titius. 25. de liber. & posthum. vbi tractans de institutione alieni posthumi qui nullo casu suus nasci poterat, respondet iure factam eam videri. Nam & iure facta dici potest institutio quæ iure Prætorio sustinetur, cum parum referat, quod ad tabularum effectum attinet, an ex iis adiri hereditas, an bonorum possessio peti possit, l. non p. auit. 8. §. à primo gradu. quod vlt. §. 19. de conr. tabul. Malè autem Cuiacius locum illum Pauli explicat, defendens in ea specie valere posthumi alieni institutionem, quod is iam reuera natus esset facti testamenti tempore, quasi plus valere debeat quod in re est quam quod in opinione testatoris, qui nondum natum arbitrabatur. Nam imò verò dubitandi ratio apud Paulum illa erat, quod natus iam fuisset testamenti tempore quem testator adhuc in vtero esse putabat vt aperte sonant verba illa, verba quidem testamenti ad eum pronepote directam videri, qui post testamentum factum nasceretur. Decidendi verò illa est, quam Accursius & Bartolus non ignorarunt, † quod inspecta voluntate testatoris & ex probabili eius errore pro non nato haberi debeat qui eadem ipsa die & paulò ante infans testatore natus est. An quia, vt illi generaliter tradunt, prouiso à testatore facta in vnum casum porrigi debeat ad alium in quo verisimiliter testator prouidisset, si de eo cogitasset? Minimè. Obstat enim, l. commodissimè. 10. l. si ita scriptum. 13. eod. tit. aliaque similes innumeræ. Sed quia probabilis erat & omnino excusandus error testatoris, quod & eadem die qua testamentum factum erat, neptis enixa fuisset, & testamentum in ciuitate scriptum esset, neptis autem ruri agens extra ciuitatem peperisset. Est igitur casus hic valde singularis propter concurrentes circumstantias loci & temporis, quæ si abessent, vix est vt ob solam testatoris ignorantiam idem responsurus Paulus fuerit, quod & satis aperte significat ille cum ita scribit, sed si vt proponitur eadem die qua testamentum factum est neptis testatoris antequam testamentum scriberetur enixa esset, ne quis forte responsum illud traheret ad consequentias. † Cæterum non de illo tractat, An posthumus hic iure institui potuerit (certum enim erat iure ciuili non potuisse, Prætorio,

torio potuisse) se de hoc duntaxat, An institutus eo iure & modo quo institui potuit ob id minùs ritè videri debeat institutus, quod iam natus esset testamèti tempore quem testator adhuc in vtero esse existimabat. Planè constat hodie ex Iustiniani constitutione, quæ tamen in Codice non extat, institui posse alienum posthumum perinde ac suum nulla adhibita distinctione, posseque ei & legari & fideicomitti, si eisdem Iustiniano credimus in d. §. posthumo quoque alieno. Inst. de leg. Et consequenter cum iure ciuili valeat talis institutio superuacua est tractatus de formula Aquil. & lege Vellea, præterquam hoc vno intuitu quod turpe sit non tantum viro Patricio, sed etiam omnibus qui se Iureconsultos ausint dicere, iuris in quo versantur rationem ignorare, & in veterum prudentum responsis interpretandis cæcutire.

CAPVT III.

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

SUMMARI A.

- 1 Revertitur Goueani & aliorum interpretatio ad hæc verba, sed ex sententia legis Velleæ, & c.
- 2 Illa verba secundi, non primi capitis esse.
- 3 Cuiacij ad eadem verba interpretatio.
- 4 An casus mortis, si solus in Aquiliani nepotis institutione comprehensus sit, ad emancipationem, deportationem aut captiuitatis casum trahi possit?
- 5 Conditionem institutioni adiectam in forma specifica impleri oportere.
- 6 An casus mortis in posthumi nepotis institutione expressus ad alios casus ex verbis legis Velleæ extendi possit?
- 7 Cur in Galli Aquilij formula necessaria fuerit conditionis adiectio, in casu legis Velleæ non item?
- 8 Quidnam sit illud, quod ex sententia legis Velleæ admittendum esse Scauola scribit in d. §. & quid si tantum.
- 9 Galli Aquilij formulam suppleri potuisse, formulam verò institutionis à testatore factam ad alios casus non expressis extendi non potuisse.
- 10 Deletur e d. §. & quid si tantum, verba illa, vt ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.
- 11 Cur Scauola in d. §. deportationem ab emancipatione separet, & de filio deportato non autem de nepote emancipato tractet.

1 IN hoc §. illud imprimis obscurum est quod scribit Scauola, sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt. Antonius Goueanus Iurecons. acutissimus, & perspicacissimus cuius extant perelegantes duplicesque in totam legem hanc commentarij, verba illa legis Velleæ, dispungenda esse censet vt quæ sint inepti interpretis, & quali de Galli Aquilij non de legis Velleæ sententia Scauola senserit. Alij sic interpretantur post Accursium & Bartolum, vt Galli Aquilij formula suppleatur per legem Velleam quæ omnes rumpendi casus complexa est verbis illis generalibus, si suus heres esse desierit. Omnino malè. † Sunt enim ea verba secundi capitis non primi, d. §. sequenti parte. Secundum autem caput legis Velleæ non ad posthumos pertinet, sed ad eos tantum nepotes qui testamenti tempore iam nati essent viuo adhuc parète suo herede, posteaque in sui heredis locum viuo auo successissent. Atqui Gallus non nisi de posthumi nepotis institutione egit. Cum igitur nihil commune habeat

formula Galli Aquilij cum secundo capite legis Velleæ, fieri nullomodo potest vt ex eius sententia interpretationem recipiat, sed tantum ex sententia primi capitis, quo vt diximus, etiam alieni posthumi institutio permittitur, adeoque quod magis est vitio testatore nati. Vtrumque contra veteris iuris rationem, illud duntaxat requiritur vt qui institutus est suus nascatur. Cur non igitur multò magis admittamus, posthumi nepotè ex eo tempore institutum quo suus futurus esset auo mortuo ex præscripto Galli Aquilij, vtiliter institutum intelligi quamuis non per filij mortem positam in conditione institutionis, sed alia qualibet ratione suatis iura nactus sit, & post aui obitum natus? † Nec felicius Cuiacius, qui horum verborum, ex sententia legis Velleæ, hunc sensum esse arbitrabatur, vt quemadmodum lex Vellea viuo testatore agnascensibus posthumis casus omnes rumpendi complexa est, ita putauerit satis, iure antiquo post mortem agnascensibus posthumis comprehendi omnes casus, hoc est, vt idem ille interpretatur, potuisse ante legem Velleam institui nepotè qui post mortem aui nasceretur, in omnè casum quo suus nasceretur, siue nominatim casus singuli, puta deportationis, emancipationis, & captiuitatis, nominatim inserti essent institutioni, siue simpliciter, aut generalibus verbis institutio facta fuisset. † Sic enim putat vir doctissimus, casum mortis, si solus in Aquiliani nepotis institutione comprehensus sit, non posse trahi ad casum deportationis aut emancipationis, aut captiuitatis, sed eam Scauolè mentè esse vt possit nepos institui non sub ea tantum conditione, quæ Gallus expressit, si filius meo me viuo morietur, sed sub hac quoque, si filius meo me viuo deportabitur, aut ab hostibus capietur, aut emancipabitur. Cuius opinionis auctorem laudat vnum Æmiliam Perrotum, veterum illorum interpretum errorem secutum, quem à communi Doctorum schola iam olim explosum fuisse Castrensis testatur. Et optima quidem ratione explosus is fuit. Quis, n. tam ineptus sit vt dubitare queat, an post dictam Aquilianam formulam liceat testatori, sicut mortem filij, ita deportationem, captiuitatem, & emancipationem in conditione ponere? Aut cur in eam rem necessarium dicamus auxilium legis Velleæ, quæ nec mortis, nec deportationis, nec alium vllum casum specialiter expressit, sed generaliter illum duntaxat quo posthumus qui testamenti tempore alienus fuisset suus nasceretur etiam si viuo auo? De illo itaque Scauolam dubitare fatendum est, an posthumus ita institutus sicuti Gallo placuit, hoc est ex ea conditione; si filius meus viuo me morietur, vtiliter institutus videatur eodem filio non mortuo, sed vel deportato, vel ab hostibus capto. Magis autè probat vt vtiliter institutus nepos videatur: An quod ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex sententia Galli mortis casum expressisse sufficiat vt ad similes omnes trahi possit? quemadmodum vulgò creditur. Minimè. † Conditionem enim quamlibet, præsertim quæ institutioni adiecta sit in specie; & vt nostri loquantur in forma specifica, impleri oportet, l. qui heredi. 4. l. 1. Manius. 55. de condic. & demonstr. & planè commentitia est illa Bartoli distinctio, an conditio voluntaria sit, an necessaria siue ad actum siue ad effectum actus. Cum ea conditio quæ in formula Aquiliana exprimitur sit necessaria ad actum & validitatem institutionis posthumi nepotis, nec tamen possit adimpleri per æquipollens etiam fatente Scauola si subtrahas interpretationem quam ille ex sententia legis Velleæ mutuatur. Idque & Bartolus ipse bene vidit, sed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat non posse conditionem hæc adiectam institutioni nepotis Aquiliani, si filius

ANTONII FABRI

264

vino auo morietur, impletam videri si filius deportatus sit aut emancipatus, quod ea interpretatio esset contra legem quæ alieni posthumi institutionem prohibet. Quali verò, eo casu quo mors filij expressa est permiserit Gallus aut permittere potuerit posthumi alieni institutionem, aut quasi conditione sic concepta, *si filius meus me vivo morietur*, videri debeat posthumi institutus in eum casum quo suus erit, potius quàm si condicio illa adscripta esset, *si filius meus vivo me deportabitur aut ab hostibus capietur*, quorum tamè omnium nihil certè dici potest. Ergo casus mortis expressus in institutione posthumi nepotis, non trahetur ad similes, siue verba formulæ, siue mentem Aquilij, siue denique sententiam testatoris respicias quæ ex verbis concipi possit. Alia enim reuera condicio mortis, alia emancipationis, alia deportationis, alia captiuitatis, casusque planè diuersi sunt. Proinde non licet Iuriconsulto casum vnum ad alium porrigere: quia id demum supplere esset non interpretari, *l. commodissime. 9. de liber. & posthum.* Essetque in eam rem necessarium rescriptum Imperatoris manca prudentum potestate, vt in *l. vlt. C. de post. hered. inst. l. 3. C. de instu. & substit. l. iam hoc iure. 4. de vulgar. subst.* An igitur fiet ea extensio ex verbis legis Velleæ? Multò minus, siue prius siue posterius legis caput adferas. Vtrunque enim loquitur de liberis natis viuo testatore. Nos cum Aquilio de posthumo nato post mortem aui. An denique ex sententia legis Velleæ inducemus, vt ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint? Ita Scauola verba præ se ferunt. At neque hoc dici potest. Nec enim vilo capite legis Velleæ aut mortis aut alius quicquam casus expressus est, aut etiam per interpretationem supplendus. Nam sicuti nullam instituendi posthumi formulam Velleus præscripsit: vt pote cui legem roganti facilius fuerit nouum ius facere, quàm formulam nouam conscribere: ita neque conditionem vllam institutioni posthumi aut nepotis iam nati adscribi iussit, sed generaliter constituit priore quidem capite, vt quibuscunque verbis facta posthumi, siue filij, siue nepotis, institutio valeret si modò posthumus suus nasceretur etiã viuo auo. Posteriore verò, vt qui in locum sui heredis succederet quacunque tandè ratione prior suus heres esse desisset, si modò vtiliter institutus esset, aut exheredatus, testamentum non rumpere. † Et verò in formula Galli Aquilij ideò necessaria fuit conditionis adiectio quòd simpliciter institui nò posset posthumus qui testamenti tempore alienus erat, essetque necesse institui illum ex eo demum tempore quo suus esset: quæ etiam dubitandi ratio esse videtur ad *l. 2. in prin. de iur. codic.* vbi agitur de legato relicto posthumo in codicillis testamento confirmatis, quorum singulare ius est vt quacunque in iis scribuntur perinde habeantur ac si in testamento relicta essent, *§. codicillorum eadem l.* In casu legis Velleæ non est necessaria, quia permittit puram alieni posthumi institutionem dummodo nascatur suus. Quòd si contèdas, vel hoc ipso posse ex sententia legis Velleæ sumi interpretationem vt casus mortis trahatur ad similes, quòd lex Vellea non distinxerit qua ratione fiat vt posthumus nepos nascatur suus: Dicam, Imò verò fieri non posse vt ad hanc interpretationem & extensionem aptetur sententia legis, quæ nec conditionem institutionis, nec casum vllum requirat, nec aliud quicquã præter suam natiuitatis tempore. † Quid ergo est quod ex sententia legis Velleæ admittendū esse Scauola scribit? Illud nimirum, vt nepos institutus expresso formulæ Aquilianæ solo casu mortis ex-

presso vtiliter institutus videatur, nec rumpat testamentum quòd adocunque post aui mortem natus suus, licet filius qui testamenti tempore suus erat non mortuus fuerit viuo auo, sed vel deportatus, vel ab hostibus captus. Idque non propter vim formulæ Aquilianæ, quæ sanè manca est cum solū mortis casum exprimit, sed potestate legis Velleæ, quæ admittit institutionem posthumi etiam alieni, etiã nati viuo auo aut patre. Est enim legi conueniens ea interpretatio, vt eadem lex multò magis defendere voluerit vtilè ab initio posthumi institutionem ex eo demum tempore factam quo suus esset. Sufficit namque ad defendendam institutionem vt casum aliquem vtilè habuerit argu. *l. Stichus. 39. de manum testam. l. pater filio. 54. de hered. inst.* quomodo hîc casum illum vtilè habuit: Si filius viuo auo mortuus fuisset. Ex quo intelligimus si lex Vellea secuta non esset aliud responsuros fuisse Iureconsultos. † Quamquã enim supplere potuerunt Galli formulam hæcenus vt quod de mortis casu exprimendo prodiderat idè de ceteris casibus, morti similibus, exprimendis sensisse videretur, hoc est vt quemadmodum potest auus ex ea conditione instituere nepotem, *si filius vivo se morietur*, ita & possit ex illa *si filius vivo se deportabitur, aut ab hostibus capietur*, attamen formulam institutionis à testatore factæ in casum duntaxat mortis filij de qua tractatur in hoc §. supplere non potuerunt, & ad alios casus non expressos extendere. Siquidem lógè facilius est supplere formulam Galli Aquilij vt permittamus auo institutionem aliis verbis cõcipere, dummodo ex verbis apparere possit institutum nepotè ex eo tempore quo suus posthumus esse incipiat, quàm supplere formulam institutionis, quod fieri certè nequeat quin voluntas testatoris suppleatur. Itaque Scauola in *§. sequenti parte*, non sic loquitur vt dicat in posthumi nepotis institutione vno tantum casu expresso supplendos esse ceteros, sed *supplendos esse in Galli Aquilij sententia*, quasi de omnibus casibus, morti similibus idem Aquilij iudicium fuerit vt exprimi similiter possint. Porro Aquilij sententiam suppleri nil necesse esset si vno tantum casu à testatore expresso ceteri suppleri possent per interpretationem. Sic & *§. idem credendum*, supplet Scauola formulam Aquilij vt licet de nepote tantum Gallus locutus sit, in pronepote tamè idem existimauerit. An vt si auus nepotem instituerit censetur etiam instituisse pronepotem? Minimè. Debit enim pronepos ipse institui, ad hoc ne succedendo rumpere. Sed vt ita scribere proauus possit, *si me viuo nepos decedat tunc qui ex eo pronepos mihi nasceretur*, &c. † Quibus consequens est, planèque necessariò fatendum non Scauolæ, sed interpretis esse verba illa postrema huius *§. vt ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint*, quæ sola interpretibus omnibus imposuerunt vt loci elegantiam percipere non potuerint, vtque tot cõmentarios de casu vnius ad alium extensione prorsus extra rē effuderint. Putauit autè, quisquis ille fuit malè interpres, ita intelligendū quod Scauola scripserat, *sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt*. Et verò si Accursij glossam legas videtur ille ea verba quæ tollimus ad sequentis *§. principium* retulisse, cui tamè longè minus cõueniunt vt faciliè perspicere quiuis potest. † Illud quoque in hoc §. obscurū est, nec à quoquã hæcenus benè explicatum, cur Scauola emancipationem separet à deportatione, & cur tractet de filio deportato, non autè de nepote emancipato. Et puto rationem esse quia filius etiam institutus rumpit testamentum cum emancipatur, non etiam nepos: quod quoniam obscurius est & iam longiores fuimus, explicandum relinquimus *inst. cap. 15. lib. 10.*

CA.

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

SUMMARIUM.

- 1 Verba hæc d. §. quid si adhuc illis viuis post mortem scilicet aui, explicari nullo modo posse.
- 2 Delenda esse verba illa, post mortem scilicet aui.
- 3 Nepotem conceptum ex eo qui iam testamenti tempore apud hostes erat, nec vnquam reuersus fuit, suum heredem quo iam à tempore testamenti esse.
- 4 Retinetur Florentina lectio in verbis quare non inducere, & eorum sensus proponitur.
- 5 Cur Iuriconsulti non induxerint vt ex filio captiuo nepos secundum Galli formulam institutus vtiliter non videatur, siue patre & auo viuis, siue vtrisque mortuis siue alterutro tantum viuo decesserit?
- 6 Cur casus ille ad legem Velleam nullo modo pertineat?
- 7 An in d. §. quid si, sola fictio sufficiat, vt posthumus medio tempore natus vtiliter institutus videatur?
- 8 Verba illa d. §. melius ergo est, vsque ad finem, Triboniani non Scauolæ esse.
- 9 Aliud esse verba testatoris interpretari, aliud supplere.
- 10 Posthumum ita institutum, si post mortem testatoris nascatur, ex Iustiniani constitutione vtiliter institutum videri, licet viuo testatore nascatur.
- 11 An illa Iustiniani constitutio que est l. vlt. C. de posthum. hered. instit. ad posthumum nepotem quoque pertineat?
- 12 Quid Tribonianum impulerit vt totum illum verborum contextum melius ergo est, &c. in d. §. addiderit.
- 13 Cur Scauola in d. §. quid si, de ea institutionis formula loquatur, in qua mortis casus specialiter expressus est?

Corruptum esse plerisque locis huius legis contextum, cum ex lectionum varietate, tum ex recentiorum commentariis apparet, quibus videas alios aliter nunc hunc, nunc illum §. emendare, sicut & alij aliter interpretantur. Mihi præcipui momenti videtur esse emendatio illa quam nos superiore capite de nostro attulimus ad §. & quid si tantum. Sed quæ à nobis nunc proponenda est, interpretaturis quod sequitur in §. quid si quis filium, tantò difficilius admittenda videbitur, quantò audacior est, & ob id periculosior, ac locus ipse longè obscurior. Ideòque apertissimis rationibus agendum nobis erit vt eos saltem sententiæ nostræ assertores habeamus, qui nostro exemplo non iuris rationem ex recepta lectione aut Doctorum interpretatione, sed veram lectionem legumque interpretationem ex iuris ratione metientur. Sic ait Scauola, *Quid si qui filium apud hostes habebat testaretur? Quare non inducere vt si antea quam filius ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris decederet: tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis post mortem scilicet aui nasceretur, non rumpere? Nam hic casus ad legem Velleam non pertinet.* Hic illa primum explicari nullo modo possunt, *adhuc illis viuis post mortem scilicet aui*. Prorsus enim repugnat vt nepos natus sit viuis illis, id est, patre & auo, de quibus sunt præcedentia, & vt natus sit post mortem aui. Nec video qua ratione Accursij & Bartoli interpretatio probari possit, licet eam Cuiacius probet vt Scauola

la parum ad id animaduertens à singulari numero transeat ad pluralem, & *viuis illis* dixerit pro *vino illo*, id est, patre. Neque enim potuit Scauola sine flagitio in hoc peccare tractans scilicet quæstionem illam cuius decisio ex eo potissimum pendeat an viuo auo aut patre aut vtroque aut neutro posthumus nepos natus sit: quod & demonstrant satis sequentia illa *post mortem videlicet aui*, quæ si Scauola non prætermisit, vt nostri volunt, ne dubitatio vlla superesset quis credat imprudenti ei excidisse in eadem parte clausulæ pluralem numerum pro singulari vsurpauerit? Dicerem potius si aliud nihil moueret quod Goueanus in prioribus Commentariis scripsit parum acuti interpretis esse verba illa *vel etiam adhuc illis viuis*, aut ita saltem restituenda vt legamus *illo viuo* quod in posterioribus idè ille magis probauit. Quod vero nonnulli his verbis moti somniant tractare Scauolam de pronepote, magis ridiculum est, cum & præcedentia & sequentia ostendant toto hoc §. non nisi de nepote agi. Sed magis ridiculus Alciatus, qui locum hunc sic emendat vt legat, *post mortem scilicet qui nasceretur*, quæ nec vllius sensus lectio est, nec præcedentibus iusvllomodo conuenit *illis viuis*. Itaque, vt hinc nostra coniectura incipiat, dico delenda prorsus verba ista *post mortem scilicet aui*, & ita legendum tunc deinde nepos *vel etiam adhuc illis viuis nasceretur*, vt sensus sit, quòd ad propositam dubitationem attinet, nihil referre an nepos ex filio ab hostibus capto natus sit patre & auo mortuis, an vtrisque viuis. Neuter enim casus aut ad Aquilij formulam aut ad legem Velleam pertinet. Non equidem ad Aquilij formulam, his verbis conceptam, *si filius meus me vivo morietur*, non tantum quòd longè alius & dissimilis casus sit captiuitatis à casu mortis, sed etiã quia filius qui testamenti tempore apud hostes fuit quandocunq. in eodem statu decesserit iam tū mortuus fuisse intelligitur nò ex fictione legis Cornelie vt vulgo nostri omnes imperitissimè existimant (neque enim fictio legis Cornelie locum habere potest in persona filijfamilias vt docebimus *lib. 7. cap. 8.*) sed quoniam citra fictionem ab ipso instati captiuitatis factus reuera seruus pro nullo & mortuo haberi debuerit *l. quod attinet. 32. de reg. iur.* † Vt proinde nò ferè minus stultè faciat auus qui filium habens apud hostes vnde nunquam reuersus sit, nepotem ex ea conditione heredem instituit, *si filius me viuo apud hostes decesserit*, aut etiam prætermisissis iis verbis, *me viuo*, ac si sic scriberet filio iam testamenti tempore mortuo, *si filius meus morietur*. Denique Galli Aquilij formula pertinet ad institutionem nepotis posthumi qui testamenti tempore sit alienus. Hic autem natus post testamentum siue viuis patre & auo siue vtrisque mortuis, siue alterutro tantum, si modò conceptus sit ex eo qui iam testamenti tempore apud hostes erat, nec vnquam reuersus fuit, suus heres auo iã inde ab eo tempore quo testamentum præcessit, fuisse credendus est. Ergo non solum minus sufficiens est huius nepotis institutio in casu mortis filij concepta, quæ, vt superiore capite diximus, nec ad deportationis aut emancipationis casum trahi posset, sed & ipsa Aquiliana formula in hanc rem prorsus inepta est, aded vt nec suppleri in ea possit casus hic præsentis captiuitatis: tametsi & captiuitatis futuræ perinde ac deportationis aut emancipationis conditionem admittat. † Quapropter non malè Florentina lectio sic habet, *quare non inducere*, non quomodo vulgata quam tamè Goueanus probat, *quare non induxit*. Neque enim miratur aut quærit Scauola cur Aquilius

Z

nō induxerit vt huius nepotis institutio valeret (cū etiam vetere iure & ante Gallum potuerit haud dubiè posthumus hic nepos vtiliter institui defuncto quodcumque postea patre apud hostes, quasi iam suus, vt dixi, quia & impunè pater eius prateriri poterat. hac eadem l. §. in omnibus. & l. pen. infra eod. † Reuerso autem patre nullomodo potuerit institui quod esset alienus) sed quæritur cur ij qui Aquilianam formulam sic interpretati sunt vt quamuis testator de morte filij nil expresse, at simpliciter posthumum nepotem instituerit, valeat institutio in eum casum qui ex verbis concipi possit (de quibus in §. quidam rectè) iudem non induxerit vt ex filio captiuo nepos institutus sicuti Gallo placuit vtiliter institutus videatur siue patre & auo viuus, siue vtrisque mortuis, siue alterutro tantum viuo decesserit. Causa autem propter quam id inducere debuerint, illa fuit, quod hic nepos prateritus perinde rumpat testamentum ac si filius post testamentum captus ab hostibus fuisset. Non enim, vt mox Scauola subiicit, casus hic ad legem Velleam pertinet, quod ita accipi omnino debet vt nec ad verba nec ad sententiam legis pertineat, siue viuus, siue mortuis vtrisque parentibus nascatur, cum vtrumque casum tractet Scauola. An quia lex Vellea eorum tantum posthumorum institutionem ad probet qui viuo testatore nascuntur? At ratio hæc probaret potius Pertinere igitur hūc casum ad legem Velleam nato nepote viuus parentibus, quod tamen Scauola negat. Deinde iam ostendimus superiore capite, legis quidem Velleæ verba iis tantum posthumis conuenire qui in vita nascuntur, sed sententiam tamen ad eos quoque extendi qui nascuntur post mortem si modò nascantur sui, & casum aliquem vtilem habuerit institutio: quam diximus esse sententiam §. & quid si tantum. An quia lex Vellea de iis tantum, & locuta fuisse & sensisse videatur qui testamenti tempore fuissent alieni cum introduxerit vt possent institui §. alle casus infra hac lege. Verum & illum quoque casum Velleius primo capite complexus est si nepos eo tempore instituitur quo filius non sit, & consequenter quo nepos iā sit suus, vt apertè Scauola scribit in §. nunc de lege. Nec fuit hoc casu superua sua legis prouisio, cū iure antiquo nec talis posthumus suus posset institui, si postea viuo testatore nasceretur, perindeque rumpere acti non esset institutus, lege tertia §. primo de iust. rup. Vlpianus. titulo vigesimo secundo. qui hered. instit. possess. §. eos qui in viuo sunt, in fragment.

† Ratio igitur propter quam casus hic de quo tractamus ad legem Velleam nullomodo pertinet, illa sola est, quod nepos ex eo natus qui apud hostes est natiuitatis tempore, nō omnimodo nascitur suus, sed ita demum si postea pater decedat apud hostes. Quid enim si ab hostibus reuertatur? Fictio postliminij nunquam captiuus fuisse videbatur, sed in ciuitate & patris potestate perpetuò mansisse, atque ita nepoti obstitisse quominus suus vllō tempore fuisse videri possit. Atqui lex Vellea primo capite eius demum posthumi institutionē & permittit, & admittit, qui omnimodo suus heres nascatur. Designat enim præcisè tempus natiuitatis posthumi d. §. nunc de lege. Ideoque nec potest eius potestas in suspensio manere, siue in id tempus quo certum esse incipiat an fictio postliminij locum habitura sit vt posthumus natiuitatis tempore suus fuisse videatur. Nec ad rem pertinet quod ob eandem fictionem ipsius quoque testamenti vis in suspensio manet. Id enim idcirco fit quod filio redeunte ab ho-

stibus nulla captiuitatis ratio haberetur, nec nepos suus vnquā fuerit. filio autē apud hostes mortuo verum sit iam tum cum testamentum fiebat fuisse illi extrā patris potestatem, atque ita nepotem post captiuitatem natum suum heredem fuisse eo instanti quo natus est. Denique fictio postliminij facit quidem vt intestati successio filio quodcumque reuerso delata intelligatur l. pen. de suis & legit. At captiuo apud hostes defuncto nepotem qui in ciuitate mansit, & reuera suus fuit heredem ab intestato nō facit, quoniam nulla in eam re fictionis potestas est, quā scilicet sufficit cessare vt nepos iure communi admittatur. † Ergo quod ad causam testati pertinet multò minus fictio sola sufficit, vt posthumus medio tempore natus vtiliter institutus censeatur, quia prius est vt institui potuerit, quā vt vtiliter institutus fuerit. Institui porro nō potuit siue ius ciuile, siue legem Velleam inspicias, nisi is demum posthumus qui suus omnimodo nascitur, quod huic sanè non euenit. Nam admittimus quidem suum natum fuisse hoc ipso quod eius pater iam tum captiuus, nec postea reuersus abinde mortuus habebatur, sed nō ita suum natum fuisse vt non suus nasci non potuerit. Itaque idem hic, licet alia ratione, euenit quod in specie l. si quis filio. 6. de iust. rup. l. scripto. 7. d. and. l. ber. vt filius qui nepoti non obstat in successione intestati eidē obstat in causa testati, non vt impediatur ne prateritus nepos rumpat testamentum, si filius ipse apud hostes moriatur, sed vt faciat ne potuerit nepos ex lege Vellea aut ex iure ciuili institui, propterea quod pendente eo an filius quandiu apud hostes est pro viuo aut mortuo haberi debeat propter postliminij fictionē, ipsius quoque nepotis ius pendere necesse sit. Nulla liquidē retrofictio fieri potest vt nepos auo moriente suus illi heres omnimodo nasciturus fuisse videatur, cū reuerso quodcumque patre ab hostib. futurū sit vt appareat natiuitatis tempore fuisse eū no suū. Quæ etiā differentia ratio est inter nepotē ex filio captiuo, & nepotē ex filio exheredato, in ea specie quā Paulus ex Pōponio & Marcello tractat in l. si quis posthumus. 9. §. filium de liber. & posth. de huius sententia & emendatione dicemus lib. seq. c. 12. † His consequēs videtur, vt quod apud Scauolam sequitur melius ergo est vt in eiusmodi vtilitate, præsertim post legem Velleam quæ & multos casus rumpendi abstulit interpretatio admittatur, & cætera omnia ad finem vsque §. Tribonianus potius quam Scauolæ adscribamus. Nemō enim vnquam ex iuris prudentibus quorū scripta habemus respondit, aut respondere potuit eum qui institutus esset sub ea conditione, si post testatoris mortem nasceretur, vtiliter institutum videri eo casu quo natus esset viuo testatore. Quin extat in contrariū apertissima Pomponij sententia in l. commodissime. 10. hoc tit. l. si ita scriptum. 47. §. 1. de her. inst. Itemque Pauli li. 3. sen. tit. 4. de testa. §. antep. Imò & eiuſdē Scauolæ quæ tractamus in hac ipsa lege §. forsitan, vbi negat ille. recte institutum videri eū qui viuo testatore natus est, si in casum iuris antiqui institutus erat, hoc est sub ea conditione, si post testatoris mortem nasceretur. † Et sanè longè aliud est interpretari verba testatoris, aliud supplere. Interpretari Iuriscōsultus & potest & debet, quantum voluntatis cōiectura patitur, supplere verò nec potest nec debet, tametsi maxima æquitatis ratio vrgere videatur, in eamque rem profusū necessarium est aut legis alicuius aut rescripti principalis auxilium vt iam supra diximus cap. proximo. † Primus itaque Iustinianus fuit qui summa æquitate motus constituit in

in l. ult. C. de posth. her. instit. qua ex vna. 50. Decis. vt posthumus in casum iuris antiqui institutus, hoc est, si post mortem testatoris nasceretur vtiliter institutus videatur etiam in casum legis Velleæ. h. e. tametsi viuo testatore nascatur: Ne, inquit, prateritionis pœnam patiatur pater qui liberos nō prateriit. Quæ cōstitutio cum aperte nouum ius faciat, frustra labores cum nostris interpretibus, si eam cum Pandectarum legibus conciliare velis. In eoque iam recētiore omnes consentiunt, reiectis distinctionibus, illis quas vulgares interpretes comminiscuntur, an decemensū tempus in cōditione nascituri posthumi expressum sit necne, aut an demonstratū fuerit corpus quod in vtero esset, an generaliter & indefinitè institutus posthumus. Nam ea proculdubio Iustiniani mens est vt qui in casum mortis institutus est videatur rectè institutus omni casu siue viuo siue mortuo testatore natus sit, vt testatoris voluntas adiuuetur. † Quamquam autem ea cōstitutio, si verba inspicias, non nisi de filio loquitur, idem tamen testamentorum fauor, eademque volūtatē coniectura & æquitatis ratio euincit vel inuito Bartolo, vt in posthumo nepote sub eadem formula instituto idem admittamus. Nec e nim recta est ratio illa diuersitatis, quod filius posthumus iure antiquo perinde in vtrumque casum potuerit institui, posthumus nepos nō item: Cum per legem Velleam non minus in filio quàm in nepote posthumis inductum sit, vt possint institui, si viuo parētē nascatur, vt rectè Cuiacius docuit ex l. 3. §. 1. de iust. rup. Et longè rectius quàm Goueanus qui in posterioribus quoque commentariis scripsit, ad nepotum duntaxat, non etiam filiorū institutionem pertinuisse legē Velleam, deceptus eo quod scriptum est in d. l. sed et si cōditioni. 6. §. 1. de her. inst. nec animaduertens tractare Vlp. eo loco nō de primo cap. leg. Velleæ, quod sanè generale fuit, sed de secundo, quod cum ad eos tantum pertineat qui succedendo testamentum rumpere possunt, in nepotibus tantum habere locum potest, non in filiis, quia quoniam in primo gradu constituti sunt non habēt cui possint succedere. † Ad hanc igitur Iustiniani cōstitutionem quæ de filio posthumis lata est, respiciēs Tribonianus, & vt hanc ipsam dubitationem dilueret quam nostri quasi indecisam agitant, vtrum in posthumis nepotibus idem admittendum esset addidit ad Scauolam eorum illum contextum verborum, melius ergo est, inquit, vt in eiusmodi vtilitate, hoc est propter vtilitatem publicam ad quam fauor testamentorum pertinet, præsertim post legem Velleam quæ & multos casus rumpendi abstulit, neque enim omnes abstulit, saltē ne hūc quidē quæ Scauola proponit De nepote ex filio captiuo, qui natus sit viuus patre & auo interpretatio admittatur, suppletionē dicere debuerat potius quàm interpretationē, vt instituens nepotem, malè ab his verbis veteres interpretes nouū §. inchoabant, qui sibi post mortē suus nasceretur: Ecce formulæ veterē institutionis posthumi ab Aquilio quoque obseruatā in posthumo nepote instituendo, rectè instituisse videatur quibuscumque casibus nepos natus suus esset rumpere, præteritus. Sic enim lego sublatis illis verbis, post mortem, vt pote additis ab eo ipso, vt credibile est interprete qui in prioribus, illa etiā addiderat, quæ nos iā sustulimus, post mortē scilicet auo. Alioqui non erit decisio cōgrua & accommodata ad propositū casum De nepote qui adhuc viuus patre & auo natus sit: fatendumque erit casum illum manere indecisū, cū tamē nō potuerit decisio cōcipi verbis generalioribus, quàm illa sunt, quibuscumque casibus. Il-

lud. n. duntaxat intuentum vulg. Tribonianus: An posthumus nepos in vnum casum institutus talis sit qui in alium rumpere testatū possit tanquā prateritus, vt in eū ipsum in quæ ruperet, vtiliter institutus videatur. Rectè illa generaliter, vt arbitror, quæ posita est in d. l. ult. C. de posthum. hered. instit. ne prateritionis pœnam patiatur qui nepotē non prateriit. Cui conuenit quod statim sequitur. Atque etiam si generaliter quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, vt (nam & sic lego, non aut) quicumque natus fuerit sit institutus si suus nasceretur. Ecce hic repetita non esse verba illa, post mortem, vt intelligamus etiam si testator institutionem sic conceperit, quicquid mihi liberorum natum erit post mortem, institutum tamen videri quicumque suus natus fuerit, quicumque, inquam, id est tam qui viuo quam qui mortuo testatore natus sit, dummodò suus, hoc est talis cuius prateritione alioqui testamentum rumpetur. Qualis est etiā is qui auo in ciuitate natus est ex patre capto ab hostibus. Quamquam enim non omnimodo suus nascitur propter spem postliminij, ob idque nec ex lege Vellea institui nullo modo poterat patre tamen postea apud hostes mortuo, apparet natum fuisse suum, ideoque testamentum rumpere si pro praterito haberetur. Melius ergo est, inquit Tribon. vt in tanta vtilitate quanta est sustinendi testamenti, vtiliter institutus videatur licet in alium casum natus sit, quàm in quem fuerat institutus. Errant autem manifestissime qui huius loci sententiam illam esse putant, vt cautionis loco ne tam facile testamenta rumpantur consilium dare Scauola velit, concipiendæ institutionis verbis generalibus cuiusmodi illa sunt. Qui mihi post mortem suus nascetur, aut quicquid mihi liberorum natum erit post mortem. Nullo expresso casu aut mortis aut deportationis aut captiuitatis filij ex quo conceptus sit nepos qui instituitur. Nam si consilium dandum erat cōmodius aliud excogitari non poterat quàm quod à Pomponio traditur in d. l. commodissime, vt qui nōdum natus est, vel in vtrumque casum expressum vitæ & mortis instituat, vel etiam purè neutrius temporis habita mentione. † Atqui Scauola de ea institutionis formula loquitur in qua additus & expressus sit casus ille specialis, post mortem meam. Et verò cum Aquili. formulam interpretatur, nō potuit ea verba pratermittere, quia nec Gallus poterat cum posthumi sui institutio iure antiquo nō nisi in hūc nominatim casū permittā esset vt supra dicto Sententiarum loco Paulus refert: nec nisi post legē Velleam valere cœpit institutio posthumi talis qualis à Pōponio præscribitur in d. l. commodissime, hoc est aut in vtrumque casum aut purè facta. Quæ omnia si vera sunt vel hic maximè locus probabit casū mortis trahi hodie ad casum vitæ, etiamsi neque certum tēpus, neque certū posthumi corpus in institutione demonstratum sit contra eorum errorem qui putāt his casibus non esse locum decisioni in d. l. ult. C. de posthum. hered. instit. Vnustantum in Pandectis textus est, ex quo tentari possit etiam antè Iustinianum casum mortis ad casum vitæ trahi potuisse: de quo sequenti capite dicendum nobis est, quod & superioribus aduersari, & non minus emendatione aliqua quàm noua interpretatione egere videatur.

CAPIT V.

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

SYMMARIA.

- 1 An dicta lex si pater filium ab. de vulgari tantum, an verò de pupillari substitutione accipienda sit?
- 2 Verba hæc post mortem ad mortem estatoris, non filij instituti pertinere.
- 3 Sub qua conditione posthumus institui soleat?
- 4 Jacobi Rauenna ad dictam legem interpretatio.
- 5 An tacita vulgaris substitutio in pupillari expressa, idè expret, quod impubes cui substitutus datus fuerat, viuo testatore decesserit?
- 6 Goueani ad hanc legem explicatio.
- 7 Cur in specie dicta legis rupto primo gradu, testamentum non incipiat à secundo, in quo posthumus institutus reperitur?
- 8 Quibus casibus posthumus partem duntaxat testamenti rumpat?
- 9 An in d.l. posthumus si frater iam mortuo nascatur testamentum indistinctè rumpat?
- 10 An in dicta legis specie testamentum rumpatur à posthumo post fratris mortem nato, si post patrem frater decesserit?
- 11 Responderetur ad duas obiectiones.
- 12 Casus quo non obstante posthumi præteritione testamentum valet.
- 13 Quid in d.l. significent ea verba viuo patre, & quò Goueanus ea referat?
- 14 Verba illa è d.l. delenda esse.
- 15 An si testator filio pubere instituto posthumum vulgariter substituerit, testamentum rumpatur, sine viuo fratre, sine post mortem fratris posthumus natus sit?
- 16 Hereditatem non deferri ex testamento, quod in eo sit ut rumpi possit, & quid inde sequatur?
- 17 Filium in dicta questione heredem necessarium ex testamento fuisse.
- 18 An si dictus filius institutus emancipatus fuerit, posthumus frater ei in casum vulgarem utiliter substitui possit?
- 19 Emendatur §. forsitam l. Gallus, & l. posthuma. 24. de liber. & posthum.
- 20 De veteri differentia inter posthumum & posthumam quoad institutionem vel exheredationem.

At lex, Si pater filium impuberem heredem scripsit, & ei substituerit si quis sibi post mortem natus erit, deinde viuo fratre posthumus natus fuerit, testamentum rumpatur. Post mortem autem fratris viuo patre natus, solus heres patri suo existet. Locus sanè perobscurus est, quia concisus, variatque admittens, si nostris credimus, interpretationes. Accursio, Bartolo, & veteribus omnibus præter vnum Iacobum de Rauenna, placuit non de pupillari substitutione intelligi legem debere, sed de vulgari tantum, ideoque nihil referre an impubes an pubes filius scriptus proponatur. Substitutum autem esse hoc casu posthumum qui testatori non mortuo, sed viuo nascatur, post mortem tamen filij instituti. Ideoque si viuo fratre nascatur, testamentum rumpere, quia non fuerit in hunc casum institutus, si post mortem fratris & patre viuo, non rumpere, quasi purè institutum, purificata scilicet, ut loquuntur, duplici illa institutionis conditione; qui tamen rumpere si post patris quoque mortem nascatur. Vtpote in contrarium casum institutus, si viuo patre natus esset, sed propius iacenti mihi non potest interpretatio hæc ratione vlla videri probabilis. Quid enim apertius, quam tractare Iulianum de pupillari substitutione,

& ob id nimirum de scripto herede impubere loqui, non etiam de pubere? Etsi enim impuberi quoque vulgariter substitui potest perinde ac puberi, et tamen substitutio ex Diuorum fratrum constitutione pupillarem etiam casum continet. *l. iam hoc iure. 4. D. hoc tit.* euaditque in pupillarem quoties pupillus patri heres exitit, ac postea impubes decessit. *Inst. de pup. substit. in prin.* Deinde quod lex ait, si quis sibi natus erit, sic intelligere ut suppleas *viuenti*, proterius commentitium est, nec solum commentitium, sed etiam improbabile cum statim sequatur, post mortem. † Illud verò iterum absurdus, verba hæc, post mortem, referre ad mortem filij instituti, ac non potius ad mortem testatoris, ad quem proximam illam & præcedentem dictionem, sibi, referendam esse omnes fatentur, & apertissimum est. Ut tacèa vulgarem & ex veteri iure receptam fuisse illam posthumi institutionem, si post testatoris mortem nascatur, ut superiore capite diximus ex Paulo *libro tertio sentent. tit. 4. §. ante penultim.* Nam etsi non ignoro Iuliani temporibus, & post legem Velleam potuisse institui posthumum sub ea quoque conditione, si viuo patre natus esset, cum tamen magis proprie posthumus is dicatur, qui post patris mortem nascatur *l. tertio in princ. de iniust. rupt.* vix est ut quis sub ea tantum conditione posthumum suum instituat, sed vel sub illa potius quæ vulgaris erat, si post mortem nascatur, vel sub vtraque ex Pomponij consilio in *l. commodissimè de liberis & posthumis.* ne tam facile testamentum rumpatur. † Nec sanè meminere legere me vllò iuris loco, posthumum sub ea solum conditione institutum proponi, si viuo testatore natus esset, sed vel simpliciter, vel sub illa, si mortuo testatore, vel sub vtraque simul. Sicut nec vsquam reperias institui posthumum qui post mortem fratris sui instituti nascatur. Imò & tale testamentum ab initio nullum est & iniustum, utpote in quo præteritus sit ille ipse filius iam natus qui institutus proponitur. Nam cum ex testamento non possit deferri hereditas ne quidem suo heredi scripto, quandiu rumpi testamentum potest *leg. ventre. 8. de acquirend. heredit.* & in proposita specie testamentum in eo sit ut per agnationem posthumi rumpi possit nisi vno illo casu quo post fratris instituti mortem nascatur posthumus: Consequens est ut filius institutus non nisi post mortem suam scriptus videatur, ac proinde ut sit præteritus, qui scilicet quamdiu vixit nec institutus fuerit, nec exheredatus *l. si ita scriptum. 13. §. vltim. l. filius. 28. de liber. & posthum.* Atqui manifestum est, Iulianum eam speciem tractare in qua testamentum valeat quo ad vsque per agnationem posthumi ruptum sit, & quòd saltem eo casu valere possit quo post mortem fratris viuo patre natus sit posthumus, ut in fine legis scriptum est. Deinde quid ineptius quam legis sententiam illam putare ut posthumus sub duplici conditione institutus, si & viuo patre, & post fratris mortem nascatur, heres esse possit vtraque impleta conditione, si aliqd nihil impediatur? Itaque miror Iacobum Cuiacium in Commentariis ad *dict. leg. commodissimè.* Accursij ad hunc locum interpretationem tam improbabilem adprobasse, † Iacobus autem de Rauenna quem Bartolus refert, licet de pupillari substitutione legem interpretetur, Iuliani tamen sententiam assecutus non est, qui eam esse putat, ut tacita vulgaris quæ in pupillari expressa continetur non expiret defuncto pupillo viuo testatore quando impuberis frater est substitutus. Neque enim aut

de tacita vulgari, aut de vi substitutionis Iulianus tractat sed de viribus testamenti, an & quoniam demum in casu agnatione posthumi rumpi possit. Videbatur namque posthumus omni casu præteritus, quippe qui non institutus aut exheredatus sed tantum substitutus esset siue vulgariter siue pupillariter substitutum malis dicere. † Illam verò tacitam vulgarem quæ in pupillari expressa ex Diui Marci rescripto continetur, certum est non ideo expirare quòd viuo testatore impubes cui substitutus datus fuerat, decesserit, siue impuberis frater, siue extraneus substitutus sit. Nam quod dici solet non aliter adiri hereditatem pupilli ex pupillari substitutione, quam si paterna quoque ex paterno testamento adita sit, tum demum verè dicitur cum pupillus exheredatus proponitur non cum institutus fuit *l. 2. §. adeo l. sed si plures. 10. §. si ex asse. D. hoc tit. l. ita tamen. 27. qui suspectam. D. ad SC. Trebell.* Si quidem instituto impuberi datus substitutus, impubere aut ante patrem mortuo aut se abstinente potest ipse ex vulgari tacita patri succedere, atque ita vel pupillares quoque tabulas confirmare ut alio loco scripsimus, licet Goueanus passim dissentiat, vel si de pupillaribus tabulis tractari nihil possit, filio familias prædefuncto, paternam saltem hereditatem vindicare. Non enim solo pupillorum fauore sed etiam testamentorum nititur illa Diui Marci constitutio. Filio exheredato vulgaris tacita, aut, si melius loqui velis, à lege subintellecta, nulla est, cum non nisi ineptè possit sub ea conditione, si heres non erit substituere illi qui exheredatus est, nec heres esse potest. † Rectius igitur Goueanus ad hanc legem, licet non omnino rectè, Iulianum sic explicat, ut in proposita specie testamentum rumpatur agnatione posthumi fratri impuberi substituti, quia in primo gradu præteritus reperitur: in quo omnes conueniunt, si viuo fratre posthumus natus fuerit. Quandiu enim frater viuus qui primo loco & solus institutus est non potest ex substitutione deferri hereditas *l. quamdiu institutus. 69. D. de acq. hered.* Et consequenter non potest ea substitutio facere quin posthumus in primo gradu præteritus reperiat, siue viuo siue mortuo patre nascatur, quia quandocumque natus, loco eius est qui testamenti tempore superstes fuit *l. si primo. 8. in fi. de liber. & posthum.* Sed quæri adhuc potest, Cur non admittat Iulianus, ut rupto primo gradu testamentum incipiat à secundo in quo posthumus institutus reperitur. Et respondet Goueanus non posse testamentum in secundo gradu consistere quòd in eo filius superstes præteritus sit. Non malè, sed minus sufficienter nisi hanc rationem ex alia suppleas & adiuues. Possit enim adhuc obiici, quòd verissimum est, sufficere ad validitatem totius testamenti ut filius in primo gradu sit institutus, nec esse necesse ut in sequentibus instituat vel exheredetur, *d. l. si posthumus. §. quod vulgo. l. 4. §. vlt. de hered. inst.* Itaque addendum est, toties sufficere filium in primo gradu institutum fuisse quoties ex ea institutione cum secundo gradu heredibus heres esse potest, quòd non aliter contingit quam si habuerit coheredem cui substitutus datus est, primusque ille gradus valeat. Alioqui absurdum sit institutionem in primo gradu factam quæ vnà cum gradu rupta sit, ipsi filio nocere ut hereditatis paternæ commodo priuetur sicut in simili de exheredatione quoque scriptum est in *l. filium 20. versic. Iulianus de bonor. poss. contr. tabul.* Hic autem fieri nequeat, ut simul cum posthumo substituto admittatur filius institutus, cum

duo gradus sint successionis ordinem necessarid inducentes, arg. *l. cum in testamento. 37. de hered. inst. & l. prox. sup. hoc tit. ne fiat.* contra voluntatem si adiectu coheredem demus substituto cui totum testator dederit argumen. *l. verbis civilibus. 7. D. hoc tit. sed & respondere Goueanus potuit, & melius, non posse in proposita specie testamentum consistere in secundo gradu in quo posthumus est institutus, nec si frater in eodem institutus esset aut exheredatus, quia posthumus in primo gradu præteritus si nascatur viuo instituto rumpit totum testamentum; nec sequentem gradum valere patitur. In quo sanè plus iuris habet quam filius iam testamenti tempore natus, & in primo gradu præteritus, in secundo vel institutus, vel exheredatus *l. nam et si. 5. vers. rumpendo de iniust. rupt.* † Et quòd dicitur posse fieri ut posthumus partem duntaxat testamenti rumpat, tunc euenit cum in primo gradu est exheredatus, in secundo præteritus *l. 3. §. vltim. & l. sequent. l. si ego. 19. eod. l. si posthumus. 14. de liberis & posthum.* Posthumo autem instituto in primo gradu licet præteritus sit in sequentibus, totum testamentum valet si modò nihil sit quòd impediatur ne primus valere possit, quia nihil imputari potest patri qui posthumum in primo gradu heredem instituerit. Nec minus in posthumum quam in filio iam nato locum habet quòd scriptum est in *d. §. quod vulgo l. posthumus. 14. de liber. & posthum.* † Si autè fratre iam mortuo posthumus nascatur, quæ secunda legis pars est, longè difficilius videtur, An testamentum omnimodo & indistinctè rumpat. Nam quòd Iulianus ita scribit; *Post mortem autem fratris viuo patre natus solus heres patri suo existet,* distinctionis materiam Goueano præbuit, Post patremne, an verò ante patrem filius primo gradu institutus decesserit. Ut si ante patrem eo demum casu posthumus non rumpat testamentum; propterea quòd institutione fratris facta quasi caduca substitutio posthumi ad intellectum institutionis reuocatur *l. cum ex filio. 39. §. quidam hoc tit.* Si verò post patrem adhuc rumpat, quia in primo gradu præteritus reperiat. Et sanè vix est ut alium sensum admittat verba illa *viuo patre* quæ haud dubiè essent superflua si nihil referret viuone an mortuo patre frater posthumus decessisset. † Videamus tamen ne fallum sit quòd ille putat rumpi testamentum à posthumo post fratris mortem nato, si post patrem frater decesserit. Nam certi iuris est non aliter rumpi testamentum agnatione posthumi, quam si eo tempore præteritum se inueniat quo nascitur. *l. 3. §. ex his apparet de iniust. rupt. l. 2. C. de bon. poss. contr. tab.* Hic autem de quo agimus licet in primo gradu præteritus fuerit, reperit tamen se institutum cum nascitur, quippe qui post fratris mortem natus & tempore quo de primo gradu amplius querendum nihil est, hereditatem patris possit sibi ex substitutione acquirere. Neque frater iam mortuus obstare potest quòd minus posthumus substitutus heres existat ex substitutione pupillari si modò in pupillari ætate decesserit. Nā si impubes factus diè suū obiisset, cum pupillaris substitutio extincta & finita esset, posthumus qui substitutus tantum fuerat, præteritus reperiretur; & ita testamentum agnatione rumpere. † Nec ad rem pertinet si quis obiiciat substitutionem pupillarem testamentum esse filij; nec proinde valere posse in vllò casum siue vulgare siue pupillare, si paternum ipsum testamentum non valeat *l. ex pupillari. 44. hoc tit.* Nam respondeo, Eum quoque qui impuberi substitutus sit, non minus patri quàm ipsi impuberi heredem esse*

l. 1. §. 1. sup. l. prox. infr. end. l. si ita scriptum. 8. §. qui filio de honor. poss. secund. tab. & ideo non minus videri eum testamento patris institutum secundo gradu, quam si alij cuiuslibet instituto vulgariter substitutus fuisset: cum patris & filij testamentum vnum sit, l. paterfam. 28. de reb. auct. iudic. possid. aut saltem pro vno habeatur tam civili iure quam Prætorio l. patris. 20. hoc rit. Vnde illud quoque fit vt posthumus qui pupillo alienus sit, heres ei dari possit dummodò sit ius testatori l. 2. §. prius. a. hoc ti. quod saluum esset, nisi ea ratione fieret, quòd quisquis pupillo substituitur ab ipso patre institutus videatur. Alioqui enim obstaret iuris civilis regula, quæ alieni posthumi institutionem non admittit. Sed & ex eodem fonte manat quòd qui patri necessarius est, idem pupillo quoque est d. §. prius autem. l. sed si plures. 10. §. quos possum eod. Valebit igitur testamentum patris filio instituto etiã post patrem mortuo, posthumoque qui in secundo gradu pupillariter substitutus, in primo præteritus fuerat, deinde nato, quia quo tempore natus est nihil ei obstat, quo minus possit ex testamento heres esse, & quidem solus, sublato iam fratre de medio: Vt proinde absurdum sit dici eum præteritum qui solus sit heres: Atqui iniquis vel ob id saltem testamentum erit nullum quod, vt supra diximus, filius institutus quandiu vixit non potuerit heres esse, cù toto illo tempore testamenti vires in pendenti fuerint, incerto eo an posthumus viuo patre nasciturus esset neque d. l. si ita scriptum. 13. §. vlt. d. l. filius. 28. de liber. & posthum. Sed respondeo filium quidem priusquam moreretur non potuisse heredem existere propter metum & periculum rumpendi testamenti, d. l. ventre. 84. de acq. hered. † At quo instanti mori cepit, heredem extitisse, quoniam eo demùm instanti certum quoque esse cœperit non nasciturum eo viuo posthumum, & consequenter testamentum amplius rumpi non posse ab illo, qui se institutum postea reperitur sit arg. l. vlt. de cond. inst. l. si filius. 16. de liber. & posthum. Estque hic casus valde singularis in quo testamentum valet adeò vt ex eo heres filius extiterit, nihil obstante præteritione posthumi deinde nati: Nempe cum posthumus substitutus est, & post fratrem institutum natus. † Quid ergo sibi vult Iulianus iis verbis, viuo patre? An vt testamentum non aliter valeat quam si posthumus & post mortem fratris, & viuo patre natus sit? Minimè. Quinimò posthumus ita institutus aut substitutus. Si post mortem testatoris nascetur, rumpit testamentum si nascatur viuo testatore, vt superiore capite ex Pandectarum iure disputauimus. Deditque ea res causam interpretationi Accursij, vt ad dictionem illam sibi, adiecerit, viuenti, & ea verba, post mortem, ad fratris non ad patris mortem retulerit, quod nos iam refutauimus. Goueanus verò difficultatem hanc sic eludit vt dicat, verba illa, viuo patre, non ad sequentem dictionem, natus, referenda esse, sed ad præcedentiam post mortem fratris, ponendamque in textu virgulam post patre, non post natus (sic enim in eius commentariis legendum est.) vt sensus sit mortuum quidem fratrem viuo patre, sed natum posthumum post mortem patris, quod certè durius est quam vt admitti possit. Adde quod & nos iam probauimus nihil referre an filius institutus idemque posthumi frater decesserit viuo patre, an mortuo, sed tantum an viuo fratre natus sit, an post eius mortem, vt si viuo fratre, rumpat omnimodo testamentum etiam prædefuncto patre, multò magis eo adhuc supersistit: Si post fratris mortem, non rumpat, dummodo

non viuo patre nascatur. † Itaque cum hæc verissima sit nec obscura legis sententia, quid superest nisi vt ea verba, viuo patre, quæ sola tot inexplicabiles perplexitates induxerunt deleamus, & in glossam inepti cuiusdam interpretis vnde irreperunt relegemus? Fefellit interpretem quod lex ait posthumum post mortem fratris natum solum heredem patri suo existere: quasi id fieri non possit nisi post mortem eius viuo patre, cum si patri filius supersisteret ipse primus heres patri extitisset, non igitur posthumus solus. Sed animaduertere debuit imò verò posse fieri vt filius patri superstes ei heres extiterit, nempe si viuo illo non sit natus posthumus, nec eo minus tamen post eius mortem posthumus quoque heres existat, & quidem patri licet etiam fratri simul ex pupillari substitutione, adeoque solus posteaquam nemo amplius est qui possit aut impedire aut concurrere. † Ex quo apparet non idem dici posse si testator filium puberem instituerit, eique posthumum vulgariter substituerit. Omnimodo enim testamentum rumpetur non solum si viuo fratre posthumus natus sit, sed etiam si post mortem fratris, vt pote defecta conditione vulgaris substitutionis, quæ scilicet nunquam euenire possit, atque ita præterito posthumo non minus in secundo quam in primo gradu. Nam si obiicias fieri posse vt frater qui patri superstes fuit siue pubes siue impubes paterna hereditate se abstinerit, & hoc saltem casu perinde condicionem vulgaris substitutionis euenire atque si viuo patre frater decessisset, saltem si non deliberante sed etiam absente fratre posthumus natus sit: dicam errare te si existimas posse fratrem abstinere paterna hereditate quandiu rumpi testamentum potest agnatione posthumi. † Etenim si verum est quod supra monuimus non deferri hereditatem ex testamento quòd in eo fratre rumpi possit dicit leg. ventre. 84. de acq. hered. consequens est vt sicuti filius eo testamento scriptus immiscere se non potest, ita nec abstinere queat, quoniam priusquam delata sit hereditas, nec immixtionis nec abstentionis ius illi competit. Ergo nec illud fieri potest vt posthumus cum nascitur, viuo fratre, reperiat fratrem exclusam seque institutum, hoc est vt fratre viuo existat vnquam condicio illa vulgaris substitutionis, si heres non erit. Imò, quod magis mirum est, nec fratre mortuo, quia, vt diximus, ipso instanti mortis heres fuisse intelligitur, (ex quo certum esse cœperit testamentum amplius rumpi per posthumum non posse. † Et quidem necessarius, quia neque se abstinere eo instanti potuerit, cum non sicut hereditas suo heredi acquiri in instanti potest, ita & in instanti ab eo omitti possit. Acquisitio siquidem fit sola iuris potestate & in hoc ipso quòd hereditas suo heredi defertur, omissio autem non nisi per abstentionem, abstentio verò non in instanti sed in tempore, quia factum hominis requirit, nec per alium quam per ipsum filium fieri hoc casu potest arg. dicit leg. vlt. de cond. inst. Et si namque non ignoro posse pupillum abstinere per tutorem l. pen. de auct. tutor. l. ex contractu. 44. de re iudic. id tamen non aliter procedit quam si tutori constet delatam pupillo hereditatem, quod hic non euenit: quia nec defertur nisi eo ipso instanti quo pupillus moritur post pupilli verò mortem fera & ridicula tutoris abstentio fuerit. Cum igitur abstentio hæc neq. per ipsum pupillum, neque per eius tutorem fieri possit eo præcisè instanti quo pupillus moritur, restat vt pupillum qui nunquam se abstinerit, patri suam & necessarium

heredem extitisse concludamus, idque ex testamento l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omis. caus. testam. sicut & ab intestato heres esset si eo mortis instanti certum esse inciperet neminem ex eo testamento heredem futurum d. l. si filius. 16. de lib. & posthum. Hinc verò & illud quoque necessarid sequitur, conditionem vulgaris substitutionis, quæ illa est, si heres non erit, existere nunquã posse in proposita specie, hoc est in persona filij qui moriens ita fuit heres ex testamento necessarius, vt quandiu vixit abstinere se nunquam potuerit. Ac proinde cum omni casu reperiat posthumus præteritus, qui fuit tantum vulgariter substitutus, nisi cum vulgaris substitutio impuberi facta trahitur ad pupillarem ex Marci constitutione, illud quoque euenire necesse est vt omni casu rumpat testamentum: etiam si post mortem fratris nascatur, licet mortuo iam patre, ac multò magis si viuo adhuc patre, cum eo casu rumperet, tamen si primo gradu fuisset institutus ita nominatim concepta conditione institutionis, Si post mortem nasceretur d. l. commodissime. † Eadem porrò aut potius contraria ratione fit, vt si proponas institutum filium siue puberem siue impuberem emancipatum fuisse, qui moriens ipso iure heres esse non potuerit, aliud prorsus dicendum sit, hoc est vt ei instituto vtiliter possit substitui posthumus frater in casum vulgare, quia casus ille possit contingere mortuo quocumque emancipato ante natum posthumum, cum emancipatus nec citra aditionem heres esse possit, nec adire priusquam hereditas deferatur, nec hereditas deferri ex testamento quandiu rumpi testamentum potest, nec rursus ab intestato quandiu speratur posthumus ex testamento heres futurus. Tantò magis quod nec emancipati filij præteritione testamentum iniustum dici possit: sed tamen quoniam siue ex testamento, siue ab intestato rem ille omnimodo habiturus fuit aut civili iure, si posthumus non natus fuisset, aut iure saltem Prætoris, si testamentum viuo eo per agnationem posthumi ruptum esset, æquissimum erit hoc etiam casu accommodari ei decretum illud cuius mentio fit in d. l. ventre, & in l. 4. §. vlt. inunct. l. 5. de bon. poss. contr. tab. & de quo latè scripsimus lib. 1. cap. 10. Notandusque est perelegans hic casus quo decretum illud necessarium sit, à nemine adhuc ex interpretibus nostris animaduersus. Cum autem Iulianus non de emancipato filio loquatur, sed de suo herede, vt probant illa verba, solus heres patri suo existet (existere enim proprium verbum est suorum heredum non emancipatorum l. in suis. 14. de suis & legit.) fatendum est non posse legem hanc de vulgari substitutione intelligi, sed tantum de pupillari, quæ nec puberi fit nec emancipato: quæ res magis me confirmat vt ea verba viuo patre delenda esse existimem. Coniecturam iuuat quòd in præcedentibus idem ferè error Florentinam quoque lectionem inuaserat, quæ sic habet testamentum viuo rumpatur, vbi nemo non videt & alij Codices probant dictionem viuo esse irreptitiam. † Idem error, imò longè foedior irrepit in l. Gallus. 29. forsit an de liber. & posth. in illis verbis, si §. viuo patre, vbi pro viuo alij Codices habent mortuo, & rectius, vt facile appareat vetustiores interpretes dum hos locos tractarent in quibus præcipue inspiciendum est viuone an mortuo testatore natus sit posthumus, non sibi temperasse quin suas adhiberent interpretationes & contextui intererent. Ita fore existimantes vt apertior & facilior fieret legum sententia quam ex contrario dum incauti decipiuntur miris perplexitatibus innodant.

Sic & in l. posthuma. 24. de liber. & posth. vt hoc quoque subiciam, puto abundare eadem ipsa verba viuo patre. Nam cum posthuma sub conditione heres instituta est si pendente conditione nascatur etiam mortuo patre perinde rumpit testamentum atque si viuo patre nata esset, arg. l. cum posthumus. 22. eod. vbi scriptum est cum posthumus sub conditione instituitur, casuali scilicet vel mixta, non etiam potestatiua vt rectè Accurs. interpretatur (siquidè potestatiua, nec viciat institutionem, nec ante posthumi natiuitatè impleri potest) ita demum non rumpi testamentum agnatione posthumi, si priusquam nascatur conditio extiterit. † Neque enim hac parte differentiavlla est aut olim fuit inter posthumum & posthumam, quamuis inter filios iam testamenti tempore supersites differentia esset vt Caius & Iustin. in Insti. scribunt, adeoque inter posthumum & posthumam, quòd ad exheredationem nominatim faciendam attinebat, aut etiam institutionem. Poterat enim posthuma non item posthumus inter cæteros institui vel exheredari, dummodò exheredatæ aliquid legaretur, vt refert Vlp. tit. 2. qui her. inst. poss. §. posthumus filius. 21. in fragment. Quæ omnia Iustin. sustulit in l. maximum vitium. 4. C. de lib. prat. Ideoq. de posthuma Paulus loquitur in d. l. posthuma, non quasi aliud sit in posthumos, sed vt intelligamus, quauis dubitandi ratio maior sit in posthuma, vt non tam facile atque posthumus testamentum rumpere videatur, propter sexum cui alioquin minus faueri solet, idem tamen ius hic admitti debere. Sanè posthumam certum est rumpere testamentum non solum si sub conditione instituta sit, & conditione pendente nascatur, sed etiam si purè scripta fuerit, quoties viuo testatore nascitur, si ius antiquum inspicias, si verò legem Velleam, quoties sub ea demonstratione scripta est qua post mortem meam nascetur, quoniam apud Iureconsultos, & ante Iustin. in d. l. vlt. C. de posthum. hered. instit. institutio facta in vnum casum, ad alium omisum trahi nunquam potuit. Proinde rumpit quasi præterita. Abeant itaque qui contrariam sententiam ex hoc Iuliani loco probare velint, aut aliam Iuliani sententiam querere.

CAPVT VI. Ad §. si eius. l. Gallus.

SVMARIA.

- 1 An casus d. §. si eius. ad legem Velleam, an verò ad ius antiquum aptandus sit?
- 2 An posthumi institutio in d. §. proposita ex Galli Aquilij formula, an verò ex lege Vellea defendi possit.
- 3 Referuntur huius questionis à Scævola propositæ nec de cetero, recentiorum Interpretum decisiones.
- 4 Institutionem dicti posthumi, qui apud hostes editus post mortem patris reuersus est, ex iure antiquo defendi non posse.
- 5 Quid Galli Aquilij formula cum lege Vellea continere fuerit.
- 6 Dicitur posthumum non suum natum esse.
- 7 Cur idem posthumus an testamentum non rumpat?
- 8 An, si præteritus esset, rumperet agnascendo, an succedendo?
- 9 Quis sit sensus horum verborum in d. §. si eius. sed cum testamentum ab eo non rumpatur, &c.
- 10 Cur dictus posthumus reuersus ab hostibus testamentum succedendo non rumpat? ob ratio à Bartolo examinatur.

ANTONII FABRI

272

- 11 *Dictum posthumum postliminio reuersum in aui potestate semper fuisse intelligi.*
- 12 *Filium, qui apud hostes est, præteritum, & mortuo patre reuersum, iniustum testamentum facere.*
- 13 *Emendatur l. captum. 9. C. de captiu. & postlim. reuert.*
- 4 *Posthumum nepotem in d. §. si eius, etiam si institutus sit, succedendo tamen rumpere testamentum aui, inspecta iuris veteris ratione.*
- 15 *An legis Vellea potestate fiat, ut dictus nepos testamentum aui succedendo non rumpat?*
- 16 *Vera ratio redditur, cur dictus posthumus succedendo testamentum non rumpat?*
- 17 *Casum huius §. cum casu Iuliani conuenire.*
- 18 *De quo nepote Scauola in b. §. tractet?*
- 19 *Scauolam in d. §. si eius, ad ius Iuliani auctoritate inductum respicere potuisse.*
- 20 *Repetitur questio in ius proposita, an posthumus nepos in d. §. si eius, ex iure antiquo, an ex lege Vellea institutus videatur?*
- 21 *An verbis, quod querendum est, &c. in d. §. si eius, species mutetur?*

Qui filium habebat, & nurum prægnantem, posthumum nepotem instituerat. Nurus ab hostibus capta apud eos pepererat, superstitibus adhuc in ciuitate aui & patre, Tum pater ante auum decesserat. Aui subinde mortuo nepos ab hostibus redierat. Querit Scauola, utrum casus hic ad legem Velleam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, hoc est, an posthumus hic nepos testamentum non rumpat tanquam institutus ex præscripto Aquilianæ formulæ, an potius tanquam institutus in eum casum qui lege Vellea comprehensus est. Ponimus enim nepotem hunc institutum non sub ea nominatim conditione quæ Galli Aquilij formula continetur, si post aui mortem nasceretur (alioqui frustra de lege Vellea dubitaretur, ad contrarium casum pertinente si viuo testatore suus nascatur, qui casus in casu mortis comprehendendi nullomodo potest *l. commodissime. 10. de lib. & posthu.*) sed simpliciter & nullo casu expresso. Ex consilio Pomponij in *d. l. commodissime*, & aliorum de quibus Scauola in hac *l. Gallus. §. quidam reuert.* Non querit Scauola, an posthumus hic nepos, simpliciter ut dictum est, institutus testamentum rumpat. Ponit enim pro certo non rumpere ut probant sequentia illa, *Sed cum testamentum ab eo non rumpatur.* (hoc verò cur ita, dicemus postea) At de illo duntaxat dubitat, An idem non rumpat quod vtiliter institutus videatur ex iure antiquo, an quod ex iure nouo, hoc est ex lege Vellea. Ius enim antiquum intelligit non legem duodecim tabularum, sed ius civile quod Aquilij temporibus & ante legem Velleam, quæ nouum ius fecit, obtinebat. Querit igitur, an vtiliter hic nepos institui potuerit iure civili vetere, an verò lege Vellea. Nec tamen decidit quidnam probabilius dici possit. Nostri verò quod ille prætermisit, sic supplent ut longè diuersa sentiant. Sunt namque qui putent posthumi huius institutionem defendi posse ex iure antiquo, propterea quod cum ab hostibus post patris & aui mortem redit posthumus, eodem instanti nasci videatur, utpote qui in illum vsque diem nec ciuis Romanus fuerit, sed seruus hostium, nec proinde iuri civili cognitus, quod neque Romanorum seruus agnoscit *l. quod attinet. 32. de reg. iur.* Casus autem in quo ius civile vetus permittebat posthumi sui institutionem, ille erat, si post testatoris mortem nasceretur, ut pluribus disputauimus cap. 1.

sup. Aliis placet defendi hanc institutionem ex lege Vellea duntaxat propter factionem postliminij quæ omnia retrò agens, sicut ut viuo adhuc aui nepos hic natus videatur, quo scilicet captus sit ab hostibus. Quam sententiam vir doctissimus Iac. Cuiacius probabilior arbitrat. Alij, ut subtiliores videantur, magis probant ut utroque iure institutio hæc defendatur. Vetere quidem si actionem inspicias, quasi ficta natiuitas illa sit cum captiuus redit ab hostibus. Nouo autem si veritatem attendas, quod reuera natus sit viuo aui, qui apud hostes ante mortem aui natus est, ut de illo tantum dubitet Scauola an veritatem an fictionem spectari oporteat, id est, an qui natus est apud hostes, videatur natus in ciuitate: qui natus est non suus, videatur natus suus: quæ videtur fuisse veterum omnium opinio, à Cuiacio quoque parum sibi hic constante probata. Mihi verò, peccantorum virorum dixerim, profus desipere hi omnes videntur. Nam si verum est, quod sanè negari non possit, partum in ciuitate conceptum & apud hostes editum si postea quodcumque in ciuitate redeat habere ius postliminij ut & locus hic probat, & *l. ab hostibus. 15. §. 1. Ex quib. cau. maior.* illud profus consequens est, posthumum hunc nepotem quodcumque reuersum etiam post mortem aui, semper tamen & in ciuitate, & in potestate fuisse retrofingi *l. non ut à patre. 8. l. reitor. 16. & pass. de captiu. & postlim.* Quod si ita est non minus ex fictione quàm ex veritate dici potest natum fuisse eum viuis patre & aui, ac proinde nullomodo posse institutionem eius defendi ex iure antiquo, quod ne sui quidem posthumi institutionem aliter permittebat, quàm si is & suus & post testatoris mortem nasceretur. Itaque hoc casu fictio postliminij cum veritate congruit. Profusque noua & inaudita est fictio illa quam isti comminiscuntur ut qui ab hostibus redit tam demùm agnasci videatur. Cum non solùm rei veritas repugnet, sed etiam postliminij fictio quæ contraria ista fictione deleretur. Illud sanè plus est in postliminij fictione quàm in veritate, quod qui reuera apud hostes & natus & educatus est, in ciuitate natus fuisse ac perpetuò vixisse creditur, unde illud quoque fit ut qui reuera natus est seruus hostium, & alioqui pro nullo computandus iure civili, videatur tamen natus viuo patre qui tunc cum hic apud hostes natus est viuebat in ciuitate & sub patris sui eiusdemque testatoris & aui potestate. Sic euenit ut concurrente quod ad hoc etiam pertinet postliminij fictione cui rei veritate, non minus verè quàm si hæc dici possit nepotem hunc natum fuisse non suum, & consequenter talem qui nullo iure institui potuerit, nec vetere nec nouo iure. Id enim iuri veteri cum nouo, hoc est cum lege Vellea commune fuit, quod neutrum patiebatur institui posthumum nisi qui suus esset. Et quidem ab eo tempore quo institueretur, ac ita demùm si post testatoris mortem nasceretur (quæ fuit iuris antiqui constitutio) aut eo saltem tempore quo nasceretur tametsi viuo testatore, quod Vellea lex introduxit. Frustrà igitur labores in querendo & inuestigando, an ex antiquo iure an potius ex lege Vellea vtiliter institutus videatur is quem constat nullo iure institui potuisse. Idque & Scauola ipse fatetur in *§. ille casus in §. hac leg. in illis verbis. Porro præcedere debet ut vtiliter sit institutus, quod nullo iure potuit is qui nondum natus erat.* Nam in illo §. eandem profus quàm in isto speciem tractat de aui qui filium habens, nepotem nondum natum instituerat, postea viuis patre & aui natum, deinde post obitum patris viuo

viuo adhuc aui mortuum: hac sola differentia, quod hic tractat de nepote nato apud hostes mox post patris & aui mortem reuerso, illic verò de nepote qui nunquam apud hostes fuerit. Atqui nemo dixerit, nepotem apud hostes editum melioris conditionis esse debere hactenus ut vel suus natus fuisse vel facilius institui potuisse videatur quàm si ab hostibus nunquam captus fuisset. Postliminij enim eandem quidem conditionem facit reuersi ab hostibus quæ si esset in ciuitate semper mansisset, sed meliorem facere non potest. Cum igitur institui non potuerit hic posthumus nepos siue ex veritate, siue ex fictione natum eum dicas, vel viuo, vel mortuo testatore, quia tam veritate, quàm postliminij fictione inspecta natus non est suus. Parum certè subtiliter faciunt qui rationem reddentes cur testamentum non rumpat, hanc adferunt quod commodissime sit institutus. Quasi ut commodissime institutus quis videatur sufficiat ita esse institutum ut commodius institui non potuerit, ac non prius de illo querendum sit an aliquo modo aut aliquo iure institui potuerit. nam qui nullo iure institui potest multò minus possit commodissime institui. Et tamen testamentum non rumpit, ut ait Scauola, An quod, ut fert secunda Accursij interpretatio, nec præteritus rumpere? Nā si ita est, frustra sanè queramus, an iure aliquo vtiliter institutus sit, qui vtiliter potuit præteriri. Constatque tam antiquo iure civili quàm lege Vellea non alios prohiberi rumpere, cum instituti sunt vel exheredati, quàm qui rumpere si essent præteriti. Atque ita Goueanus quoque sentit in posterioribus suis ad hunc locum Commentariis. Sed ego non probo. Eset enim ridicula questio. An nepos hic, ita ut dictum est institutus, testamentum rumpat si nec præteritus rumpere. Et in dict. §. ille casus in quo eadem, ut dixi, species proponitur de instituto nepote, qui & natus sit non suus, & post mortem patris viuo aui decesserit, aperte Scauola scribit. Iuliani sententiam necessariò admittendam fuisse ut nepos hic institutus testamentum non rumpere commixtis scilicet duobus capitibus legis Vellea: Quod vtrique seruacuum fuisset si etiam præteritus non rumpere.

8 An igitur si præteritus esset rumpere agnascendo an succedendo? Alterutro siquidem ex his modis rumpat necesse est. Atqui agnascendo non potest rumpere qui non nascitur suus. Hic autem cum & reuera & ex fictione postliminij nascatur viuo patre suo herede, suus heres aui nasci non potest, nec si semper in ciuitate fuisset, quia pater eum præcederet. In eoque omnes consentiunt, quia nec dubitandi ratio vlla est. Et hac de causa fortassis possit quis dicere Scauolam negare hunc nepotem rumpere, quoniam tota hac lege vsque ad *§. sequenti parte*, non nisi de iis posthumis tractat qui si præteriti sint, agnascendo, rumpunt, quoniam & de iis solis instituentis Gallus, & Velleus tractarunt. Cum, quod ad eos attinet, qui succedendo rumpunt secunda pars legis Vellea sic prouiderit ut non tam institui eos permiserit, quàm vetuerit rumpere, si modò instituti essent vel exheredati *d. §. ille casus.* Ut proinde quod in fine huius §. Scauola scribit: *sed cum testamentum ab eo non rumpatur, nihil refert utrum ex iure antiquo an ex lege Vellea excludatur*, perinde sit ac si diceret frustra queri an nepos hic vtiliter institutus sit ex iure antiquo an ex lege Vellea, ut excludatur à potestate rumpendi testamenti, cum non rumpat agnascendo, de iis autem solis instituentis Gallus & Velleus egerint qui testamentum rumpere agnascendo possunt quo-

ties sunt præteriti. Verum quoniam verba illa, *cum testamentum ab eo non rumpatur*, tam generalia sunt ut omnem rumpendi modum excludere Scauola videatur, hoc est, siue agnascendo, siue succedendo, inuestigandum nobis est, an nepos hic præteritus, quem diximus non rumpere agnascendo, rumpat succedendo. Nam ut rumpat illud omnino facit, quod cum fictione postliminij videatur semper fuisse in ciuitate, eadem ipsius conditio esse debeat in omnibus nec melior aut deterior quàm si nunquam apud hostes fuisset. At si in ciuitate mansisset, eiusque pater ante annū decessisset, proculdubio successisset ille in locum sui patris, atque ita succedendo aui testamentum rupisset *l. posthumorum. 13. in §. it. prox. §.* Cur non ergo rumpet quodcumque reuersus ab hostibus? An quia extremum fictionis ad quod non sit habile, ut Bartolus, Castrensis & Veteres omnes existimant? Sic enim sentiunt, posthumum hunc qui apud hostes natus sit non posse videri aut retrofingi mansisse in ciuitate in qua nunquam antea fuerit. In quo labuntur apertissime. Nam ut maximè verum sit requiri necessario ad inducendam postliminij fictionem quod in ciuitate aliquando fuerit is qui in perpetuò mansisse videri velit, Constat eum qui in ciuitate conceptus est, licet apud hostes natus sit, statim atque in vtero fuit, pro iam nato habitum fuisse, præsertim quod ad postliminij fictionem attinet *l. pen. D. de Stat. hom.* indeque fieri quod plerisque iuris locis scriptum est ut patri quoque postliminium detur *d. l. ab hostibus. 13. §. 1. ex quib. cau. maior. l. si quis filio. 6. §. siue autem in §. it. prox.* nimirum si apud hostes natus tantum non etiam conceptus fuerit, ut sequenti capite differemus. An ergo verius est quod Goueano placuit nepotem hunc de quo tractamus ideò non rumpere aui testamentum succedendo, quod in aui potestatem nunquam reuersus sit, quo scilicet iam mortuo ab hostibus repedauerit? Verum & huic sententiæ ipsa iuris ratio refragatur, quæ propter fictionem postliminij facit ut nepos hic sicut in ciuitate ita in aui potestate semper fuisse intelligatur, adeò ut nec tractari possit an in potestate reuersus sit de qua nunquam exierit. Nisi velis defendere ob eam causam cessare hic postliminij fictionem quod extremum à quo non sit habile iam defuncto aui quo tempore nepos ab hostibus reuertitur. Sed hoc multò minus dici potest. Non enim ex aui, sed ex ipsius nepotis persona inspiciendum est an extrema sint habilia: sufficitque nihil prohibere quominus nepos apud hostes natus in ciuitate semper mansisse fingatur, ut cætera omnia consequantur, quæ pro factis haberentur si nunquam hostium potitus fuisset, alioqui non esset plenum & integrum ius postliminij, sed diminutum & dimidiatum, quale esse non magis potest quàm illud fieri ut eodem tempore vnus idemque homo & liber sit & seruus, & in ciuitate & apud hostes. Atqui si nepos hic semper in ciuitate mansisset, haud dubiè prædefuncto patre viuo aui in patris locum successisset, ac succedendo aui testamentum rupisset. Idem ergo admittendum quoque est cum in ciuitate conceptus, apud hostes natus in ciuitatem redit, mortuo etiam patre: Cætero quin eadem iuris ratio fieret, ut iam natus filius ab hostibus captus, & patre mortuo reuersus, patri suus heres existere non posset, cum suus heres ille sit qui mortis tempore & in potestate est & primum gradum occupat in causa succedendi *d. l. si quis filio. 6. in prin. in §. it. prox. l. si filiusfamilias. 33. §. 1. de testamen. milit. l. scripto. 7. D. und. liber.* At constat

filium qui apud hostes sit testamenti tempore licet impune prateriri possit si in eadem causa decedat, si tamen ab hostibus redeat etiam post mortem patris perinde iniustum facere testamentum iure sui heredis prateriti, ac si cum testamentum condebatur in ciuitate fuisset *§. in omnibus inf. hac leg. l. pen. hoc ri. d. l. si quis filio. 6. §. sed si pater inf. ti. prox.* A deo ut quando pendet an filius ab hostibus rediturus sit, hoc est quando uiuit, neque ex testamento neque ab intestato deferatur hereditas *l. nec nos. 4. C. de postlim. reu. r. f.* ne nepoti quidem cuius interea ius pendet, ac in suspensio manet *l. si quis posthumus. 9. §. si filium. hoc ri.* Nam & si pater ab hostibus captus esset filio in ciuitate relicto, tum filio iam mortuo pater rediisset, eadem postliminij fictione omnia quæ medio tempore filius quæsiisset, patri acquisita censerentur, quasi nunquam egresso filio potestatem patris: nec patri posset obiici extremum à quo non esse habile ut filius iam tum mortuus in potestatem redire nequeat, ut pote qua nunquam fuerit in plenum liberatus propter suspensio iuris constitutionem *l. proponenda. 9. de cast. pecul. l. pen. D. de suis & legi. l. bona. 22. §. 1. de captiu. & postlim.* Denique captum ab hostibus filium patre mortuo medio tempore lex postea reuertum si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit, suum facit heredem, siue testatus siue intestatus pater decesserit *l. captum. 9. C. cod.* († ubi tamen obserua dictionem illam *Cornelia* abundare & vel ab imperito interprete additam vel ex scriptoris inscitia ex dictione *postea* quæ ibidem optimè quadrat constat: cum apertissimum sit non ex lege *Cornelia* id fieri sed ex postliminij fictione, quæ multum distat à lege *Cornelia*, & moribus ac naturali æquitate prius quam lege vlla videtur introducta *l. postliminij. 29. eod.*) Quod itaque in filio ab hostibus reuerso postliminij fictione facit etiam mortuo patre, idem in persona nepotis facit post aui mortem ab hostibus redeuntis si modò ante auum pater decesserit: ac proinde succedendo, testamentum aui rupisse intelligitur non minùs quam si semper in ciuitate mansisset, quasi uiuo aui in locum patris successerit. Nò enim postliminij fictio facit, ut rediisse in ciuitatem nepos videatur uiuo aui, sed ut nunquam abfuisse intelligatur. † Cum igitur necessariò fatendum sit nepotem hunc aui testamentum rumpere succedendo, consequens est ut rumpat non solum si sit prateritus, sed etiam si institutus inspecta iuris veteris ratione. Nam ante legem *Velleam* nepotes omnes qui in suorum locum succedendo sui heredes fiebant succedendo rumpebant, quamuis instituti essent, & institui potuissent, ob idque necessaria fuit lex *Vellea* cuius secundo capite prohibiti sint rumpere *d. §. ille casus infr.* Ergo quod ait *Scauola* testamentum ab eo non rumpi rationem illam habere non potest quòd sit institutus: cum in iis qui succedendo rumpebant ante legem *Velleam* nihil planè referret an instituti essent, an prateriti, nec tamen aliter institui poterant, quàm si iam nati essent. Planè post legem *Velleam* interest, quoniam eos solos succedendo rumpere lex prohibuit qui vtiliter instituti essent vel exheredati *dict. §. ille casus.* † An autem ex eo inferemus legis *Velleæ* potestate fieri ut nepos hic testamentum non rumpat succedendo? Minime. Nam sicut legis huius primo capite eorum tantum posthumorum institutio permissa est qui & sui heredes, & uiuo testatore nascerentur, in quorum numero non est hic de quo agimus, quia non suus & uiuo patre natus est: ita secundo capite non

de permittenda nepotum institutione locuta lex est, sed de iis duntaxat agens qui omni iure institui poterant saltem tanquam extranei, hoc est de nepotibus iam natis, id solum constituit quod legis autoritate constitui necesse erat, ut si vtiliter instituti essent vel exheredati testamentum rumpere prohiberentur. At nos de eo nepote agimus qui testamenti tempore necdum natus erat, nec in eo ut si tum natus fuisset suus heres aui existere potuisset, quippe quæ pater præcedebat: quique ob eam causam nullo iure institui poterat. Non magis igitur ad secundum quàm ad primum caput legis *Velleæ* casus hic pertinet. † Quod cum ita sit, illa semper dubitatio manet quid illud sit quod *Scauola* negat testamentum ab eo rumpi. non puto aliud responderi posse quàm quod res est, *Scauola* respexisse ad ius illud, quod iam tum *Iuliani* autoritate receptum erat, & exploratum, quod defenditur institutio nepotis huius, qui & uiuo patre natus sit, & in prædefuncti patris locum uiuo aui successerit, ut nec prateriri eum necesse sit, nec eo instituto vereri oporteat ne succedendo testamentum rumpat, quasi còmixtis legis *Velleæ* capitibus. Priore quidem ad permittendam institutionem eius qui alio qui prateritus succedendo rumpere. Posteriore verò ad prohibendum ne succedendo rumpat is qui vtiliter fuerit institutus. † Hic enim *Iuliani* casus est, 17 de quo idem *Scauola* tractat in *§. ille casus inf.* huic nostro prorsus similis, imò idem penitus, nisi quod in hoc §. ponit nepotè apud hostes natum & post mortem patris atq. aui reuertum. Quæ tamen circumstantia nullam iuris diuersitatem includant, nempe propter fictionem postliminij quæ non solum captiuitatis, sed etiam liberationis & reditus memoriam sic obliterat, ut nec vnquam captus fuisse, nec à ciuitate abfuisse, nec proinde in ciuitatem rediisse nepos videatur. Cur ergo, inquit, casum huic *Scauola* separat à casu *Iuliani*, de quo necdum quicquam dixerat, dicitur duntaxat in *d. §. ille casus.* Nimirum quia nihil commune habet casus *Iuliani*, si captiuitatis & postliminij circumstantias tollas, cum formula *Galli Aquilij* de qua hic tractat *Scauola* & tota hac lege usque ad *§. nunc de lege*, ubi de lege *Vellea* tractare incipit. *Iulianus* enim de eo nepote tractat qui uiuo aui nascitur non suus. *Gallus* verò de illo qui & post aui mortem & suus heres aui nascitur, † In hoc autè 18 §. de eo agit *Scauola*, qui apud hostes uiuo aui natus, & ab iisdem aui iam mortuo reuersus est, qui quoniam non nisi post aui mortem caput in ciuitate habere incipit, eo demùm instanti natus videri posset, ideoque & ad formulam *Aquilij* pertineret, nisi postliminij fictio obstaret, quæ tamen non obstaret si mortuo in ciuitate aui nepos apud hostes natus proponeretur. Neque enim fictio retrofingit posthumum prius natum quàm natus sit, ut uiuo aui natus videatur qui reuera eo iam mortuo natus est. (Repugnat siquidem naturæ ordo qui non magis fictione ista postliminij quàm alia vlla ciuili lege & constitutione immutari potest.) sed fingit duntaxat natum in ciuitate qui apud hostes natus est, quia nò sicut tempus ita locum certum nascendi vllum natura præscripsit. Ut verò semper in ciuitate fuisse videatur qui nunquam fuit, non sola postliminij fictio facit sed illa potissimum iuris regula quæ partum in vterò existentem pro iam nato habet ut *Iulianus* scribit in *dict. l. penult. de stat. homin.* & *Caius* in *instit. tit. 4. §. vlt. lib. 1.* † Cæterum quemadmodum & in hoc 19 §. & in præcedentibus, ad propositas quæstiones dissoluendas *Scauola* legis *Velleæ* sapiens meminit priusquam

priusquam ad eius interpretationem accedat, tametsi de formula tantum *Aquiliana* differat, ita & ad ius illud quod *Iuliani* autoritate inductum erat & sine controuersia receptum, respicere potuit, cū scripsit à nepote isto de quo tractat, aui testamentum non rumpi, nulla tamen *Iuliani* metio facta sed iuris antiqui duntaxat & legis *Velleæ*, quia nec ius nouum *Iulianus* fecit nec facere potuit, sed tantum induxit ut legis *Velleæ* duo capita miscerentur ad comprehendendum casum hunc nouum & improuissimum, qui neutro capite separatim continebatur, quoniam de illo *Velleus* non cogitauerat. Nec idcirco superfluous est tractatus qui sequitur in *d. §. ille casus*, quia ibi *Scauola* disputat qua ratione inductum sit ut talis nepos institui possit ne succedendo rumpat. Hic verò nihil aliud *Scauola* notat quod ad *Iuliani* sententiam pertineat, nisi testamentum non rumpi tacito eo cur non rumpat. † Quæstionem verò duntaxat illam mouet, An ex iure antiquo & formula *Galli Aquilij*, an ex lege *Vellea* institutus videatur. Nam si ad ius antiquum casus hic aptari posset propter circumstantias nati posthumi in captiuitate, & post aui mortem ab hostibus reuersi, nec ad legem *Velleam*, nec proinde ad *Iuliani* sententiam pertineret. Subinde tamen quasi meliùs re considerata, monet *Scauola* superuacuum esse quæstionem, quia siue ad ius antiquum, siue ad legis *Velleæ* capita aut separata aut commixta casum aptare velis, certum est nepotem hunc tanquam ritè institutum aui testamentum rumpere non posse. Reuera tamen ad legem *Velleam* pertinet si cum *Iuliano* coniunges capita, quæ alioquin separata nil prodesse, sed si prateritus esset hic nepos, haud dubiè rumpere non agnascendo, sed succedendo. Quamquam putabam aliquando fieri non posse ut qui posthumus, siue post testatoris mortem, siue post testamentum natus non rupit agnascendo cum esset prateritus, idem vnquam rumpat succedendo: quasi totam vim posthumi in rumpendo testamentum, tum exeri necesse sit cum nascitur. Sed me nunc in contrarium illud vocat quod de recepta *Iuliani* sententia scriptum video in *d. §. ille casus.* Ne inquit lex rumpat testamentum. Et sanè cum non eadem sit ratio rumpendi testamenti agnascendo & succedendo, propterea quòd agnascendo rumpit qui suus nascitur, succedendo verò qui cum natus esset non suus, sit suus subintrando in locum patris præmortui uiuo aui, nihil vetat eum qui agnascendo non ruperit licet prateritus, rumpere tamen 21 succedendo. † Sequitur apud *Scauola*, *Quod querendum est si iam mortuo filio pronepotem instituat redeatq. mortuo.* Quibus verbis non mutari speciem defendit *Cuiacius*, ideoque non, *pronepotem*, legendum esse, sed *nepotem*, quod iam olim *Iohannes* & *Pileus* senserunt. Et quia repugnant præcedentia ne dici possit nepotem hunc iam mortuo filio institutum ab aui quem *Scauola* initio dixerat habuisse testamèti tempore filium apud hostes, addit de suo pro instituat, lege debere, *pariat*. Quæ tamen correctio quàm sit improbabilis nemo non videt: eò autem improbabilius est quòd minùs necessaria. Nam cum de pronepote tractare *Scauola* incipiat, qui prius in nepote instituto quæstionem conceperat, nihil apertius est quàm quod *Accursius* & veteres omnes tradiderunt mutari speciem eadem tamen quæstione tentata, nempe an vtiliter proauus testatus videatur siue ex iure antiquo siue ex lege *Vellea*, si iam mortuo filio pronepotem ex nepote instituat & pronepos conceptus in ciuitate apud hostes natus, mortuo

patre, deinde proauo ab hostibus reuertatur. Itaque rectè veteres libri, *Quod & querendum est*, & paulò post *mortuo* co. id est testatore. Ideò autem tractas de pronepote *Scauola* ponit filium iam mortuum, ut species hæc magis conueniat superiori, nepote in locum filij ingresso, & pronepote in locum nepotis. Quamquam nec aliud probari oporteret si filius quoque testamenti tempore viueret, dummodo ex aliqua parte institutus esset iuxta eiusdem *Scauolæ* præceptum in *§. in omnibus inf. a.* † Cæterum si cum *Cuiacius* poneret tractare *Scauola* de nepote ex filio iam testamenti tempore mortuo, ridiculum faceres *Scauola* qui dubitaret an nepos hic vtiliter esset institutus siue ex antiquo iure siue ex lege *Vellea*. Apertissimum enim esset potuisse eum ab initio institui omni iure tanquam posthumum suum quem pater non præcedebat, eo tamen nato uiuo testatore institutionem euanescente, si ius antiquum inspicias, subsistere verò, si legis *Velleæ* primum caput consideres. Nec sanè dubitandi causa vlla esset an ad formulam *Galli Aquilij* aptari casus hic posset, non solum quòd ea formula ad illos duntaxat nepotes pertineat qui propriè sunt posthumi, hoc est post aui obitum nati, sed etiam quòd in his omnibus speciebus quas *Scauola* tractat in *Aquilianæ* formulæ interpretatione ponendum necessario sit superstitè fuisse testamenti tempore filium, adeoque ex aliqua parte institutum *d. §. in omnibus.* Id enim vnum erat quòd nepotis posthumi institutio prohiberi videbatur quòd testamenti tempore pater eum præcederet. Et verò cum *Scauola* ponit nepotem hunc post patris & aui mortem rediisse, ius verbis, *mox ille post mortem patris atque aui redeat*, non obscurè significat natum eum fuisse uiuo utroque. Eo autem nato, ac priusquam ab hostibus rediret, defunctum in ciuitate patrem primo loco, subinde auum. Quod fit ut in illis verbis, *ibi q. viuo pariat*, putem abundare dictionem, *viuo*, quæ & sola per se nullius sensus est, mansitque in textu ex glossa interpretis qui non tantum dictionem illam addiderat, sed & alias plures quæ extant adhuc in veteribus libris, in quibus sic legitur, *viuo aui & eius filio.* Eadem dictio *viuo* irrepsit etiam in textum *l. si pater filium. 26. de vulg. & pup. subst.* de qua superiore capite diximus. Hæc verò ad loci huius obscurissimam, necdum à quoquam bene explicati, interpretationem sufficiant.

CAPVT VII.

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

SUMMARI A.

- 1 Quomodo fieri possit ut in *d. §. sed si pater. posthumus* succedendo post mortem aui testamentum rumpat, cum *Velleana* successio non nisi uiuo testatore fiat?
- 2 Quæ ratione *Cuiacius* hanc difficultatem eludat?
- 3 Successionem quasi agnationem, at non agnationem successionem ex contraxio appellari posse.
- 4 *Gouerni* ad eandem difficultatem tollendam commentum reuocatur.
- 5 *Filius in specie. d. §. si pater. uiuo patre suum heredem esse desisse.*
- 6 In quo differat species *d. §. si pater. à priore dicta legis specie.*
- 7 Quis sit in *d. §. sensus horum verborum*, post mortem aui succedendo testamentum rumpat?

- 8 In quo melior sit posthumi quam filij iam nati prateriti conditio?
- 9 Supra scripta differentia ratio.
- 10 Quo respiciat Ulpianus, cum in d. §. ait nepotem post mortem aui succedendo rumpere testamentum.
- 11 An prateritione filij iam nati ruptum dici possit testamentum.

TOrsit tunc diu multumque hic locus, in eo primulum quod Vlp. ait, si pater eius qui mortis aui tempore in vtero fuit apud hostes erat, nepotem istum, patre in eadem causa decedente post mortem aui succedendo testamentum rumpere. Nam si verum est, quod pro ratione sequitur, quia supra scripta persona ei non obstat, nec enim creditur in rebus humanis fuisse cum in eadem causa decedat, consequens videtur, ut nepos hic in testamento aui prateritis illud rumpat, non ut Vlpianus ait, succedendo, sed agnascendo. Nam agnascendo rumpit quisquis nascitur, si prateritum se reperiat, siue viuo siue mortuo testatore nascatur: succedendo vero ille demum qui non ex suo fit suus subintrando in locum sui heredis viuo duntaxat non etiam mortuo testatore. *l. posthumorum. 13. in fi. hoc tit. l. Gallus. 29. seq. part. sup. tit. 1.* Ex quo apparet fieri non posse, ut idem nepos rumpat & agnascendo & succedendo, siue quod testamentum iam semel agnatione ruptum, iterum quasi agnatione rumpi non possit, siue quod nec fieri queat, ut vnus idemque posthumus nascatur suus & non suus. Multo minus autem admittendum esse, quod Vlpianus ait posthumum hunc rumpere succedendo post mortem aui, cum Velleana successio, ut dixi, non nisi viuo testatore fiat. Accursius nodum hunc quasi nec viderit non dissoluit, nec alius quisquam ex veteribus interpretibus. † Cuiacius vero sic eludit, ut dicat Vlpianum scripsisse succedendo, eo sensu, ut idem prorsus significet, quod agnascendo. Ratione illa quod quemadmodum successio quasi agnatio quaedam est dicitur *l. posthumorum in fin.* ita non male ex contrario dici possit agnationem quadam veluti successione esse, cum post mortem testatoris ex filio iam defuncto nepos agnascitur. Sed haec longe sunt dissimilia. † Successionem enim quasi agnationem appellamus, quoniam qui succedit in locum sui heredis ex non suo fit suus, ac proinde quod qualitatem sui heredis attinet, quae sola facit, ut testamentum rumpatur, eo demum instanti nasci quodammodo videtur. At agnationem ex contrario successionem appellare non possumus, nec quasi successionem, quia qui suus nascitur cum a nemine anteuertatur (alioqui non suus nasceretur) non habet in cuius locum possit succedere, siue de filio agamus, siue de nepote. Quamquam verum est sicut nepos non succedit in locum filij successionem Velleana nisi filius viuo testatore suus esse desierit, ita nec aliter agnasci suum heredem aui posse, id est, proximum ei nasci post eius mortem, quam si filius qui eum praecedebat viuo aui suus heres esse desierit, ac proinde quam si nepos qui quasi nepos secundum gradum tenet, in filij locum successerit, & primum gradum tenere ac filij loco esse coeperit, quo sensu dici sane potest succedendo rumpere eum qui rumpit agnascendo: non quia idem sit succedere & agnasci, sed quod aui agnascatur is demum nepos qui in parentis locum nascendo succedat *l. 1. §. si filius & seq. de suis & legit.*

† Anton. Goueanus nescio quid prima facie subtilius, prope autem inuenti multo probabilius commentus est. Putat, namque nepotem hunc cuius pa-

ter testamenti tempore apud hostes fuerit si mortuo aui & existente adhuc patre apud hostes natus sit, aui testamentum rumpere non agnascendo, sed succedendo: quoniam, inquit, & in aui morientis potestate fuisse creditur, qui eo viuo conceptus sit & eo viuo natus in potestate futurus esset, & in locum quem pater propter ius suspensum postliminij obtinere videbatur, subintravit mortuo postea apud hostes patre. Vnde infert ille non nascentem hunc, sed iam natum rumpere: eum vero qui natus rumpat, necesse esse rumpere succedendo. Sed in eo vit doctissimus labitur, quod non animaduertit, imò vero nepotem hunc non iam natum, sed nascentem, & nascendo rumpere, quia quo tempore nascitur licet patrem habeat viuum apud hostes non magis tamen ei obstat persona patris quancumque postea apud hostes defuncti, quam si iam tum defunctus esset, ut apertissime Vlpianus scribit. † Nam tamen si lex Cornelia, quae tam de hereditatibus testamentariis quam legitimis eorum qui in hostium potestate decessissent lata est, ad filios familias non pertineat, qui sicut bona in ciuitate nulla relinquere potuerunt, ita nec heredem habere possunt *l. qui uxorem. 15. hoc tit. iunct. l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupil. subst. ut proinde fingi non possit ex ea lege filios familias decessisse in ciuitate ante primam horam captiuitatis. Verum tamen est decessisse eum viuo patre suum heredem esse cum ab hostibus eo viuo non redierit, & quo instanti pater eius moriebatur certum esse coeperit non posse amplius viuo eo filium redire *l. Gallus. §. videndum sup. tit. 1.* quod nos pluribus explicabimus lib. prox. c. 3. Consequenter fatendum est nihil obstat nepoti huic post aui mortem nascendi, quominus aui suus heres nascatur, quamuis si viuo aui nasceretur, sui heredis ius nascendo non haberet nec si pater apud hostes postea decessisset. † In quo differt hic nepos ab eo de quo in prioris legis specie dictum fuerat, hoc est qui conceptus sit ex filio exheredato, & patri superstite. Ille enim in vno tantum casu suus heres nascitur, si exheredatus filius decesserit herede scripto deliberante, qui postea hereditatem omiserit, & tamen ne illo quidem casu rumpit testamentum, quia potuit prateriri cum mortis tempore pater eum praecederet *l. scripto. 7. vnd. liber.* quam ob causam magis probo, ut in huius §. principio legamus, sed si pater, quam sed et si, differentiae indicandae gratia. Quod si admittas nasci hunc nepotem suum heredem, quia nemo eum praecessit mortis tempore, negare non possis quin agnascendo rumpat. Non igitur succedendo, cum vel fatente Goueano succedendo rumpat is duntaxat qui natus, non qui nascens rumpit. † Quid ergo est quod Vlpianus de nepote isto sic scribit, post mortem aui succedendo testamentum rumpet? Tentemus an dici possit Vlpianum his verbis nec de Velleana successione agere, quae fit subintrante suo herede in locum sui heredis, nec de ea sola, quae fit in gradibus potius, quam in personis, hoc est subintrante secundo gradu in locum primi deficientis etiam prius quam persona nascatur, quae gradum illum occupare possit, *l. 1. de suis & legit.* (quamquam si de hac maxime velis intelligere, non valde repugnabo, ut sup. dixi.) Sed de successione in hereditate de qua & in praecedentibus illis locutus fuerat, ab intestato vero de succedendo. Ut sentus sit longe elegantior, nepotem hunc post mortem aui succedendo in ipsius hereditate cum aui suus heres agnascatur testamentum eius rumpere. Hoc autem idem (ne quis forte putet ab-*

furdè aut otiosè hoc verbum additum) quia posthumus, siue filius, siue nepos nunquam rumpit nisi succedendo, hoc est quin statim & in ipso instanti rumpendi succedat ei cuius testamentum rumpit. † Et in hoc melior conditio est posthumi quam filij iam nati. Hic enim si in primo gradu testamenti prateritus sit, in secundo vero vel institutus vel exheredatus facit quidem primum gradum iniustum, sed sequentem valere patitur. Posthumus vero rumpendo sibi locum facit, atque ita non tantum primum gradum a quo prateritus fuit, sed & omnes sequentes totumque testamentum rumpit, ut eleganter idem Vlpianus scribit in *l. prox. praeced. versic. rumpendo.* Vixque nisi vno casu euenire potest, ut partem duntaxat testamenti posthumus rumpat: nimirum cum a primo gradu exheredatus est, a secundo prateritus, *l. 3. §. vlt. sup. cod.* scilicet, quia quandiu primus gradus subsistit de secundo nihil quaerendum est, nec proinde ob secundi gradus inualiditatem primus rumpi potest. Ergo nec totum testamentum, sed pars tantum, si forte vno ex primis heredibus adeante alius qui substitutum vulgarem acceperat praterito in substitutione posthumo hereditatem omiserit, *l. 4. cod.* † Supra scripta autem differentia inter posthumum & filium iam natum elegans ratio illa est, quam iam superiore libro attigimus *cap. vlt.* quod cum filij prateritione testamentum iniustum & nullum est, nullum filij factum intercedit, sed sola iuris potestas quae odio prateritionis etiam ignorante filio testamentum inutile reddit. Ergo eatenus duntaxat quatenus filius prateritus est, atque ita ratione primi gradus tantum, non etiam sequentium, si in solo primo gradu filius prateritus sit, in sequentibus vero vel institutus vel exheredatus. Quomodo igitur possit filius iam natus sibi locum facere qui nihil facit? Prius siquidem est, ut faciat, quam ut sibi locum faciat. Nec pugnat quod quibusdam locis scriptum legimus filium prateritum facere iniustum testamentum ut in hoc ipso §. & in *d. l. 3. §. ex his sup. hoc tit.* Id enim sic accipi omnino debet, ut filius prateritus non patiatur testamentum valere quomodo Vlpianus loquitur in §. *ex suis heredibus. tit. 22. qui hered. instit. poss.* non ut in eam rem filij factum vllum intercedat aut intercedere sit necesse, cum, ut dixi, & ignorante & inuito filio sola iuris potestas iniustum faciat gradum in quo filius prateritus est. At cum posthumus suus heres rumpit hoc ipso quod rumpit facit aliquid & vel ipsum rumpendi verbum posthumum factum demonstrat se exerentis & in lucem prodeuntis. Stultus vero sit si idem rumpat, ut alij locum faciat, ac non potius sibi ipsi. Quamquam enim nec voluntatem nec iudicium habet, qui nunc primum nascitur, ut quid faciat possit intelligere, lex tamen vtrumque supplet, hoc vno contenta quod factum nepotis nascendo interueniat quippe quae certa sit aetatem sola, & iudicium illi, & voluntatem esse allaturam. Itaque non ea ratione potentius est ius posthumi quam filij iam nati, quod ille sit fauorabilior, sed quia plus est & ad euertenda testantis iudicia validius, rumpi testamentum quam nullum esse & iniustum. Ut autem posthumus rumpat non duntaxat iniustum faciat, ratio illa est, quia quandiu in dubio euentu positum est an posthumus nasciturus sit testamentum valet. Proinde vel semper validum id manere necesse est, vel quoniam id citra posthumi iniuriam fieri non possit, rumpi penitus & euerti nascente posthumo praterito.

† Ad id ergo nimirum respiciens Vlpianus ait nepotem huic post mortem aui succedendo rumpere testamentum, quod perinde est ac si transpositis verbis

diceret rumpendo succedere, ut in *d. l. prox. praeced. versic. rumpendo.* Caeterum & rumpit & succedit agnascendo, & agnascitur, qui cum in parentis quasi prateritui locum successerit, proximum ipsi locum cum nascitur obtinet. Iam natus, quia ab initio iniustam facit, & nullum nunquam rumpit. Nam quod nullum est rumpi non potest, *l. prox. sup.* idque est quod Vlpianus noster innuit in §. *seq. iis verbis, si gradus ille valeat.* Et errant qui putant prateritione filij iam nati ruptum dici testamentum in *l. inter cetera. 30. sup. tit. 1.* Habet enim lex illa duas partes, quarum prior de posthumis necessariò intelligenda est de quibus fortasse eo loco Caius tractabat, qui sic loquitur, *ne prateritis istis rumpatur testamentum.* Posterior vero de filiis iam natis, & testamenti tempore in testatoris potestate constitutis, *d. l. 3. §. ex his hoc tit.* Alia quae ad huius legis principium pertinent, quia magis elegantia sunt quam obscura, nec male in antiquioribus & recentioribus explicata praetermittimus. Pertinent ad nepotem ex filio exheredato cuius aliam esse rationem quam nepotis ex filio captiuo Vlpianus hic docere voluit, ut & in *l. si quis. §. 1. sup. tit. prox.* Sed quae sequuntur vsque ad §. *irritum*, quoniam luce maxima & noua indigent, sequenti capite exponamus.

CAPVT VIII.

Emendatio §. siue autem eiusdem legis, & interpretatio *l. si statulibera. 6.* in princip. & §. 1. de statuliber.

SVM MARIA.

- 1 An in d. §. siue autem, Vlpianus de Velleana successione tractare incipiat.
- 2 Revertitur Cuiacius super hac questione sententia, cuiusque argumenta solvuntur.
- 3 An in specie d. §. siue autem, nepos in captiuitate patris conceptus postliminij ius habeat si cum patre reuertatur?
- 4 Cur is qui apud hostes conceptus est, si in ciuitatem cum patre reuertatur, ciuis Romanus efficiatur?
- 5 Sensus *l. apud hostes. 9. de capt. & postlim. reu.*
- 6 Filium qui apud hostes conceptus cum matre sola in ciuitatem redit patre apud hostes defuncto, spurium dicitur.
- 7 An idem post Iustinianam constitutionem dici possit?
- 8 An in specie §. 1. *l. si statulibera natus apud hostes ex statulibera, & cum ea ab hostib. reuertatur, an, inquam, ex matris, an vero ex propria persona liber fiat?*
- 9 An in dicta specie postliminij ius competat, quem statulibera apud hostes concepit, & post existentem libertatis conditionem edidit?
- 10 Cur marri que captiuus aui tempore statulibera fuit, postliminij accommodetur?
- 11 Statuliberam matrem quod serua parua effecta sit, existente statuliberam libertatis conditione liberam non fieri.
- 12 An eius partui ante damnationem concepto proficiat existens post damnationem libertatis condicio?
- 13 Differentia inter filium & nepotem apud hostes conceptum, quoad postliminij dationem.
- 14 An ex Vlpiani sententia in d. §. siue autem, nepos qui mortis aui tempore in vtero sui patris iam ab hostibus captus, & ibi mortuo, testamentum aui succedendo rumpat, siue in ciuitate siue apud hostes conceptus fuerit?
- 15 Tollitur e d. §. vox conceptus, & emendatur sensus proponitur.
- 16 Quinam in successione Velleana testamentum rumpant?

17 Per succedentes in §. quocunque autem, sequentes intelligi oppositos precedentibus.

18 Confirmatur interpretatio d. §. quocunque autem.

19 Liberos nomine in d. §. solos posthūmos intelligi qui post mortem parentis nascuntur.

20 Retineat vox duntaxat in l. 3. §. 1. ff. de iniust. rupt. test. a nonnullis sublata.

1 Longè † obscurius est quod apud Vlpianum sequitur in §. sine autem hac eadem lege, sine autem, inquit, in ciuitate nepos fuit conceptus sine apud hostes, quoniam datur & parui postliminium, succedendo testamentum rumpit. Hic Vlpianum incipere de Velleana successione tractare existimat Cuiacius, quod nepoti concepto apud hostes postliminium non aliter detur quàm si cum filio reuertatur, leg. 1. Cod. de postlim. Vtroque autem reuerso ita demum nepos succedat in locum filij, & succedendo rumpat, si filius viuo testatore suus heres esse desierit, l. posthūmorum. 13. infr. hoc tit. leg. Gallus. 29. §. sequenti parte supr. tit. 1. Mihi verò probabile hoc fieri non potest, qui video iis verbis, sine autem, coniungi hunc §. cum precedentibus ita vt eadem species tractetur, scilicet de nepote ex filio testamenti tempore capto ab hostibus & in eadem causa, hoc est in captiuitate defuncto. De nepote, inquam, qui post aui mortem natus sit, ac proinde in cuius persona Velleana successione ordo locum habere non potuerit, si verum est quod in superioribus sæpius diximus, & vir doctissimus non negat Velleanam successione non nisi viuo testatore contingere. Quomodo enim viuo testatore succedat in locum filij nepos, qui post testatoris mortem nascitur, sed & cum in precedente §. eadem illa verba extant quæ in isto succedendo testamentum rumpit, cur aliter atque aliter ea interpretari liceat, quasi vno loco de Velleana successione Vlpianus egerit, alio verò de sui heredis agnatione, quæ per subrogationem sequitur gradus in locum precedentis mortuo testatore contigerit? Eadem sanè verba eodem contextu scripta, & ad eandem speciem accommodata, vnam eandemque interpretationem recipiant necesse est. † Nec me mouet quòd Cuiacius obiicit nepotem hunc apud hostes conceptum de quo Vlpianus tractat non aliter postliminium habere posse, quàm si cum patre ab hostibus reuertatur. Nam vt maximè id verum esse concedam, quod mox negabo, nepotem ab hostibus cum patre reuersum postliminij ius habere, planè ridiculum facias Vlpianum, si eum sic intelligas, vt vtroque ab hostibus reuerso viuo adhuc testatore contingat filium præmori nepos in ipsius locum succedat, & succedendo viuo auo rumpat. Quid enim necesse erat captiuitatis mentionem facere, cuius memoriam & incommoda vtroque postea reuerso postliminij fictio deleuisset? At quis dubitare poterat, eo casu quo vterque propter ius postliminij semper in ciuitate mansisse credebatur, nepotem in prædefuncti parentis locum viuo auo succedentem ipsius testamentum rumpere? Vtique pertineret ea res ad tractatum De postliminio potius quàm ad titulum sub quo locus hic situs est De iniusto rupto, & irrito facto testamento. † At neque verum est, quod Cuiacius pro certo ponit, nepotem in captiuitate patris conceptum postliminij ius habere, etiam si cum patre reuertatur. Qui enim in ciuitate nunquam fuit aut natus, aut pro nato habitus, quomodo retrofrangi possit perpetuò in ciuitate mansisse? An non hic optimè illud quadrat, quod nostri iactare solent post Bartolum ad l. si is qui pro emptore. D. de usucap. neque postliminij, neque aliam vllam fictionem tunc locum habere cum

extrema non sunt habilia? Porro extremum ad quod hic nullum est, ad quod scilicet postliminij fictionem referre possis, cum nepos apud hostes conceptus nec ab hostibus captus, nec in ciuitate nunquam fuerit. Nam & quod receptum est, vt qui in ciuitate conceptus & apud hostes natus est postliminium habeat, leg. ab hostibus. 15. §. 1. ex quibus caus. maior. dict. leg. Gallus. §. si eius supr. iust. 1. aliam rationem non habet, quàm quòd ex iuris regula fauorabiliter introducta, qui in vtero sunt pro iam natis habeantur quoties de illorum commòdo agitur, l. penultim. D. de statu. homin. At vt pro nato habeatur, qui nondum conceptus est nec iuris regula, nec fictione vlla constitui potest. † Planè, etiam qui apud hostes conceptus est si in ciuitatem cum patre reuertatur ciuis Romanus efficitur, & patriæ potestati subditus non minus quam si in ciuitate, & conceptus & editus fuisset. An quia postliminij ius habeat? Id enim est quod & virum doctissimum & interpretes omnes fecerunt. Minimè. Sed quia cum eius patri postliminium detur, & postliminij ea vis sit vt patri reddat omnia, ac proinde liberos, in consequentiam fieri necesse sit, vt reddendo patri liberos in seruitute conceptos ac si in ciuitate concepti fuissent, liberis quoque det patrem, si quidem sunt ista correlatiua quorum vno posito alterum quoque poni necesse est. In eamque rem textus est perelegans & apertus in dict. leg. 1. Cod. de postlim. reuers. in illis verbis, *quoniam enim iure proprio postliminium habere non possit quæ capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam.* Nec est contrarium quod in eiusdem legis principio scriptum est, *filiam apud hostes conceptam ita de matris originem secutam videri si ambo in ciuitatem reuersi sint.* Sunt enim hæc longè differentia, filiam apud hostes conceptam & cum patre vel matre reuersam sequi patris aut matris originem, Et, Habere eam ius postliminij. Prius verum ex necessitate paterni aut materni postliminij. Posterius falsum, quamuis eò tandem decursum sit, vt dici cœperit ex patris persona dādum huic filia postliminium licet persona ipsa filia quæ nec ab hostibus capta nec in ciuitate vnquam fuit fictionis huius incapax prorsus videatur. † Sic enim omnino accipiendum est, quod ait lex, *apud hostes. 9. D. eod. filium apud hostes susceptum, id est & conceptum & editum filij iura habere si postliminio redierit, scilicet cum patre vel matre.* Habere enim postliminium nempe ex persona parentis cum quo redierit siue pater, siue mater sit. Idque ex rescripto Seueri & Antonini, cuius & idem Vlpianus meminit in l. 1. §. interdum versicul. sed etsi apud hostes. D. ad S. C. Terryll. Quod rescriptum illud ipsum est, cuius verba extant in dict. leg. 1. Cod. de postlim. vt ex inscriptione apparet. Adde quod & in leg. Diui. 25. D. de capt. & postlimin. Marcianus ita scribens, *& filiam in potestate patris quæ admodum si iure postliminij reuersus sit, satis significat non propriè & verè, sed impropriè & abusuè nos loqui cum dicimus filio qui apud hostes conceptus sit postliminium competere, tametsi cum patre reuertatur.* † Vnde illud etiam fit, quod monstri instar videri possit, vt filius conceptus in seruitute si solus aut cum matre sola in ciuitatem redeat patre apud hostes defuncto, nec patrem habere intelligatur, nec proinde matrem si cum patre solo redeat, defuncta apud hostes matre, cum iam inde ab eo tempore quo captus est parens quisquis ille sit diem suum obiisse existimetur, vt ait dict. l. 1. in fine. Itaque spurius dicitur priore casu & vulgo quæritus, d. l. Diui. 25. D. eod. dict. l. 1. §. sed etsi apud hostes. D. ad S. C.

Ter

7 Terryll. quod & de libertinis Vlpianus scribit in fragmentis, tit. 12. de curator. §. à Praetore. Posteriore autem sine matre esse exemplo adrogati qui patrem habet non matrem. † Id verò magis nouum & mirum hodie videri debeat, natum ex legitimo matrimonio filium pro spurio vulgo quæsitum haberi, postquam iure nouo & ex Iustiniani Nouell. 12. de nupt. cap. 7. §. sed etiam captiuitatis, inductum est, vt per captiuitatem matrimonium non dissoluatur, quod olim dissoluatur, leg. in bello. 12. §. medio tempore in fin. D. de capt. & postlim. quod & Accursius ad dict. l. Diui. obseruauit. Nemo enim dixerit illa Iustiniani constitutione sublata fictionem legis Corneliæ quæ facit, vt proximo ante captiuitatem momento captiuus decessisse retrofrangatur. Vereor tamen ne malè Accursius & post eum ceteri legem Iustiniani accipiant, quæ sanè illo demum casu matrimonium manere patitur, quo alterutra coniugum persona superfit in Republica non etiam si ambo coniuges in hostium potestatem peruenerint. Ideoque nec dici potest spurium hoc casu nasci ex legitimo matrimonio, nisi ponas uxorem non captiuam, ad virum captiuum commeatu ab hostibus, vt plerumque fit, accepto ad eum accessisse, ibique ex eo conceptis. Vt sit, constat filium apud hostes conceptum si solus redeat nullum postliminij ius habere, neque ex persona propria, cum, vt dixi, nec ab hostibus captus nec in ciuitate vnquam fuerit, neque ex persona parentum, qui non redierint. Si verò cum parentibus redeat competere ei ius postliminij, ex persona quidem patris si vel vterque parens vel solus pater redierit, ex persona autem matris si sola mater reuersa sit. † Quòd pertinet quod idem noster Vlpianus tractat in l. si statulibera. 6. §. 1. D. de statulib. de statulibera, quæ in ciuitate & ante existentem statulib. libertatis conditionem ac proinde in seruitute conceperit, deinde ab hostibus capta ibi post existentem conditionem pepererit. An liberum pariat. Et ait interim quidem, id est quandiu apud hostes est filius dubium non esse quin seruus hostium sit, sed verius esse postliminio eum liberum fieri. An verò ex matris persona, an ex propria? Ponimus enim & matrem & filium ab hostibus rediisse. Et puto ex persona matris non ex propria tametsi conceptus fuerit in ciuitate, quia eo tempore conceptus est quo mater nondum erat libera, ac proinde in seruitute, scilicet nondum impleta statulib. libertatis conditione: quæ res facit, vt quandiu in vtero fuit & in ciuitate non potuerit haberi pro nato, cum ea sit iuris ciuilibus regula, quæ sicut ad seruos non pertinet, vt pote iuri ciuili incognitos: ita nec ad filios statuliberorum, nisi ab eo tempore quo existit conditio & libertatem mater cõsecuta est. Idque eleganter Vlpianus docet, illam suæ sententiæ rationem subiiciens, *quia si mater in ciuitate esset, intellige, tunc cum statulib. libertatis conditio euenit, liber nasceretur.* Sufficit enim partui liberam matrem vel cum natus est vel quo alio tempore habuisse, vt & liber, & ingenuus natus videatur, l. & seruorum. 5. §. ingenui & §. vlt. de stat. homin. Quòd si poneres conceptum in ciuitate ex ingenua matre filium, deinde natum apud hostes ex captiua, postea sine matre reuersum, dicerem postliminium ei cõpetere, proprio iure ac si iam natus vnà cum matre captus fuisset, l. vlt. C. ex quib. caus. maior. tametsi non possit retrofrangi natus in ciuitate sine matre: quia nec retrofrangi necesse est, quandoquidem iam pro nato habebatur priusquam mater ab hostibus caperetur, & secuta calamitas matris quæ post conceptionem ab hostibus capta apud eos & peperit, & decesserit non magis fi-

lio nocere debet, quòd ad ius postliminij attinet, quia in eo vt & liber & ingenuus nascatur si vel minimo medij temporis momento liberam matrem habuerit, quamuis & conceptionis & partus tempore ancilla fuerit, d. l. 5. §. pen. & vlt. de stat. homi. † Quid autem si in suprascripta specie statulibera & apud hostes conceperit, & post existentem conditionem edidisset? Difficilius est vt postliminium filio competat, quippe qui non solum in ciuitate nunquam fuerit, sed etiam in duplici seruitute conceptus sit. Sed tamen quia post existentem conditionem natus est, & eo tempore quo si mater esset in ciuitate hic liber nasceretur, adhuc benignius dicitur competere ei postliminium, & liberum eum esse, nimirum inducta ex persona matris postliminij fictione, & ita demum si si nullo cum matre redierit: alioqui melior conditio esset filij apud hostes concepti ex statulibera quam eius qui conceptus esset ex muliere ante captiuitatem libera, quòd tamen dici non potest. † Matri autem quæ captiuitatis tempore statulibera fuit licet nunquam capta in ciuitate habuerit, idèò fictionem postliminij accommodamus quòd quamuis toto precedenti tempore serua fuerit, ad eò vt si tum peperisset etiam partus heredis fuisset, l. si statulibera. 6. de statulib. nihilominus si semper in ciuitate mansisset, existente quacumque condicione perinde libera fuisset ac si libertatem ab initio purè non in tempus aut conditionem accepisset, l. 2. eod. tit. de statulib. non tamen ablati heredi medij temporis commodis. Itaque eadem ratio quæ libertati iam competenti postliminium daret etiã cõpetitur fauere debet, & succurrere, nec ciuilibus legistato: pati debet vt ex hostium iniuria deterior eius conditio fiat. † Dico, ex hostium iniuria, quoniam si mater serua pænæ facta sit ex condemnatione nihil ei prodelle debet quòd postea libertatis conditio eueniret, cum & si condemnationis tempore libera fuisset, & ex libera pænæ serua effecta, ei subueniri non oporteret, tanquam indignè propter pænã ex proprii delicti causa irrogatam, l. Papiri inuis. 20. de minor. † Partui tamen ante damnationem concepto proficiet existens post damnationem libertatis conditio, vt perinde liber nascatur atque si mater damnata non esset, ne obsit ei casus matris in libertate qui nec in dignitate obesse possit, argum. filiam. 9. D. de Senator. At qui, inquit, obsit ei casus matris cum mater ab hostibus capta nec reuersa est. Imò, inquam, non obstat, sed potius ipsius filij qui & ipse in seruitute conceptus est, idèòque alieno auxilio indiget vt postliminij fictione adiuuetur, quam ex propria persona inducere non potest. Et hæc mihi videtur Vlpian. sententia quamquam subobscura in d. l. si statulibera. 6. in princ. & §. 1. de statulib. Verum vt ad rem nostram redeamus, etsi nullo casu fieri potest vt ei qui apud hostes conceptus est si solus redeat postliminium detur: † obseruandum tamen est nonnullam hac parte differentiam esse inter filium & nepotem ex filiofamilias. Nam si ex patrefamilias ab hostibus capto conceptus sit in captiuitate filius, & patre postea in eodem statu decedente filius solus in ciuitatem redierit, ea ratio facit ne postliminium habere filius possit ex persona patris, quòd nec patrem habere intelligatur, quippe qui fictione legis Corneliæ ante primam horam captiuitatis defunctus existimetur, d. l. 1. C. de postlim. In nepote verò concepto apud hostes ex filiofamilias nõ eadem ratio locum habere videtur, quia nec fictio legis Corneliæ ad filiosfamilias pertinet præterquam si sine milites, & ratione duntaxat bonorum castrensiū, l. filiusfam. 1. 4. de re milit. l. lex Cornelia. 28. de vulgar. sub-

si. quamvis pater idemque filiusfamilias apud hostes postea mortuus, videatur iam inde viuo aucto sui heredis ius amississe, *d. l. Gallus. §. videndum. supr. tit. 1.* & hac ipsa lege, *§. prox. prace.* Proinde negari vix potest, quin nepos hic patrem habeat, nisi dicas quod & verius & subtilius dici posse arbitror, patrem hunc licet non retrofringatur ex lege Cornelia civis Romanus decessisse, quia filiusfamilias fuit, cœpisse tamen pro nullo & mortuo haberi ex quo ab hostibus captus est, & seruis hostium reuera factus, cum, quod ad ius civile attinet, serui pro nullis & mortuis habeantur, *l. quod attinet. 3. l. seruitutem. 209. de reg. iur.* Indeque fieri ut tanquam ex nullo aut mortuo conceptus nec patrem habere intelligatur, nec proinde auctum, quia coniungitur nisi per mediam patris personam nepos non potest: adeo ut nec quasi filius, nec quasi nepos, neque quasi cognatus ad aucti hereditatem, aut bonorum possessionem admittendus sit, licet eo iam reuerso & adhuc superstite auctus moriatur, perinde ac si ex contrario post aucti mortem conceptus esset, hac ipsa lege in princ. *vers. sed hoc na. & leg. 1. §. si quis proximor. D. und. cogn.* Quid enim hic interest an post aucti obitum reuera conceptus sit, an post patris mortem & ex nullo conceptus existimeretur? His vero consequens est ut quamvis in ciuitatem reuersus liber fiat, postliminium tamen non habeat: nec illa solum ratione quod in ciuitate nunquam fuerit sed etiam, quod non habeat, qui eum vel ciuitati reddat vel in ciuitate recipiat, quæ due species sunt postliminij, *l. cum dua. 14. de capti. & postlim.* quarum posterior ne seruis quidem denegatur dominis in ciuitate reperientibus, *l. sicut.*

14 10. *l. ab hostibus. 12. C. eod.* Quæ cum ita sint, non video qua arte defendi possit quod Vlp. scribit in hoc §. quæ interpretatur, nepotem istum de quo in præcedentibus dixerat, hoc est qui mortis aucti tempore in utero fuit, patre iam ab hostibus testamenti tempore capto, ibique postea mortuo rumpere testamentum aucti succedendo, siue in ciuitate, siue apud hostes conceptus fuerit. Nam qui apud hostes conceptus est etiam viuo aucto ex filio captiuo & in ciuitate defuncto, is neque aucto succedere, neque testamentum eius aut agnoscendo, aut succedendo rumpere potest. Nec aliud erit tamen cum Ant. Goueano dicas, quantumvis improbabiler, mutari hinc speciem, & incipere Vlp. loqui de nepote qui apud hostes conceptus mortuo patre postliminio reuersus fuerit viuo adhuc aucto. Etenim si reuiuum aut dicas, siue mortuum nullo eum sanguinis aut iuris vinculo potest contingere qui ex filio captiuo & seruo factus natus est, ut diximus. Nempe quod ad causam successionis attinet, quæ tota iuris civilis est siue testamentaria siue legitima, *l. verbis legis. 120. l. lege obuenire. 130. de U. S.* Deinde ratio illa, quæ apud Vlpianum sequitur, *quoniam datur & partui postliminium*, prorsus falsa est in partu apud hostes concepto, & ab hostibus sine patre aut matre reuerso, ut apertissime probauimus, locumque tantum sibi vindicat in partu qui in ciuitate conceptus, & apud hostes natus sit. Sed etsi poneres nepotem hunc non solum, sed cum matre ab hostibus rediisse, atque ita postliminium aut potius postliminij commodum ei dâres ex persona matris, attamen non ideo faceres, ut aucti testamentum vel agnoscendo vel succedendo posset rumpere, quia sicut ea postliminij fictio ex persona matris non reddit ei patrem qui in captiuitate decessit, ita nec reddere illi potest auctum paternum, qui nisi per patrem nullus est. Quod si cum lac. Cuiacio diuines rediisse nepotem cum patre viuo aucto, incepta erit & superuacua ratio illa, quod etiam partui postli-

minium datur. Nam etsi non daretur, patri tamen, de quo nemo dubitat dari sufficeret ad hoc ut nepos quoque in ciuitate & cœptus & natus & perpetuo educatus crederetur, sicut & seruis ab hostibus rediuntibus dominis suis restitui diximus ex *d. l. sicut. 10. Cod. de postlim. iur. et. d. l. r. eod.* Ergo concludendum necessarium est corruptum esse locum & abundare dictionem conceptus, quæ sola cum Iureconsulti sententiam apertamque iuris ratione destruat ex glossa imperiti alicuius interpretis, ut credibile est, in textum irrepsit. Ea porro sublata sensus & elegans & clarus ille erit, nepotem hunc quem diximus susceptum ex filio iam testamenti aucti tempore captiuo, & deinde apud hostes mortuo rumpere aucti testamentum succedendo sine in eo præteritus fuerit, siue in ciuitate fuit, siue apud hostes mortis aucti tempore, aut cum auctus suprema ordinaret, dummodo in ciuitate antea conceptus esset, ut talis sit, cui ratio illa congruere possit, *quoniam datur & partui postliminium*, quæ alioquin & falsa futura sit & superuacua. Rumpet autem succedendo, id est, ut superiori capite eadem præcedentis §. verba interpretati sumus, non per Velleianam successionem, sed cum ab hostibus reuersus aut in ciuitate manens patre iam defuncto apud hostes in eius locum successerit post aucti mortem, & successionem hereditaria capax factus fuerit. Quo tamen casu aut iure postliminij, si ab hostibus redierit aut iure communi si in ciuitate semper manserit, rumpi se videbitur agnoscendo, utpote cum nulla persona ei obstiterit quominus suus natus videri possit, patre quandoque apud hostes mortuo, quamvis eo viuo nec succedere potuerit in ipsius locum, nec consequenter in aucti hereditate propter spem postliminij, *d. l. 1. §. si filius suus heres. D. de suis & leg. r.* Sequitur apud Vlpianum, *succedendo itaque sui non rumpunt si vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, scilicet si gradus ille valeat.* Ex quibus verbis apparet euidentius, non loqui Vlpianum de successionem Velleiana. Nam in successionem Velleiana non is rumpit qui iam suus est, sed ex contrario ille qui non est, & qui fit suus hoc ipso instanti quo succedit in locum sui heredis. Non enim qui iam est sed qui nondum est suus, fieri suus potest. At Vlpianus tractat hinc de iis qui iam sui sunt, & negat eos rumpere succedendo cuiuscunque tandem gradus sint, si vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, si modo gradus ille valeat. Deinde qui succedunt Velleiana successionem etiam si sint instituti, vel exheredati, rumpunt tamen, inspecta iuris civilis ratione nisi confugas ad auxilium legis Velleæ, quæ secundo capite prouidit & prohibuit ne rumpant, *d. l. Gallus. §. sequenti parte*, de quo dicemus *c. 2. lib. prox.* Vlpian. vero de iis loquitur, qui iure civili non rumpunt, cum instituti sunt vel exheredati, neque enim legis Velleæ ullomodo meminit, quomodo meminit in *l. 3. §. 1. sup. hoc tit.* tractas de filio qui post testamentum viuo testatore natus sit, itemque Caius tractans de Velleana successionem in *l. posthumorum. 13. in fin. infr. hoc tit.* Denique cum hic versiculus unico contextu subiiciatur præcedentibus in quibus nihil de Velleiana successionem proponi diximus, non video qua ratione diuersam interpretationem possit admittere. Nec pugnat quod sequitur, *quocumque autem modo parentes præcedentes in potestate esse deserunt succedentes liberi si fuerint instituti vel exheredati non rumpunt testamentum.* Succedentes enim liberos commode intelligere possumus, sequentes oppositos nimirum præcedentibus. Sequentes inquam, in gradu quidē & qui

& qui in priorum locum successerint, sed qui tamen iam testamenti tempore primum locum tenuerint parentibus iam tum aut captis, ut in exemplo proposito, aut mortuis aut damnatis. Id enim agit Vlpian. hoc versiculo ut doceat nihil referre, an cum auctus testabatur pater captus esset ab hostibus apud quos postea decesserit, an mortuus, an condemnatus. Quemadmodum & illud addere potuit, nihil interesse an pater suus heres esse desisset, an suus esse nunquam cœpisset, ut in singulari illo casu quem idem Vlp. ponit in *d. l. 1. §. sed si quis non desit de suis & leg. r.* His enim omnibus casibus successionem nepotum in paratum locum admittimus, sed ita tamen ut succedentes aucti testamentum rumpant agnoscendo, non succedendo si de Velleana successionem intelligas, siquidem hæc non nisi post testamentum contingit, & in persona succedentis in locum eius qui suus heres esse desierit, *d. l. Gallus. §. sequenti parte. & d. l. posthumorum.* Hancque interpretationem illud omnino euincit, quod in præcedentibus palam est tractare Vlpianum de posthumo nepote ex filio, qui iam testamenti tempore apud hostes erat ob idque impune præteritus fuerat, ut verba illa probant, *in eo præteritus*, cum si apud hostes tunc non fuisset, nominatim institui vel exheredari debuisset, *d. l. Gallus. §. in omnib.* tamen si ab hostibus postea captus fuisset, viuo adhuc aucto: nam nec testamentum conualesceret si filius in eo præteritus, postea viuo testatore decesseret, *l. si filius. 7. sup. tit. r.* Tractat igitur de posthumo nepote qui si testamenti tempore natus fuisset suus heres aucto extitisset, patre nunquam ab hostibus reuerso. Ut ergo sequentia congruant intelligi debent de nepote suscepto ex filio, qui iam testamenti tempore aut mortuus esset aut condemnatus, ita ut vel suus heres esse desisset, vel nunquam esse cœpisset. Huiusmodi vero suos heredes cum præteriti sunt lex ait rumpere succedendo, quoniam eodem instanti & succedunt & agnoscuntur. Neque enim prius succedunt aut in hereditate aut in locum parentis exclusi, quam nascantur. Ideo autem agnoscuntur, quia iuxta testatorem & proximi nascuntur priorem gradum vacuum reperientes, eumque occupantes. Non rumpere vero si sint instituti vel exheredati, quia instituti succedunt ex testamento. Exheredati nullomodo succedunt, ob idque nec succedendo rumpunt, quamvis non eodem minus succedant in locum & gradu præcedentium parentum, ideoque & instituti vel exheredari debant. Quanquam nec inficior in Velleana successionem idem obtinere post legem Velleam ut qui in suorum locum succedendo fiunt non rumpant, si scripti sint vel exheredati. Etsi autem liberorum dictione, quæ generalis est, & ad eos quoque qui iam nati sunt pertinens, Vlpianus utitur, subiectum tamen rumpendi verbū ostendit non de iis liberis tractare illum, qui si præteriti sint iniustum faciunt testamentum, sed de iis tantum qui rumpunt id est de posthumis, de quibus solis actum est tota lege ad hunc usque locum, quin & in præcedentibus omnibus ab ipso principio legis tertiæ, sicut & in omnibus legibus quæ toto hoc titulo sequuntur, excepta *l. filio. 17.* quæ est de liberis iam natis, & *d. l. posthumorum. 13.* quæ sola est de Velleianis nepotibus quasi de istis iam factis superque tractatum esset titulo antecedenti. Sed & cum de solis posthumis hunc locum intelligi volo, posthumos eos solos intelligo qui post mortem parentis nascuntur, quos duntaxat dicendos esse posthumos idem Vlpian. scribit in *d. l. 3. §. supra. hoc tit.* Nam qui post testamentum viuo testatore nascuntur ij proprie non sunt posthumus, sed per interpretationem, ideoque nec institui

olim poterant ante legem Velleam. Et in eo errant, qui dictionem illam, *duntaxat*, positam in *d. §. 1.* irreptitiã esse arbitrantur. Nec mouere illos debuit quod posthumis exheredatis hi quoque exheredati intelligantur, *d. l. 3. §. nominatim in fin.* cum tamen exhereditio quæ odiosa est adiuuanda non sit interpretatione, *l. cum quidam. 19. sup. tit. 1.* Id enim fit legis Velleæ potestate & autoritate, quæ sicut institui eos ita & exheredari permittit ne rumpantur testamentum, quorum fauor plerumque non minor est quam liberorum, *leg. si pars. 10. D. de inoff. testam.* Eadem ergo ratione si præcedentes in potestate esse deserint post testamentum succedentes posthumus instituti vel exheredati si viuo testatore & sui nati sint non rumpunt propter legem Velleam, sed quia rupturi essent si lex Vellea ipsorum institutionem aut exheredationem non confirmaret, nullaque hinc legis illius mentio fit, eos quoque non minus quam qui iam testamenti tempore nati in suorum heredum gradum viuo testatore successerunt, ab huius loci interpretatione arcemus. Eos etiam multo magis qui testamenti tempore nondum nati, postea viuo patre & non sui edicti, subinde mortuo patre suo herede in eius locum successerunt. Hic enim licet instituti sint aut exheredati rumpunt & iure civili & post legem Velleam, nisi ambo eius capita coniungas ex Iuliani sententia de qua in *d. l. Gallus. §. ille casus.* Ex quo apparet magis non posse postremum hunc versiculum tam generaliter accipi, ut Velleianam quoque successionem comprehendat.

CAPVT IX.

Vera lectio & interpretatio §. forsitan.
leg. Gallus. 29. de liber.
& posthum.

SVM MARIA.

- 1 Quid explanationem d § obcuram fecerit.
- 2 Ponitur species d § forsitan.
- 3 An in specie d §. pronepos cuius mentio fit, institui potuerit?
- 4 Cur in eadem specie nepos dicti pronepos pater non recte institutus esse dicatur?
- 5 Vera eius rei ratio.
- 6 Cur in d §. Scauola dicat expauescendum non esse, ne dictus pronepos rumpat, quasi perperam institutus?
- 7 Cur & suum, & post mortem proauis testatoris natum pronepos dicat Scauola.
- 8 An dictus pronepos ex iure antiquo, an vero ex lege Vellea admittatur?
- 9 An ideo pronepos non recte institutus dicendus sit, quod nepos pater eius non recte sit institutus.
- 10 Natum ex alieno posthumo alienum quoque esse, nisi ex suo potius quam ex alieno posthumo susceptus videri possit.
- 11 Quæ ratione in d §. forsitan defendatur pronepos institutio.
- 12 Revertitur Accursij & aliorum ad d §. interpretatio.
- 13 Scauola in d §. nihil de pronepote apud hostes nato, vel ab hostibus reuerso, dixisse.
- 14 Fictitium esse quod Interpretes ponunt in d §. cum qui apud hostes erat, pronepos loco adoptatum fuisse.
- 15 Absentem si modo consentiat, emancipari, non uem adoptari posse.
- 16 An id quod apud hostes est legari, & postliminij iure consistere possit?
- 17 Cur non valeat adoptio eius qui quum adoptatur apud hostes est.

- 18 *Commentitium quoque esse quod dicit Accursus, ad-
pratum a testatore in locum pronepotis in dict. §. non
extraneum esse, sed naturalem pronepotem.*
- 19 *Verba illa an istis casibus, quomodo ab Accursio &
alijs accepta sint?*
- 20 *Cuius ad ea verba interpretatio retinetur?*
- 21 *Posthumum nepotem in d. §. alienum natum fuisse.*
- 22 *Emendatur in d. §. verba illa, si que viuo patre deinde
de aucto nascatur & pro viuo legitur mortuo.*
- 23 *Nepotem in d. §. non fuisse prateritum.*
- 24 *Quomodo ex posthumo alieno suus posthumus nascatur?*
- 25 *Sensus & vera lectio §. ergo & sic. d. l. Gallus.*
- 26 *Cuius ad eundem §. emendatio & interpretatio.*
- 27 *Quis sit in d. §. sensus horum verborum, postea viuo
filio.*

28 *Tollendam esse e d. §. vocem adoptatur?*

- 1 **O**bscuram & difficilem huius loci explicatione fecit interpretibus non ipsa solum quaestio per Scauolam tractata per se alioquin satis intricata, sed verborum etiam contextus non vno loco mendosus. Quem etsi corruptum esse veteres quoque obseruauerunt & recentiores multo audentiores & perspicaciores non negant, quomodo tamen suae integritati restituendus sit non conueniunt, dum suam quisque coniecturam proponit, alij aliter emendant. Nemo tamen adhuc dixit, vt arbitror, quod oportuit, quod magis laborandum nobis erit vt noua & vera sint quaeramus de nostro proferamus. Facti speciem sic constituo. Qui habet filium & ex filio nurum pregnantem, filium heredem scripsit, & ex praescripto Galli Aquilij nepotem & pronepotem vt securius testaretur his verbis instituit, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo nepos aut ex nepote pronepos nascetur post mortem meam, heres esto.* Natus est ex filio instituto nepos non solum viuo patre, sed etiam viuo auctore. Ex eodem nepote conceptus est pronepos, natus deinde mortuo primum patre, eodemque testatoris nepote, mortuo subinde auctore qui & filius erat testatoris, ipso etiam testatore proauctore post nepotem & filium iam defuncto. Quae sit Scauola, An pronepos hic ite sit institutus. Quae sit in eo est an institui potuerit. Nam si potuit vtique fatendum est vt iliter esse eum institutum. Dubitandi autem causa illa quam Scauola exprimit, *quia pater ipsius, idemque nepos testatoris, non recte institutus esset.* At hoc ipsum cur ita? An quia institutus in eum casum quo post testatoris mortem nasceretur, viuo eodem natus fuerat? Ita Goueanus, Cuiacius, ceterique recentiores ex l. commodissime. 10. hoc tit. Non male, sed nec tam bene quin melius aliquid dici possit. Quid enim si aut pure, aut in vtrumque casum institutus fuisset ex consilio Pomponij in d. l. commodissime, vt & l. si ita scriptum. 47. §. 1. de hered. instit. An in proposita specie recte institutum dicemus? Nam & Scauola verba interpretationem hanc admittat cum non exprimat quibus verbis concepta esset institutio, nec dubitandum sit quin post legem Velleam possit nepos hic nasciturus aut pure aut in vtrumque casum institui, quamuis Galli temporibus solus mortis casus exprimi & posset deberet. Illa igitur ratio generalior & accommodatior est propter quam non fuerit nepos recte institutus, quia non testamenti tempore duntaxat, sed etiam cum natus est, alienus posthumus fuit non suus, quippe quem pater in testatoris potestate constitutus praecederet. Alieni porro posthumi institutio iure civili prohibita est, lege autem Vellea non aliter permissa quam si nascatur suus. Inde verò fieri videbatur vt nec valeret institutio pronepotis, vt pote qui testatori coniunctus

esset per mediam nepotis personam qua nec recte instituta fuisset, nec vtiliter institui potuisset. Nam quemadmodum non aliter valet Aquiliani nepotis institutio quam si filius primi gradus heres instituitur, adeo vt nec exheredatum eum esse sufficiat, §. in omnibus prox. seq. ita & videri poterat necessariam esse nepotis institutionem, eamque vtilem, vt pronepos recte & vtiliter institutus crederetur. Absurdum siquidem videtur plus iuris habere eum qui remotiore gradu sit quam qui proximior. Et sicuti alia causa non est propter quam necesse fuerit induci nepotis Aquiliani institutionem nisi quod verendum erat ne filio praemortuo nepos in eius locum succedendo suus agnoscatur, atque ita testamentum rumpere quasi subrogatus in partem locumque eius quem institui erat necesse. Eadem prorsus ratione videbatur necessitas instituendi pronepotis ex eo descendere quod praemortuo nepote in eius locum successurus esset pronepos. Et consequenter quo casu eueniret nepotem institui non posse, adeoque praeteritum non rumpere, frustra de pronepotis institutione disputari, qui nec quicquam iuris habere possit nisi in nepotis locum succedat, nec rursus plus iuris consequi ex eo quod succedat in locum illius qui ipse praeteriri impune potuerit. Aliud tamen Scauola iudicium est. Non esse, inquit, expauescendum ne hic pronepos rumpat quasi perperam institutus cum & suus heres & post mortem testatoris nascatur. Suus enim nascitur, quia ponimus nasci eum mortuis iam patre & auctore a quibus tantum poterat in causa successionis anteueri. Nascitur etiam post mortem proauctoris testatoris, atque ita nihil impedit quo minus vtiliter institutus habeatur, sitque melioris conditionis quam nepos qui nec suus natus sit, nec in sui heredis locum vnquam successerit, mortuus scilicet ante patrem, eundemque testatoris filium, qui & in familia, & in causa succedendi primum gradum obtinebat. Iungit autem Scauola rationes duas vt probet non esse expauescendum ne hic pronepos rumpat. Nempe quia & suus natus est, & post mortem testatoris. Non sufficeret natum esse suum nisi & post proauctoris mortem natus esset si potius eum institutum ex praescripto Aquilianae formulae, hoc est in illum casum quo post testatoris obitum nascetur, quamquam si aut pure institutus fuisset neutro casu expresso aut in vtrumque casum, non eodem magis rumpere quod viuo proauctore natus esset. Rursus non sufficeret natum esse post mortem proauctoris nisi suus natus esset. Quid enim si viuo adhuc auctore nasceretur? Vtique alienus esset posthumus, ac proinde talis qui nullo iure institui potuisset, si Praetorium tollas & Iustinianum de quibus non loquimur. Porro si quaeramus an hic pronepos ex iure antiquo admittatur, an ex lege Vellea, distinguendum erit quibus verbis concepta institutio proponatur. Nam si eo modo concepta sit qui Galli formula continetur, nihil prohibet quo minus ex iure antiquo succedat, si post mortem proauctoris & suus nascatur, si viuo proauctore licet suus, omnimodo excludatur. Et hunc casum a Scauola tractari verisimilius est, non solum quod Aquilianam formulam interpretetur vtque ad §. nunc de lege, sed etiam quod ea potissimum ratione moueatur vt defendat pronepotem hunc recte institutum, quia post testatoris mortem natus sit. Sed si ponere pure factam institutionem neutrius temporis habita mentione, aut vtroque casu expresso, legis Velleae auxilium necessarium esset vt viuo testatore natus licet suus, ex testamento admitteretur. Perinde tamen ex iure antiquo succederet si post mortem testatoris

- 9 **S**tatoris natus esset. Quae quamquam ita sunt, illa tamen dubitatio superest quam ex ipso Scauola proposuimus, quod pronepotis huius pater non recte institutus sit, nec institui potuerit tanquam posthumus alienus. Et ob id nimirum necesse fuit Scauolam dubitationis huius tollendae gratia subiicere quod in textu sequitur. Ergo & sic admitti pronepotem hunc qui ex nepote natus sit viuo postea filio ac si ex ipso filio natus esset. Vt quamuis nepos suus esse nunquam coeperit, succedat tamen pronepos in eius locum non vt tantumdem iuris habeat, quantum nepos habuit dum vixit (sic enim fieret vt nullum haberet) sed vt id ipsum ius habeat quod haberet hodie nepos si videret. Haberet autem haecenus vt mortuo postea filio viuo testatore in eius locum succederet, ac ita suus nasceretur, & consequenter iure institui posset, quia & si praeteritus esset, testamentum rumpere. Ita fit vt dici non possit pronepotis huius patrem recte institutum non fuisse, cum patrem habere intelligatur quod ad prouisionem attinet, non nepotem ex quo reuera fuit conceptus (cuius nulla ratio haberet, quoniam ante patrem suum mortuus est, nisi haecenus vt pronepote det locum in quem possit succedere ad hoc vt subintret postea in gradum sui heredis. sed eum ipsum quem habuit nepos in cuius locum successit, id est auctoremque testatoris filium qui institui non solum potuit, sed etiam omnimodo debuit, vt pote qui iam testamenti tempore & natus & suus heres esset, ac cuius praeteritione inutile futurum erat testamentum. Proinde nec illud dici quod Castrensis pro notabili tradit, pronepotem hunc non eodem modo recte institui potuisse quod natus esset ex alieno posthumo, quasi prohibito instituendo alieni posthumi ad eum qui ex tali posthumo natus sit extendi non debeat. Nam imò verò si haberetur pro nato ex alieno posthumo non posset institui, quia nec pater eius posset, cum vt supra dixi necessitas instituendi pronepotis non nisi ex necessitate ipsius nepotis instituendi pendeat, ordine ipso naturae id exigente. Nec verò quisquam iudicio meo dixerit, auctorem qui ex filio emancipato alienum posthumum nepotem speret quem iure civili instituere nequeat, pronepotem ex eo posthumo alieno nepote vtiliter institutum fuisse. Nempe quia fieri non potest vt qui ex alieno posthumo nascitur non sit itidem posthumus alienus, nisi quoties talis casus contingit in quo videri possit non tam ex alieno posthumo quam ex suo herede susceptus vt in specie huius §. Quod demum casu pronepotis institutio defenditur hac sola ratione quod praemortuo nepote qui ita erat alienus vt tamen suus nasci potuisset, (nimirum si post patris sui mortem editus fuisset) non tanquam nepotis, sed tanquam filij primi gradus filius haberi debeat, qui scilicet in nepotis praemortui locum successit, & proximus testatori post sui heredis mortem natus est, in ipsius quoque testatoris potestate futurus, si testator suo heredi superuixisset. Cum verò hac sententia, vniuersa §. quaestio & quaestio deciditur, ridiculi sane sunt nostri interpretes qui Accursij somnia secuti mordicus defendunt duas alias hoc loco proponi quaestiones. Vnam de pronepote, sic quidem, vt diximus instituto, sed nato apud hostes viuo omnibus reuerso autem in ciuitate post mortem omnium vt hic tractatus accommodari possit ad formulam Aquilij. Alteram de eo qui cum esset prorsus extraneus & apud hostes, adoptatus sit in locum pronepotis ab eo qui erat in ciuitate, quique sic adoptatus redierit, postea in ciuitatem mortuis iam patre, auctore & proauctore

quos illi adoptio dederat. Quae interpretatio cum sit prorsus commentitia seipsam refellit satis vel auctorum suorum testimonio quos fateri veritas cogit non defendi eam verbis Scauola, sed hac tamen diuinatione adiuuandam necessarium Scauolam vt ipsius verbis constare sensus aliquis possit. Et sane nihil Scauola de pronepote apud hostes nato aut ab hostibus reuerso, nec de nepote ab hostibus capto, de quo si intellexisset multa alia supplenda essent, & distinguenda, de quibus diximus in superioribus, cum de postliminij fictione differimus. Vt taceam non pertinere ad formulam Galli Aquilij casum illum quo pronepos in ciuitate conceptus & apud hostes natus sit, licet post testatoris mortem redierit, quoniam in ciuitate semper mansisse retrofingitur. Iam verò quam absurdum illud est, quod illi ponat adoptatum pronepotis loco eum qui tum erat apud hostes! Quasi verò adoptari possit non solum qui absens est, quod iuris ratio non patitur, l. neque absens. 24. cum l. sequen. §. vltim. D. de adopt. sed & qui in hostium est potestate. Is enim cum interim reuera sit seruus hostium quomodo potest eo instanti particeps esse illorum quae iuris ciuili sunt? in quorum numero vtique adoptio computatur. Nec obstat quod Bartolus, & post eum ceteri respondent posse absentem quoque adoptari si id Princeps permittat ex l. in bonis. 5. C. de emancip. liber. Nam praeter id quod lex illa continet ius nouum ab Anastasio primum introductum & a iuris veteris ratione alienum vt apparet ex l. liberos. 18. C. de collat. l. si ab eo. 11. C. de legit. hered. illud etiam constat loqui eam de emancipatione duntaxat quae fauorabilior esse solet, non item de adoptione quam minus fauorabilem, illud facit quod aequum non sit ignorantem quem redigi in patriam potestatem. Et si autem nostri more suo audentiores trahunt ad legitimationem, quod in emancipatione constitutum est, non eadem tamen ratio est trahendi ad adoptionem, quoniam legitimitas sit in fauorem eius solius qui legitimitas, vt proinde consensus aut praesentiam eius requiri minime necesse sit. Quamquam nec ignorantem emancipari Anastasius patitur, sed absentem duntaxat & ita demum si emancipatione ipse quoque consentiat, vt ait constitutio. At adoptio fit in fauorem vtriusque nec minus commodo adoptatis vt suum heredem habeat, quam adoptati cui & honorum suorum administratio, & testandi facultas, & ipsa denique quodammodo libertas eripitur. Denique nihil Anastasius constituit in persona filij qui apud hostes est vt emancipari possit. Et verò absurdum sit emancipari quem a patre eo tempore quo non in patri, sed in hostium potestate sit, seruus eorum factus. Multo igitur minus qui apud hostes est adoptari poterit, nec simile est quod Bartolus obicit id quod apud hostes est legari posse, & postliminij iure consistere, l. id quod. 9. de leg. 1. Id enim ad eas res pertinet quae testatoris fuerunt priusquam legarentur vt vel ipsa postliminij dictio demonstrat. Nam quod apud hostes est, si nostrum nunquam fuit non magis legare aut vendere possumus quam ceteras res quas in commercio non habemus, l. seruum. 98. cod. l. liber homo. 103. de verb. oblig. quomodo accipi debet quod scriptum est in l. vlt. D. de act. empt. At in adoptione non de re aliqua agitur, sed de persona in qua nihil prorsus iuris antea habuerit adoptator. Deinde alienam quoque rem & legare & emere possumus aut vendere si modo aliquo casu emi possit, vt de re hostium nominatim Iulianus scribit in l. ab amato. 104. §. ceteram rem hostium. de leg. 1. Adoptare verò non possumus nisi eum qui eo ipso instanti quo adoptatus sub po-

testate nostra fieri possit, quia cum adoptio sit actus legitimus nec diem recipit nec conditionem, *leg. actus legitimi. 77. de reg. iur. sum. l. 1. quæst. i. 34. l. si paterfam. 13. §. ult. cum seqq. de adopt.* sub nostra autem potestate fieri qui reuera suus hostium sit non potest. Non igitur valet adoptio eius qui cum adoptaretur apud hostes erat, nec si postliminio redierit, adoptio conualescet, quia nec ab initio valuit, nec tempus à quo inciperet unquam habuit. † Quod si dicas adoptatum à testatore in locum pronepotis non extraneum, sed eum quem natura pronepotem fecerat, quæ Accursij altera interpretatio est, magis ridiculus fueris, cum frustra adoptetur in pronepotem is qui iam & pronepos, & in proavi potestate est, nisi cum Accursio diuines nepotem quo tempore ex eo conceptus fuit pronepos fuisse ab auo emancipatum, ut nec in proavi potestate nasci pronepos potuerit. Sed id adeo commentitium est & à Scæuolæ verbis alienum, ut operæ precium non sit ratione potius quàm silentio refellere. Restat ut ipsa contextus verba quæ aut corrupta aut obscuriora & perperam intellecta sunt, breuiter explicemus. † Ait lex, *an istis casibus. Accursius intelligit de sequentibus. Malè: nam & in toto hoc §. & in omnibus*, quæ sequuntur vsque ad tractatum de lege Vellea nullus alius casus proponitur quàm qui à nobis hoc capite expositus est. Alij putant respicere Scæuolam ad id quod monuerat in §. quid si is qui filium non tantum ex Galli formula institui posse nepotem posthumum, sed etiam verbis generalibus, ita, *Qui mihi post mortem meam suus nascetur heres esto*, vel ita, *Quicquid liberorum*. Dubitare autem, Num istis casibus, hoc est institutione nascituri heredis sic facta valeat institutio pronepotis qui aliqua nudo nascetur ex nepote, nato nepote post testamentum viuo patre suo. Sed nos supra monuimus locum illum Tribonianum esse potius quàm Scæuolæ, & iam ante docuerat Scæuola in §. idem credendum & seqq. vsque ad §. *quid stantium*, quibus verbis commode institui possit pronepos, siue iam mortuo nepote viuo filio, (nepote enim, non pronepote, legendum esse in §. sed et si viuo filio, ferè inter omnes conuenit & certissimum est, siue utriusque viuis. Deinde quod ad huius §. quætionem attinet parum refert quibus verbis institutus sit pronepos, dummodo filius quoque primum gradum tenens institutus sit. † Itaque magis probo interpretationem Cuiacij, ut his verbis nihil aliud Scæuola significet quam casus iuris antiqui quibus nepotes aut pronepotes posthumi instituuntur. Nam ad hunc vsque locum eos tantum casus proposuit qui ad Aquilianam formulam pertinere videbatur, tametsi in decidendis quætionibus legis quoque Velleæ sententiam interdum ad confirmandas institutiones necessariam, & quasi in auxilium euocandam esse duxerit. † Sequitur, *si nepos post testamentum nascatur viuo patre suo, deinde ex eo concipiatur*, ut appareat tractari hic de nepote qui natus sit posthumi alienus, quem scilicet cum & conceptus & natus est, pater adhuc viuis & in gradu & in causa succedendi præcesserit. Inde enim fit ut filio suo herede qui primum gradum tenebat rectè instituto nepos hic præteriti potuerit, nec proinde curandum sit quod ad validitatem testamenti pertinet, an rectè sit institutus necne. Quamuis hoc ipsum necessariò quærendum videatur ut sciamus an pronepos ex eo nepote conceptus rectè institutus sit aut institui potuerit. Sequitur, *is que viuo patre deinde am nascatur*. † Eum intellige pronepotem ex nepote conceptum. In sequentibus autem non viuo, ut Florètiæ scriptum est, legendum, sed mortuo, quæ lectio

est ab interpretibus omnibus & antiquioribus, & recentioribus magis probata. Alioqui pronepotis huius tanquam alieni posthumi institutio non valeret, nec si confugeres ad nugas Accursij, qui ut eam quoque lectionem tueatur, vult pronepotem hunc viuis patre, auo & proauo natum apud hostes, tum omnibus in ciuitate mortuis reuersum. Sed & dictio illa, *deinde*, quæ ordinis nota est id ipsum probat apertissime. Nō enim pater prior viuit, deinde auus, sed auus prior, deinde filius. Ex contrario pater prior mori potest, deinde auus, quomodo & in §. præcedenti idem Scæuola dixerat, *mox ille post mortem patris atque aui redeat*. Subiicit Scæuola, *an non potuerit heres institui*, scilicet pronepos. Ponit ergo institutum, nec curat, an verbis generalibus an specialibus, sed de illo tantum dubitat utrum institui potuerit. † Dubitandi rationem subnectit, *quia pater ipse non rectè esset institutus*. Quibus verbis refellitur veterum interpretatio existimatiū in proposita specie nepotem hunc fuisse præteritum, quem contra Scæuola ponit institutum, sed nō rectè. Quam contra non nego potuisse nepotem istum præteriti ut dicemus in §. sequi. nec malè præteritum dici posse eum qui non rectè sit institutus, *d. l. commo-dissime. 10. sup. hoc tit.* Cur autem minus rectè institutus sit non ea solū ratio est quam recentiores adferunt quod viuo testatore natus fuerit qui institutus erat in eum casum, quo post mortem nasceretur, sed illa etiam quæ supra attulimus, quod viuo patre post testamentum natus alienus posthumi esset non suus. Nec video cur Salomonius locum hunc corruptum esse suspicetur. Sequitur, *quod non est expanescendum*, id est ne malè institutus pronepos videatur, *hic enim*, inquit, *& suus heres nascitur & post mortem nascitur*. Quo demū casu valet institutio posthumi nepotis & pronepotis ex iure antiquo. Bene est, sed nondum sublatā video dubitandi rationem. Fateor potuisse iam olim institui eum qui & suus heres & post testatoris mortem nasceretur si aliud nihil impediret. † Sed in proposito illud impedire videbatur, quod pronepotis huius pater non rectè institutus fuerat, ut diximus, quoniam alienus erat posthumi. Quomodo enim fieri possit ut qui nepotem instituere nec potuit nec debuit idem pronepotem ex eo nepote conceptum instituere aut potuerit, aut debuerit? Aut si maui, (eodem enim utraque dubitatio recidit) quomodo fieri potest ut posthumi alieno nascatur posthumi suus? Itaque dubitationis tollendæ gratia necesse fuit subiici quod in textu sequitur, † *Ergo & sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si ex eo natus esset*. Sic enim legendum esse non dubito. Ut sensus sit, ei quod proximè dictum est, pronepotem hunc suum nasci & utiliter institutum intelligi, consequens esse ut admittatur perinde atque si ex ipso filio non ex nepote natus esset: alioqui non suus, sed alienus posthumi nasceretur. Malè in Pandect. Florent. legitur, *si pronepos admittetur*, cum ex aliis codicibus legendum sit, *sic pronepos admittetur*, id est perinde ut monstrant sequentia illa, *atque si*, primumque hoc mendum interuertendæ lectionis & sententiæ causam præbuit non tantum Accursio cæterisque veteribus qui mutari hinc casum existimarunt, sed etiam Cuiacio qui locum corruptum existimans sic legendum ait, *Ergo & si nepos omittetur*, addito hic sic ilico, *qui natus erit ex nepote postea viuo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur*. Hoc sensu, ut in specie proposita quamuis nepos ommissus & præteritus sit, post mortem nepotis viuo filio, id est filio nepoti superuiuente pronepos post omnium mortem ex nepote natus, quasi nepos

assumatur locumque nepotis obtinet. Quasi verò monere necesse fuerit, eandem rationem esse nepotis præteriti & rectè instituti. De quo quis vel tacente Scæuola dubitare potuisset? Deinde quorsum hic de adoptione? Aut quis unquam adoptari dixit, pro assumi contra adoptionem? Eandem igitur speciem Scæuola persequitur de eodem pronepote quem institutum dixerat ex nepote non quidem præterito (quantum si præteritus omnino fuisset idē utique Scæuola respondisset) sed quod effectu idem est minus rectè instituto, hincque pronepotem admitti ait non secus ac si media nepotis persona non interueniente natus fuisset ex filio suo herede, ut nepotis persona quæ pronepotis institutioni obstare videri poterat, nullo modo consideretur, propterea quod nepos hic ante patrem situm, eundemque testatoris filium decesserat. † Id enim est quod ait Scæuola, *postea viuo filio*, id est filio testatoris superuiuente nepoti, quia si præmoreretur filius nepos quem non rectè institutum diximus succedendo rumpere testamentum §. *idem credendum, versic. num. si & filius supr.* Postea, itaque intellige non ut Goueanus (qui nec felicius quàm cæteri locum hunc emendauit) post testamentum, sed omnino post mortem nepotis. Quod autem sequitur *ex eo* referat proximum, id est ad filium ac si scriptum esset apertius, *atque si ex ipso filio natus esset*. † His verò verbis cum tota §. sententia eleganter absoluitur & concludatur, quid reliquum est, nisi ut vocem illam sequentem *adoptatur*, quæ sola tot offudit tenebras & nouæ speciei ac quætionis comminiscendæ materiam præbuit, deleamus? Nam & asterisco notata est tanquam suspecta & irreptitia & proculdubio non tantum superuacua esse apparet, sed etiam ineptè aditam ab ineptiore interprete qui cum in præcedentibus legeret *ergo et si pronepos*, & verbum aliquod ad absoluendam Scæuolæ sententiam deesse videret, hoc subiicit, quo ineptius nullum aliud subiicere potuisset. Quid enim commune habet adoptionis commentum cum proposita facti specie in qua agitur de pronepote in proavi familia & potestate concepto ac post mortem ipsius edito? Hinc verò etiam intelligi potest quàm parum ad Scæuolæ disputationem faciunt quæ hic Bartolus & post eum cæteri de legitimatione tractant & congerunt.

CAPVT X.

Ad §. in omnibus. l. Gallus.

SUMMARI A.

- 1 In omnibus speciebus vsque ad hunc §. tractatis, requiri ut filius qui est in potestate ex aliqua parte heres sit institutus, ut posthumi nepotis institutio valeat.
- 2 Dicitur filium qui in conditione duntaxat institutionis nepotis positus est, præteritum dici.
- 3 Contraria Bartoli sententia rejicitur.
- 4 Dicitur pro eius sententia allata rationes refutantur.
- 5 Sequentem nepotis institutionem aliquando facere, ut filij melior conditio sit quam si nepos nullus esset.
- 6 Filium frustra post captiuitatem, de portationem, & emancipationem sicut & post mortem exheredari quum posthumi nepos in aliquem eiusmodi filij casum instituitur.
- 7 Dicitur filium non magis præteriti quam exheredari posse.
- 8 Cohærentem in specie dicit §. filio primi gradus datum esse.
- 9 Cohærentes eos dicit, quibus eodem gradu deseritur hereditas.

- 10 Cohærentem nepoti datum in specie d. §. facere non posse, ut exhereditatio filij ante eius mortem valeat.
- 11 Cohærentem nepoti datum eam filij exhereditati mortem expectare debere quæ a nepote expectanda est, quæ scilicet viuo testatore contingat.
- 12 Quibus casibus valeat institutio extranei qui coheres nepotis datus est, & filij exhereditatio?
- 13 Quo sensu dicatur filio & nepote posthumo institutis duos esse gradus heredum?
- 14 Extraneum filio coheredem datum nepoti quoque eo casu datum intelligi quo nepos succedere possit, & quid inde sequatur?
- 15 Filio ex asse instituto nepotem ex parte institui in reliquo vero coheredem dari posse.
- 16 An in toto tractatu de Aquilianâ formula potendum sit coheredem filio datum esse?
- 17 Filium non rectè exheredari, si nepos simpliciter, & non expresso casu mortis filij sit institutus.
- 18 Aliam esse rationem nepotis superstitis, aliam posthumi quoad institutionem.
- 19 An & quando filius exhereditatus nepoti non obstat, quominus nepos simpliciter institui possit?
- 20 An sicut nepote instituto filium ex aliqua parte institui necesse est, ita necessaria sit nepotis institutio filio instituto.
- 21 In quo differat filij & nepotis exhereditati conditio.
- 22 An si nepoti instituto substitutus datus sit, ideo filij exhereditatio validior fiat?
- 23 Verba illa, ut filius duntaxat qui est in potestate in d. §. in omnibus, non ad exclusionem emancipati, sed filij ab hostibus capti addita esse.
- 24 Item ad differentiam nepotis & aliorum deinceps descendentium.
- 25 Quis sit in d. §. sensus horum verborum, quorum si liberi heredes instituuntur, institutionem nunquam exigemus.

Hic tamen monet Scæuola, in omnibus speciebus tota hac lege ad hunc vsque locum propositis in quibus actum est de posthumi nepotis institutione ex iure antiquo, & formula Galli Aquilij, obseruandum esse ut filius qui est in potestate ex aliqua parte sit heres institutus. Nam ex iis solis verbis quæ Gallus in concipienda formula vsurpauit, *si filius meus viuo me morietur*, licet filij mentionem faciant adeo ut nec patiantur nepotem ex institutione admitti nisi post mortem filij, filius tamen non potest videri institutus, quoniam institutio non verbis conditionalibus, sed dispositiuis & ad exemplum legis quæ testandi facultatem dedit imperatiuis perficitur, *l. 1. §. ultim. de hered. instit. l. 3. de liber. & posthum.* Cum & in cæteris quoque omnibus dici soleat, conditionem non disponente, *si quis sub conditione. 8. D. si quis omni. cas. testam. l. 1. §. nem si ita. l. in ratione. 30. §. iuncti. D. ad leg. fal. ced. l. cum iure. 19. D. quæ. d. dies legat. ced.* † Ideoque præteritus dicitur hic filius qui in conditione duntaxat institutionis nepotis positus est, *si quis eum. 16. in fin. inf. de vulg. & pupill. substitut.* & hac ipsa lege, *§. idem credendum, versic. num. & si filius*, ubi scriptum est, si auus filium & nepotem habens superstitis pronepotis institutionem ita conceperit, *si uterque viuo me morietur, tunc qui mihi pronepos nascetur heres esto*, ita demum valere institutionem pronepotis si nepos primum deinde filius decesserit: alioqui præterito filio rumpere testamentum successione nepotis, nimirum quasi præteriti. Nec enim institutus rumpere post legem Velleam quæ institutum rumpere prohibuit, §. *sequenti. & §. alle casus inf.* † Et in hoc perpetuus est error Bar-

tolipassim scribeat eum qui positus sit in conditione institutionis, siue filius sit instituto nepote, siue nepos instituto pronepote, tacite institutum intelligi ex coniectura voluntatis, hancque tacitam institutionem sufficere ut testamentum sustineatur, propterea quod nec absoluta, nec iniuriola videri possit præteritio filij facta in eo testamento ex quo is qui institutus est non aliter heres esse possit quam si filius viuo testatore decesserit: quamuis Accursus ad huius legis principium contra fenserit. Cuius sententiam cum ex hoc §. aliisque supradictis locis manifestissime probetur, miror ego à veteribus fore omnibus fuisse improbatam. † Quod enim Bartolus obicit ex *l. si quis ita. 32. de hered. institut.* si quis ita heres instituat, si legitimus heres vindicare nolit hereditatem, deficere condicionem illo vindicante, longè dissimile est, nec ad rem vllomodo pertinet. Nam si legitimus heres in ea specie vindicare hereditatem vellet, posset quidem ex voluntate testatoris qui scriptum heredem ei postposuit, sed non idè fieret ut ex testamento posset succedere quasi ipsa conditionis formula institutus: imò tanquam legitimus & ab intestato hereditatem vindicaret. Eadem ergo ratione nec pro instituto haberi debet filius qui tantùm in conditione positus est, quamuis non nisi eo mortuo institutum nepotem admitti auus voluerit. Probabilius fortasse moueri potuit Bartolus ex eo quod Iulianus scribit in *l. cum in testamento. 37. eodem tit. de hered. institut.* nepotis institutione sic concepta uti Gallo Aquilio placuit, duos esse gradus heredum. Quomodo enim duo gradus esse possint quin vterque ad hereditatem vocatus sit? Sed supplendus est omnimodo locus ille ex hoc §. & ita intelligendus ut filij primi gradus institutio nepotis institutionem præcesserit: quod utique Iulianus expressisset nisi de eo ius certum & exploratum fuisset, nec prudentum duntaxat auctoritate, sed etiam testatorum consuetudine inueteratum, *leg. si ita scriptum. 47. §. 1. eodem.* Expressam igitur filij institutionem præcedere necesse est ut nepotis institutio valeat, quia licet nepos in eum casum instituat quo filius heres esse nec vnquam possit, nec vnquam potuerit, id est quo moriatur viuo testatore, attamen testamentum tale esse necesse est ex quo possit filius heres esse si eum patri contingat esse superstitem. Cui alioqui testamentum quod ab initio nullum & iniustum fuit propter sui heredis præteritionem non idcirco cõualecat quod filius præteritus viuo testatore decesserit, *d. §. idem credendum & si filius. 7. supr. hoc tit. Caius instit. §. 2. in fin. de exhered. liber.* † Sed & obseruatione dignum illud est quod sequens nepotis institutio facit ut filij melior condicio sit quam si nepos nullus esset. Facit enim ut omnimodo ex parte aliqua hereditatis institui debeat, quem alioquin exheredari sufficeret, *l. prox. infr. hoc tit.* Nam cum filius qui in potestate est necessariò instituendus sit vel exheredatus, consequens est eum, qui exheredari nequeat omnimodo institui debere. Hic autem idè exheredari non potest, quia ut hinc Scauola scribit post mortem suam exheredatus videretur contra iuris regulam de qua in *l. si ita scriptum. 13. §. ultim. supr. hoc tit.* Nempe cum exhereditatio non aliter valeat quam si testamentum additione aut alia hereditatis acquisitione confirmatum sit, *l. filium. 20. vers. sed cum exhereditatio. D. de contr. tabul.* nepos autem heres institutus sub ea nominatim condicione: *si filius viuo testatore morietur*, non prius heres esse possit quam filius decesserit apparet si nepos hic primo gradu instituat, & filius exheredetur, filium non nisi post mortem

suam exheredatum intelligi. † Idem verò intellige, si nepos non in casum mortis filij institutus, sed in casum deportationis aut captiuitatis. Frustra enim post deportationem aut captiuitatem sicut & post mortem suam filius exheredabitur. An & post emancipationem suam? Dubitatio maior est ex eo quod non sit inutilis exhereditatio post emancipationem cum excludat filium à bonorum possessione contra tabulas, *l. non putauit. 8. de contr. tabul.* Sed non facit ea res quominus inutilis sit iure ciuili quo constat exheredandum non esse filium qui sit emancipatus. Et consequenter verum est hunc filium iure ciuili pro præterito habendum, atque idè nullum & iniustum facere testamentum. Quo posito succedit iuris Prætorij regula quæ nullomodo patitur valere tabulas quibus præteritus sit uis heres, si ex iis bonorum possessio pei nunquam potuerit, *l. si filius. 12. §. 1. quod vulgo. 19. eodem tit. de quarum sententia diximus libr. 1. cap. 19.* Atqui testamentum in quo præteritus est filius qui viuo patre decesserit, tale est ut nunquam confirmari possit filij approbatione aut conualescere, *dict. l. 7. jup. hoc tit.* quomodo confirmari posset silentio aut expressa voluntate filij superstitis, *l. filio. 17. de iust. rupt.* Igitur nec iure Prætorio valebit testamentum hoc in quo filius post emancipationem suam exheredatus fuerit. Quamquam & illud verum est, quod tota hac lege Scauola disputat de testamenti validitate ad ius ciuile non ad prætorium referendum esse. † Ridiculus verò hinc est Bartolus, & post Bartolum Castrensis, qui filium hunc primi gradus, quem exheredari non posse vult Scauola, præteriri tamen posse defendit, eo prætextu quod huiusmodi præteritio tacite institutionis vim habere queat non item exhereditatio. Nam quis vnquam ex iuris prudentibus dixit præteritionem etiam cum permessa est haberi pro tacita institutione? An non potius habenda est pro exheredatione? ut de materna præteritione proditum legitimus, *§. ult. instit. de exhered. liber. §. si iam. 15. C. de inoff. testam.* Deinde an non Scauola satis aperte requirit expressam institutionem hoc ipso quod non solum negat exheredari posse filium, sed etiam iubet ut ex certa parte instituat? Nam si ex aliqua hereditatis parte extraneus scriptus sit qui si coheredem non habeat ex toto asse scriptus intelligitur, quomodo filium coheredem habere videbitur, si filius non fuit expressè & nominatim institutus? † Quod si cum eodè Castrensi dicas locum hunc ita intelligi debere ut filio coheres nullus datus sit, adhuc magis ridiculus fueris: cum Scauola scribat debere filium ex aliqua parte heredem institui. Neque enim fieri potest ut ex parte tantùm ac non ex toto asse heres sit filius ex parte aliqua institutus si coheredem non habeat. Siquidem vel ex fundo institutus nullo accepto coherede, perinde heres est ex asse, ac si fundi mentio detracta esset, *l. 1. §. si ex fundo. l. quoties. 9. §. si duo cum l. seq. l. interdum. 13. §. denique de hered. instit. l. si ita scriptum. 8. D. secund. tabul.* Itaque debuisset Scauola scribere in his omnibus speciebus seruandum esse ut filius primi gradus ex asse heres instituat, non ut ait textus *ex parte aliqua.* Fefellit Castrensem quod cum coheres nepoti datus, filius autem exheredatus est, possit filij exhereditatio confirmari adeunte coherede idè que nec videatur filius hoc casu post mortem suam exheredatus quando non cogatur coheres filij mortem expectare quod & Goueanus in posterioribus ad hanc legem commentariis scripsit. † Vterque malè. Nam coheres nepoti datus nõ alio gradu scriptus videri debet quàm quo nepos ipse cui coheres adscriptus est. Sicut & si

nepo.

nepoti substitutus esset non in primum gradum, sed in secundum, substitutus diceretur, ob idque filio primi gradus herede existente nunquam posset cum eo talis substitutus concurrere, quamuis verum esset nepotem heredem non esse, idè que substitutionis condicio existere videretur, *d. l. cum in testamento. 37. de hered. instit.* qui locus et si de substituto loquitur non de coherede, eadem tamen hac parte coheredis quæ substituti ratio est non solum quod cohere in coheredis portione, si deficiat pro substituto accipiatur, *l. si Titio & Manio. 61. §. Iulianus de legat. 2.* sed etiam quod fieri nequeat ut coheredes sint quibus non eodem gradu deferatur hereditas: † ac proinde quemadmodum nepos institutus filio exheredato non potest heres esse nisi post mortem filij, nec consequenter facere quominus filius post mortem suam exheredatus videatur, qui neque prius valere potest exhereditatio quàm nepos heres sit, ita nec coheres nepoti datus facere poterit ut exhereditatio ante filij mortem valeat: quoniam nec adire potest antequam testator mortuus sit, quem porro filio superuixisse ponimus, *leg. qui superstitis. 94. de acquirend. heredit. l. 1. de hered. vel action. vend.* Neque igitur fieri illud potest quod Castrensis, Goueanus & ceteri volunt, ut non cogatur nepotis coheres mortem filij expectare. Nisi fortè quis dicat, posse in eo diuersam constitui rationem nepotis & coheredis quod filio superuiente testatori, inutilis fiat institutio nepotis tanquam posthumii alieni, non item coheredis extranei, quo demum adeunte confirmari possit exhereditatio filij non expectata eius morte. † Sed hoc multò minus dici potest, quia cum querimus an coheres nepoti datus cogatur expectare mortem filij, de ea morte loquimur, quam certum sit à nepote expectandam esse. Nepos autem eam demum filij mortem expectare cogitur quæ viuo testatore contingat, cum nihil ei prodesse possit quod post mortem testatoris filius etiam exheredatus decesserit. Quandoquidem non èd minus filij persona ipsi obstaret ut quasi alienus posthumus institui non potuisset, *leg. si quis filio. 6. infra tit. 1.* Deinde quamuis filij superuientia inutilem reddat posthumii nepotis institutionem non etiam extranei, prius tamen est ut ab initio valeat testamentum quam ut coheres siue filio siue nepoti datus heres ex eo quandoque esse possit. Ut verò valeat necesse est filium primi gradus vtiliter institutum esse vel exheredatum. Porro vtiliter exheredari non potest quotiescunque instituitur post eius mortem nepos, quia ut diximus post mortem suam exheredatus tunc videtur. Nec tantùm ratione ipsius nepotis, sed etiam in necessariam consequentiam propter personam nepotis ratione coheredis extranei, quoniam cum in eodem gradu scripti sint non magis fieri potest ut filius vtiliter exheredatus intelligatur respectu extranei, & inutiliter respectu nepotis, quàm ut idem gradus pro parte valeat & pro parte non valeat, quod nullquam receptum est. Debet enim exhereditatio fieri à toto gradu non à persona, *leg. 3. §. filius hoc tit. leg. non putauit. 8. §. si ab uno de bonorum possession. contr. tabul.* † Valebit igitur extranei institutio & filij exhereditatio eo demum casu quo nepos præteritus sit ac subinde viuo patre suo eodè que testatoris filio natus. Non item si coheres datus sit nepoti instituto licet nepotis institutio propter filij superuientiam irrita facta sit. Atqui, inquires, verum est nepoti datum coheredem hunc primo gradu scriptum esse ante quem scilicet nemo sit institutus. Cur non igitur ex eius saltem persona confirmabitur exhereditatio fi-

lij ac si solus ex asse scriptus esset præterito nepote. Quid enim refert an per filij superuientiam nepos exclusus sit an præteritus? Aut an extraneus solus & in toto asse scriptus sit an nepoti coheres datus deficientem eius portionem accrescendi iure consequatur? Verùm respondeo longè inter se casus differre. Nam cum extraneus solus institutus est filio exheredato, & nepote præterito, sit tunc & ab initio valeat exhereditatio, & quidem à toto gradu, quippe qui in vnus heredis persona consistat qui adire quandoque post testatoris mortem poterit non expectata filij morte. Nec quicquam est quod eam additionem impedire possit præterquam si rumpatur testamentum agnatione sui heredis posthumii præ mortuo filio viuo testatore: quæ res tamen non facit ut testamenti vires sint in pendenti. Interim namque valet quamuis in eo sit ut ex euentu rumpi possit. Cum verò nepos ex parte aliqua institutus est sub ea necessaria condicione, si filius viuo testatore moriatur, exhereditatio statim non valet, nec quæ indui filius viuus conualescit, quia nec institutio vlla nepotis intelligitur ante filij mortem. Exhereditatio autem non prius valere potest quàm institutio, adè ut dubitatum olim fuerit an fieri posset ante institutionem, licet tandem magis probatum sit, non tamen scripturæ quam iuris ordinem spectandum esse ex Traiani primum, deinde Marci rescripto, *leg. 1. de heredit. instit. leg. 3. §. unde etiam de in iust. rupt.* Porro post mortem filij scripta est exhereditatio etiam quod ad coheredem pertinet, qui filij mortem expectare non cogebatur, quoniam nec ab eius persona exheredari potuit filius qui à toto gradu non est ritè exheredatus, *dict. §. si filius. & d. §. si ab uno.* Nec est contrarium quod supra diximus nepotem in secundo gradu institutum videri, *d. l. cum in testamento.* Ex quo inferre quis fortasse velit nepotis institutionem nihil commune habere cum institutione extranei primo gradu scripti, nec impedire posse quo minus ex persona ipsius exhereditatio filij saltem quod ad primum gradum confirmetur. † Etenim cum dicimus filio & nepote posthumo institutis duos esse gradus heredum, non sic intelligimus quasi primo loco deferatur hereditas filio, deinde nepoti, sed id significamus quod Iulianus ipse explicat, nullo casu fieri posse ut filio & nepoti simul aut etiam successiuè & ex ordine hereditas deferatur. Nam vel soli filio deferatur si patri supersit nepotem que alienum auo efficiat, vel soli nepoti si filius præmoriatur, quoniam quandiu filius viuus supersit adhuc testatore nec filio nec nepoti hereditas viuientis deferri potest. Rursus cum nepos admittitur filio præmortuo, in primo gradu scriptus intelligitur non in secundo, quia nulli alij ante eum deferri potuit successio, siquidem graduum distinctionem æstimamus ex hereditatis delatione, ut primus gradus ille sit cui primo loco deferatur hereditas, secundus cui secundo loco: hereditas verò non prius deferri potest quàm sit hereditas, hoc est quàm testator defunctus sit, *dict. lege 1. de heredit. vendit.* Quod ab interpretibus nostris non obseruatum fecit ut nepotem Aquilianum passim vocent substitutum quasi secundo gradu institutum, quem tamen neque hinc Scauola, neque alibi quisquam ex Iurisconsultis substitutum vnquam dixit, sed semper institutum. Verùm de hoc latius infra caput proximum. † Hinc autem fit ut si filio coheres datus sit extraneus, nepoti quoque eo casu quo nepos succedere possit, datus intelligatur, propterea quod coheres primo gradu scriptus

fit, nec quicquam eius referat vtrum filius an nepos in eodem gradu concurrat. Ex quo illud etiam infero, filium à posthumi nepotis persona malè, id est post mortem suam exheredatum, non posse dici à toto primo gradu exheredatum. Ergo nec ab extraneo, qui in eodem gradu est. Sic euenit, vt & aui testamentum non aliter valere possit quàm si filius ex parte aliqua institutus sit & filio instituto non ex alia parte institutus queat nepos, quàm ex qua filius institutus fuit. † Filio tamen ex asse instituto nihil verat nepotem ex parte institui, in reliquo autem dari coheredem, quàmuis ex contrario non possit plus ad nepotem quàm ad filium ex institutione peruenire. Obstante nimirum persona coheredis qui non sicut nepoti datus intelligitur cum filio datus est, vt diximus, ita ex contrario nepoti datus, sic habendus est ac si filio datus esset, quia nec sicut nepos subintrat in locum filij præmortui vtpote post eum institutus, ita vicissim filius succedens patri subintrare videri potest in locum nepotis qui non nisi post eum & à natura, & ex testamento, & à lege vocatur. † Dixi filio ex asse instituto, vt alium & superiori contrarium Baldi errorem refellam existimantis in toto isto tractatu De Aquiliana formula ponendum esse datum filio coheredem. Cùm, inquit, solo filio & ex asse instituto frustra prouideas ne posthumi nepotis agnatione testamentum rumpatur quando & nullo nato posthumo perinde futurum sit, vt intestati exitum faciat testator præmortuo filio, & facta institutione quasi caduca. Nam vt rectè iam olim Castrensis disputauit, non id tantum egit Gallus Aquilius, vt prouideret aduersus periculum, quod imminabat ne filio præmortuo rumpetur sola posthumi agnatione testamentum in quo præter filium nemo institutus esset, sed illud potissimum, qua ratione posthumus nepos institui posset, vt eo quoque instituto testamentum non rumpetur, & vt successione testamentaria capax fieret si auus mallet habere eum heredem testamentarium, quàm legitimum. Perinde autem potest nepos hic ex testamento succedere, siue filius ex toto asse siue ex parte fuerit institutus, dummodo ante patrem decesserit. † Sed & alius Goueani error nobis refutandus est, qui ad hunc locum scribit si nepotem simpliciter heredem testator scribat non ex formula Galli, sed hoc modo, *nepos qui post mortem meam nascetur heres esto*, rectè filium exheredari posse. Omnino malè. Quamuis enim simpliciter nepos institutus sit non expresso casu mortis filij, non valet tamen institutio posthumi nepotis nisi in eum ipsum casum, quem idè necesse est posse ex verbis concipi, vt scriptum est in *§. quidam rectè hac lege sup.* Nam cùm posthumus Aquilianus testamenti tempore inspecto sit alienus & ob id induci necesse fuerit, vt ex eo demum tempore institui posset quo fieret suus viuo testatore, nec rursus possit fieri suus nisi mortuo patre, consequens est, vt nullo casu valeat nepotis huius institutio nisi post mortem demum filij primum gradum tenentis & posthumi nepotis suatatem impediens & consequenter, vt filius à nepote exheredatus non nisi post mortem suam exheredatus videatur, tametsi præterea coheres nepoti pure datus sit, vt supra probauimus. Nec simile est quod Goueanus obiicit posse etiam nepotem superstitem exheredato filio institui, *l. qui in aliena. 6. §. in verbum de acquirend. heredis.* † Alia enim ratio est superstitis, alia posthumi nepotis. Superstes nepos omni iure institui potest, saltem tanquam extraneus cùm non suus est patre in gradu precedente. Post-

humus verò nullomodo institui potest, nisi & institutionis & mortis testatoris tempore sit suus, qualis tamen nepos esse non potest viuo filio suo herede. Itaque superstitem nepote instituto filij exhereditatio statim tenet, nec post mortem suam videtur exhereditatus quomodo contingit instituto posthumo. † Quod verò idem Goueanus subiicit filium exheredatum non obstare nepoti quominus nepos simpliciter institui possit, verum quidem est, seu ita demum si exhereditatio teneat: alioqui nec exheredatus videtur, qui non ritè exheredatus est. Atquin exhereditatio non tenet instituto nepote posthumo, vt diximus. Quod si nepos iam testamenti tempore superstes fuit non quidem obstat filius exheredatus institutioni nepotis, sed non quia sit exheredatus, at quia nec si esset institutus obstitaret, cùm superstes nepos eo casu quo suus non est extranei iure censetur & perinde ac extraneus quilibet non solum institui possit, sed etiam patri suo eidemque testatoris filio ex parte instituto coheres dari, non secus ac si ab extraneo factum esset testamentum, *leg. si ego. 26. leg. si ex sua. 36. de acquirend. hereditat.* quod & Cuiacius rectè defendit aduersus Accursium in *di. §. quidam rectè.* Sed quod addit Goueanus rationis loto, *cùm exhereditatione suus esse desinat*, prorsus falsum est, vt iam in superioribus sæpius monuimus, & dicemus latius *infr. cap. ultim.* † Eorum quoque opinionem refellere operæ precium est, qui vsque adèd præm filij & nepotis rationem constituunt, vt quemadmodum nepote instituto filium quoque ex aliqua parte institui necesse est, ita necessariam putent nepotis institutionem filio instituto. Quidni enim nepotem etiam posthumum exheredare liceat? veteri saltem iure inspecto, *leg. 3. de iust. rupt. leg. si posthumus hoc tit.* Nempe si filio coheres datus sit, qui testamentum sustineat, vt aditione hereditatis confirmetur exhereditatio. Alioqui fateor filio præmortuo, & nullo coherede dato exhereditationem nepotis valere non posse, nemine ex testamento aduente. † In eo itaque dispar filij & nepotis conditio est, quod filij exhereditatio nec eò magis valet, quod nepoti instituto coheres datus sit, vt iam probauimus. An autem filio instituto & nepote exheredato sufficere datum fuisse filio substitutum? Ita plerique existimant, quod non minus à substituto quàm à coherede testamentum sustineatur, sed in proposito non ita est, quia cùm exhereditationem posthumi nepotis in eum ipsum casum fieri necesse sit in quem fieri posset institutio, hoc est sub ea demum conditione, Si filius viuo auo morietur, & substitutus ille sit cui secundo loco deferatur hereditas apparet filium hunc cui ante testatorem morienti nec delata sit nec deferri vti quam potuerit in eum casum patris successio, substitutum verè ac propriè habere non posse, sed eum qui post ipsius mortem scriptus sit nepote exheredato perinde institutum dicendum esse atque institutus diceretur nepos ipse si non esset exheredatus. Adèd, vt si sub nomine substituti scriptus sit non magis possit in institutum euadere filio antè testatorem mortuo, quam euaderet nepos ipse si esset institutus. De quo sequenti capite differemus. Planè non nego posse testatorem ita scribere, *filius meus heres esto, si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi post mortem meam nascetur nepos exheres esto. Tertius heres esto.* Sed eo casu Tertius institutus dicendus erit, non substitutus. Nec sanè perpetuo verum est, sustineri testamentum à substituto

vt in eleganti illa & perdifficili specie *l. prox. in princip. supra hoc tit.* de cuius sententia & emendatione scripsimus libro 3. cap. 15. † Planè si nepoti datus substitutus proponatur, nemo dixerit idèd validiore fore filij exhereditationem, quia cùm non nisi nepote repudiante aut mortuo adire possit, is qui nepoti substitutus fuit, semper verum est filij viuientis exhereditationem non tenere, eumque quandiu vixit, nec institutum fuisse nec exheredatum, ergo præteritum *di. l. filius proxim. precedent. hoc titulo.*

† Cæterū illud quoque obseruandū est, quod Scæuola sic scribit, *vt filius duntaxat qui est in potestate.* An ad exclusionem emancipati, vt quidam putant? Minimè, neque enim de emancipato hic tractari aut dubitari poterat, non solum quod certum esset emancipatorum institutionem non esse iure civili necessariam, cùm eo iure sint prorsus incogniti & pro extraneis habeantur, sed etiam quia posthumus nepos ex filio emancipato alienus posthumus est, non suus *§. posthumo quoque, Instit. de leg. ac proinde talis qui Galli temporibus & antiquo iure civili institui non potuit.* Verius igitur est quod alij volunt dictionem hanc, *duntaxat*, additam ad exclusionem filij ab hostibus capti qui licet filius sit non est tamen in patris potestate quandiu apud hostes & eorum seruus est, ob idque & impune præteriri potest *l. pen. infr. hoc tit.* quasi pro iam mortuo habendus *leg. quod attinet. 32. de reg. iur.* quamuis si ab hostibus redeat, detur ei postliminium, & consequenter iniustum faciat testamentum ac si semper in ciuitate mansisset *l. si quis filio. 6. §. sed si pater. de iust. rupto.*

† Item ad differentiā nepotis & aliorum deinceps descendendum, quos constat nec institui nec exheredari debere, sed præteriri posse quandiu parens eos præcedit siue pater ille sit siue auus, & sufficere vt eorum parentes qui primum gradum tenent in familia instituantur, itemque liberi eorum, id est pronepos ex præterito nepote, aut abnepos ex præterito pronepote ad hoc ne testamentum vel præteritione sui heredis iam nati iniustum sit vel agnatione posthumi heredis rumpatur. Sed hoc ita demum si præteritus nepos ante filium moriatur, aut præteritus pronepos ante nepotem: alioqui præteritus nepos aut pronepos rumpet succedendo, nec prohibebitur per legem Velleam rumpere, qui nec fuit institutus nec exheredatus *§. idem credendum in fin. sup. hac leg.* Nam quod Vlpian. in *fragm. tit. 22. qui hered. inst. poss.* & Iustinianus tam in *Instit. tit. de exhered. lib. §. 2. quam in l. maximum vitium. 4. C. de lib. præter.* scribunt potuisse olim nepotes & cæteros deinceps per vitilem sexum descendentes præter filium primi gradus impune præteriri exemplo filiarum, sed ita tamen vt scriptis heredibus accrescerent, tuis quidem in vitilem, extraneis verò in dimidiam, ad eos tantum nepotes pertinet qui iam testamenti tempore præmortuo filio primum locum tenebant in causa succedendi, vt diximus sup. *l. si qua poena. 7. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Imò dici potest plus iuris habere nepotem qui post testamentum succedit in locum filij, aut instituti aut exheredati quàm eum qui ante testamentum successit in locum filij instituenti aut exheredandi. Ille enim cum iam tum haberet iura sui heredis, non alia ratione præteritus videri potuit quam quia testator noluit. Hic verò idèd potius quod ei patris persona siue instituti siue exheredati noceret. Facit *l. 1. §. si pater in potestate cum seqq.*

*D. de coniung. cum emancip. liber. eius l. illud. 4. §. si quis filium l. 6. de contr. tab. §. (Caue. nam Iust. in l. si quis filium. 34. Codic. de inoff. testam. scribit nepoti ex filio exheredato, nullam olim viam ad successionem aui esse potuisse. Itaque cogita an dici possit ius hoc accrescendi competiisse nepotibus ex filio præmortuo tantum di. l. 1. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. lib. eius. Ideoque instituendos fuisse huiusmodi nepotes vel exheredandos ne testamentum euerterent l. 4. Cod. de libe. præter. Facit quòd nullo iuris loco scriptum memini præterito nepote ex filio præmortuo testamentum esse inutile, sed rumpi duntaxat, vt & in l. 9. §. 2. vers. diner sum. hoc tit. Caius tamen in §. posthumorum. de exhib. liber. negat filiam natam & præteritam rumpere testamentum licet habeat ius accrescendi, vt sicuti liberorum ita & suorum heredum plures sint gradus: ij tamen magis propriè sui dicantur, qui primum suatatis gradum tenent. Quod significare videtur Iust. in §. cæteri. Inst. de her. qual. & diff. vbi ait extraneos heredes dici eos demum qui non sunt in testatoris potestate, cùm tamen quisquis non est extraneus eum necesse sit aut suum esse & necessarium, aut necessarium duntaxat. Quod verò Scæuola scribit, *quorum si liberi heredes instituantur institutionem nunquam exigemus*, pessimè sic vulgò accipiunt, in instituto filio aut nepote qui præcedit, non sit necesse institui nepotem aut pronepote. Nam etsi non est necesse ad hoc vt testamentum valeat, est tamen necesse ad hoc ne posthumi nepotis agnatione rumpatur. Rectior igitur est secunda Accursij interpretatio, vt de liberis nepotis aut pronepote præteriti Scæuola senserit, cuiusque sententiā sit, Instituto filio primi gradus & pronepote posthumo posse præteriri nepotem qui viuo filio decesserit, nec verendum esse, vt eius præteritione aut iniustum aut ruptum fiat testamentum. Idemque dicendum si instituto filio & abnepote posthumo præteriti sint nepos & pronepos, idemque viuo testatoris filio mortui. In quo sanè deterior conditio est nepotis quàm filij. Neque enim sufficit filij liberis, id est nepotes esse institutos vt filius ipse præteriri possit, nempe quia primum gradum tenet in familia, non etiam nepos quem testamenti tempore pater præcedit. Atqui si filius præmoreretur nepotes in eius locum succedentes si præteriti essent rumpere succedendo. Fateor, & idèd nimirum, vt in omnem casum securè testetur auus non minus nepotem iam natum quàm filium & pronepote posthumum instituere debet vel exheredare. Sed eum casum hic tractat Scæuola quo nepos, ante filium aut pronepos ante nepotem decesserit, ac proinde quo neuter succedendo rumpere poterit. Vt appareat in eo differre nepotem aut pronepote à filio, quòd filius præteritus semper facit iniustum testamentum quàmuis viuo testatore decesserit *d. l. si filius. 7. supra hoc tit.* Et verò modus ille rumpendi per successionem pertinet ad tractatum legis Velleæ, non Aquilianæ formulæ de qua sola in hoc §. agit Scæuola, mox de lege Vellea dicturus. An verò hac parte alia erit ratio posthumorum nepotum alia superstitum? Ita Goueanus existimat quòd posthumorum præteritio testamentum vitiet quasi obliuione prætermisisti videantur. Sed non ita est. Nam in eo casu quem tractamus, hoc est filio patri superstitem instituto non minus impune præteriri potest nepos posthumus atque is qui iam testamenti tempore superstes fuit. Imò nec si auus vellet instituere illum posset aut exheredare, quia alienus est posthumus. Sanè filio ex-*

hereditate fuit olim melior causa nepotum posthumorum quam superstitum. Hi enim, ut diximus, prateriti potuerunt saluo iure accrescendi scriptis hereditibus. (Cane propter l. 34. C. de inoff. test. de qua scripsi marg. pag. præc.) Illi vero vel exheredandi nominati fuerunt, vel si inter ceteros exheredabantur legari ius necesse erat ne obliuione prateriti viderentur, teste Vlp. in d. tit. 22. §. nepotes & pronepotes. Idque nimirum est quod fefellit Goueanum, qui & in eo errat quod scribit, si pronepoti datus esset coheres, certam portionem nepoti praterito olim accreuisse. Nepoti enim ante filium defuncto de quo agimus nulla portio potuit accrescere, ac multo minus si ante testatorem decessisset. Nepoti autem superstiti ex filio præmortuo si prateritus esset non accrescendi ius dabatur siue suus heres alius, siue extraneus in totum aut ex parte scriptus esset, sed ius dandi nullum testamentum, utpote cum primum in familia gradum tenere, & filij loco esse cœpisset, quemadmodum supra docuimus. Nam et si posthumus nepos esset nascendo rumpet l. si quis posthumus. §. si filium. hoc tit.

CAPUT XI.

Cur ad institutionem Aquiliani nepotis non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis.

SUMMARIUM.

1. Vulgarem substitutionem à lege duodecim Tabularum originem trahere.
2. Ratio dubitandi in proposito quaestione.
3. Cur non pro utiliter institutio haberi potuerit posthumus nepos, qui vulgariter substitutus fuisse? ubi tres à Goueano allatae rationes examinantur.
4. Rationem à Cuiacio redditam proposita dubitationi non satisfacere.
5. An ex aliorum sententia vulgaris substitutio in persona posthumi nepotis ob regulam Catonianam insufficientis fuerit?
6. Cur necesse fuerit Aquilianam formulam introducere, per quam ex die & conditione nepos posthumi institueretur?
7. Refellitur alia ratio à nonnullis allata.
8. Vera ratio redditur, cur omnia vulgaris substitutione nouam formulam Aquilianam inducere voluerit.
9. Respondetur obiectioni contra hanc rationem allatam.
10. Quid per Aquilianam formulam cautum fuerit, quod vulgaris substitutione cauere non potuit?
11. Bartoli error existimantis nepotem Aquilianam vulgariter substitutum esse, eiusque erroris causa.
12. Posthumi nepotis institutionem, licet secunda sit, non ideo substitutionem dici posse.
13. Non ideo nepotem in l. cum in testamento, de here. inst. substitutum dici, quod duo heredum gradus esse dicantur.
14. Casus quo nepos & pronepos Aquilianus simul admittuntur.

Apparet ex superioribus non fuisse sufficientem formulam vulgaris substitutionis ad posthumi nepotis institutionem. Nam si sufficiens fuisset, quid erat necesse Gallum Aquilianum tantopere laborare in excogitanda & concipienda formula per quam nepos ille institui posset? Si quidem constat vulgarem substitutionem iam inde à primis post legem duodecim tabularum temporibus & longè ante Gallum Aquilianum in vtu fuisse, & in omnium ferè

testamentis frequentissimè solitam usurpari, ob idque vulgarem dictam quod & omnibus & ab omnibus fieri & posset & soleret. Cumque nihil interfit inter vulgarem substitutum & secundum heredem, dubitandum non est quin lex duodecim tabularum quæ heredis instituendi potestatem dedit patrifamilias, de secundis hereditibus eque ac de primis senserit, indeque vulgaris substitutionis introductio emanauerit l. Cicero. 39. D. de pen. l. verbis legis. 120. de ver. sig. §. Dubitandi autem causa ex eo nascitur quod casus ille qui Galli Aquilij formula expressus est, si filius meus me vivo morietur, tacitè instituitur conditioni vulgaris substitutionis, si filius meus heres non erit, cum patris heres esse nequeat filius qui viuo patre morietur. Quid igitur refert vtro modo institutus sit an substitutus? Præsertim cum nec fieri possit ut nepos auctoris heres existat nisi decedente filio viuo auctore, vel quod hac parte idem est deportato filio aut emancipato aut ab hostibus capto nec reuerso. Proinde quod ad posthumi nepotis personam attinet, non solum casus Aquilianæ formulæ in vulgari substitutione comprehenditur, sed & eadem prolixius vis & potestas esse videtur Aquilianæ institutionis & vulgaris substitutionis. Quam ob causam non solum veteres ferè omnes interpretes post Accut. & Bart. ad l. Gallus. §. quidam rectè, in ea fuerunt sententia ut dicerent potuisse ante Aquilianam vulgarem substitutionem sufficere, sed etiam quod magis mirandum sit, nonnulli ex recentioribus inter quos Ant. Goueanus in prioribus suis ad hanc legem Commentariis, cum rationem nondum competisset, quam postea sibi visus est cœperisse, cur non posset sufficere. Auger dubitationem quod si quis dicat Aquilianam de instituendo tantum, non etiam de substituendo nepote tractasse, propterea quod verendum non erat ne rumpetur testamentum aut posthumo nepote non substituto, sed ne rumpetur eo non instituto si suum nasci contingeret, in proprio contradicatio est substitutum vulgarem euadere in institutum & substitutionem vulgarem reuocari ad intellectum institutionis quoties prior institutus cui substitutus datus est, viuo testatore moritur l. cum ex filio. 39. §. ult. de vulg. & pupill. subst. aut alia ratione impeditur ne ex testamento heres esse possit, ut in specie l. si quis. 57. de hered. inst. §. Cur non ergo pro utiliter institutio haberi potuit posthumus nepos qui vulgariter substitutus fuisset? Rationem ex veteribus nemo quaesit. Ex recentioribus, perpauci, nemo tamen inuenit. Idem Goueanus in posteriore commentario triplicem adfert, sed ita vt ineptam potius quam minus sufficientem fuisse probet vulgarem substitutionem. Prima illa est, quod ipsa personarum qualitas substitutionis conditionem contineret, quæ planè nil ad rem pertinet. Nam & perinde dici potest eandem personarum qualitatem continere conditionem Aquilianæ formulæ, cum, ut diximus, non possit nepos posthumus heres esse auctore, nisi mortuo patre, aut emancipato, aut deportato, aut denique capto ab hostibus. Secunda ratio est, quia filio abstinate nihil magis admittetur substitutus, qui tamen casus facit locum extraneo substituto. Equè vana & extra rem. Nam nec Galli formula induxit vt isto casu nepos admittatur. Querimus autem, Cur in eum saltem casum quo ex Galli formula nepos admittitur, & qui vi ipsa comprehenditur in vulgari substitutione, fuerit vulgaris substitutus non solum inepta, sed etiam insufficientis, ita vt ad nepotis institutionem excogitari oportuerit nouam & peculiarem formulam.

iam. Addit, quæ tertia ratio est, quia emancipato post testamentum filio nepos quasi prateritus agnoscendo rumpet qui aliter admitti non posset quam si filius heres non esset, cum mutatione personæ non videtur institutio. §. ult. dicit leg. Gallus. l. filio 23. §. ult. eod. l. si quis heres. 18. de inoff. test. Paulò, vt videtur, subtilius, sed non omnino accomodatè. Nam si ratio hæc genuina esset ac vera, debuerat Gallus in sua formula casum emancipationis aut solum aut saltem primo loco & principaliter exprimere, non casum mortis, cuius tamen solus meminit, vt ex eo appareat nec cogitasse quidem de casu emancipationis. Quauis per prudentum interpretationem & ex eiusdem Galli verisimili sententia inductum sit vt quemadmodum institui potest nepos sub ea conditione, si filius meus viuo me morietur, ita & possit sub illa, si filius meus me emancipabitur. Vt pluribus explicauimus ad §. & quid si tantum, iunctis iis qui dicimus ad §. vltim. d. l. Gallus. in §. Ceterum si auctoris in posthumi nepotis institutione casum solum mortis filij expresserit secutus verba Aquilianæ formulæ non magis faciet Aquilianam formulam utilem institutionem nepotis, quam si is filio esset substitutus sub ea conditione, si filius heres non esset, quia sicuti emancipatio filij non facit quominus heres ille sit, ita nec facere potest vt vocetur ex testamento nepos qui fuerat institutus in eum dumtaxat casum quo filius meus moreretur. Alia igitur ratio querenda est, cur minus apta & sufficiens visa sit vulgaris substitutio ad posthumi nepotis institutionem, quam Aquilij formula in solum casum mortis filij concepta. † Iacobus Cuiacius tract. 2. ad African. in explicatione leg. si mater. 33. §. 1. de vulg. & pupill. subst. eandem proponens quaestionem, cur satis non habuerit Gallus nepotem posthumum filio vulgariter substituere: rationem illam reddit quod in casum vulgaris substitutionis quo scilicet priori filio deferretur hæreditas nullus substituti testamenti metus, (quia per delationem filio factam perinde confirmatur testamentum atque in extraneis confirmatur per aditionem) in eum verò casum quo metus subest cauere, non possit nisi institutione nepotis. Verum quamuis ita esse fatear, nondum tamen proposita dubitationi satisfactum est. Id enim dumtaxat ratio hæc concludit, Nepotem posthumum vulgariter substitui necesse non fuisse cum in casum delatæ filio hereditatis, qui vulgaris substitutionis casus est non possit rumpere. Institui autem necessarium debuisse ne rumpetur eo casu quo ipsi primum & antè omnes deferretur hæreditas. Denique non posse admitti tanquam substitutum. Nos autem de illo quaerimus, Cur cum vulgariter substitutus est non admittatur tanquam institutus præmortuo filio, quandoquidem facta institutione in causa caduci regularè est vt euadat substitutus in institutum dicit leg. cum ex filio. §. vltim. de vulg. subst. Quomodo enim rumpet quasi prateritus qui moriente auctore post filium reperiret se in primo gradu substitutum. † Sunt qui putent non potuisse valere substitutionem vulgarem in persona posthumi nepotis propter regulam Catonianam, quia si testamenti tempore auctoris decederet, ea nepotis substitutio viuo filio facta non valeret. leg. 1. de regul. Caton. Quæ ratio ab aliis idèd reprehenditur, quod regula Catoniana ad conditionales institutiones non pertineat leg. penultim. eod. substitutio autem quælibet, conditionalis sit institutio. Mihi verò nec ratio placet nec reprehensio. Non reprehensio, quia quod ad regulam Catonianam spectat, nihil differt pura

institutio à conditionali, vt docebimus infr. Non ratio ipsa quia verum est, quod generaliter Papin. scribit in l. 3. d. tit. Catonianam regulam non pertinere ad hereditates. Illud sanè verum est ex antiqui iuris regula institutionem siue puram, siue conditionalem quæ ab initio non valuit ex post facto non conualescere l. penult. de regul. iur. antiq. Sed ea regula non magis impedit, ne posthumus nepos vulgariter substitui possit, quam ne possit institui. Cum nec valeret ipsius institutio, si auctoris eo tempore quo filium instituit moreretur. Alienus enim posthumus contra iuris ciuili regulas videretur institutus. † Et ob id nimirum necesse fuit excogitare formulam per quam ex die & conditione institueretur, vt cum non prius institutus dici posset quam dies & conditio euenisset (vtraque in id tempus collata quo suus nasceretur) nihil prohiberet quominus ab initio institutio tanquam sui posthumi consisteret. Id verò Gallus assecutus est inserta formulæ particula tunc, quæ institutioni nepotis principium daret, & conditionem quandocumque euenientem posthumi nascendo suo, impediret retrahere ad tempus testamenti quo alienus fuisset, quemadmodum latius à nobis supra tractatum est. Atqui poterat eadem particula tunc, inseri quoque vulgari substitutioni, eratque longè facilius inducere, vt vulgaris substitutio sic conciperetur, si filius meus heres non erit tunc qui mihi nasceretur ex eo nepos heres esto, quam formulam integram procedere, quæ minus generalis esset, ac in casum vnum mortis filij concepta. Illa igitur semper manet dubitatio, cur noua formula potius quam vulgaris substitutione in eam rem vt Aquilianus voluerit. † Scio alios etiam esse qui putent idcirco necessariam fuisse Galli formulam, quod cum aliter nepos institui non posset quam in casum mortis filij, hic tamen casus in vulgari substitutione non exprimitur. Sed ratio hæc non tantum aliena, verum etiam falsa est, casus enim mortis filij adeoque viuo etiam testatore licet in vulgari substitutione specialiter non exprimitur, perinde tamen atque si expressus esset vi ipsa comprehenditur sub verbis illis generalibus, si heres non erit, nec tantum casus mortis, sed & deportationis, emancipationis, captiuitatis, & generaliter ceteri omnes quibus contingat filium heredem non esse siue quia noluerit, siue quia non potuerit, & siue viuo siue mortuo testatore posse defierit. Qua ratione si aliud nihil obstaret, defendi posset longè aptiorem fuisse formulam vulgaris substitutionis ad omnes casus comprehendendos, quam Aquilianam, quæ si à testatore usurpetur solo mortis casu expresso manca est, nisi ex legis Vellei sententia suppleatur d. §. & quid si tantum. Deinde falsum est posthumum nepotem non nisi in casum mortis filij institui posse. Potest enim, vt dixi, institui in casum etiam deportationis & captiuitatis, adeoque emancipationis filij, quæ cum institutionem filij non faciat irritam morti similis hæc parte videri non potest. Et si verò mortis dumtaxat casu Gallus expressit equè tamen ad eius formulam ceteri etiã casus pertinent non vt villo modo pro expressis habeantur solo mortis casu expresso, sed vt perinde ac casus ipse mortis exprimi possint. † Vera itaq. & vnica tã obscuri iuris ratio hæc est, quod cum posthumus hic nec testamenti tempore inspecto verè sit alienus, ac proinde talis qui tunc nec institui potuerit, nec consequenter substitui (omnis namque substitutio secunda institutio est, vt Caius diffinit in Instit.) necesse fuerit ipsius institutionem ex die & ex conditione concipi, vt ex

so tantum tempore suis posthumus esse inciperet, quo scriptus intelligitur. Adiecta nimirum particula tunc vt supra dixi. Ac si vulgaris substitutionis formulam sic conciperes, *Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos heres esto, tantum abesset vt posthumus hic alienus ex eo demum tempore videretur institutus quo posthumus suus esse inciperet. Vt ex contrario dici potius posset collatum institutionis initium in id tempus quo adhuc alienus esset. Illa enim verba, si filius meus heres non erit, ex sui natura casum delata filio hereditatis demonstrant, qui proprie vulgaris substitutionis casus est, (cum ante delatam hereditatem nemo heres esse possit, priuatio autem vt vulgo dici solet præsupponat habitum) & conditionem exprimit quæ defuncto tantum testatore potest existere ac proinde ex cuius euentu non possit institutio initium capere, si quidem iam mortuus heredem instituere tunc non potest. Nisi dicas retrahere ad tempus testamenti sublato vitio temporis, quo casu æquæ eueniet vt alienus posthumus substitutus videatur, cum testamenti tempore suus esse non possit quem tunc pater præcedit. At posthumus alienus sicut institui iure antiquo non potuit ita neque substitui, quia substitutio quælibet institutio est, secunda quidem, sed tamen vera institutio. † Nec obstat quod institutio ante testatorem mortuo, cui proinde nunquam delata sit hereditas, vulgaris tamen substitutus ex substitutione admittitur. Nam imò vero tanquam institutus admittitur non tanquam substitutus, euaditque in institutum, quia ei primo non secundo loco defertur hereditas, & ob id cum cæteris institutis in deficiente coheredis portione concurrat ac si esset institutus d. §. vlt. l. cum ex filio. 39. de vulg. Atqui si nepos ex eo tempore instituitur, quo iam delata sit hereditas filio non solum instituitur in eum casum quo periculum amplius nullum sit ne testamentum rumpatur, vt ait Cuiacius, sed in illum etiam quo alienus erit posthumus: fieri enim non potest, vt non sit alienus qui à patre anteueritur in causa successionis. Cui consequens est, vt non possit valere substitutio ex eo tempore facta, quia nec institutio valeret, iamque ab initio perinde nulla esset & inutilis, atque ex contrario validam & vtilem esse dicimus eam quam Gallus induxit fieri ex eo tempore quo posthumus fit suus: atque ita succederet supradicta iuris antiqui regula, quæ institutionem ab initio inuvalidam postea conualescere non patitur. Ne quidem in eum casum quo posthumus hic suus reperitur præmortuo filio, quia in alium nominatim casum substitutus fuit quo substitui non potuit, id est quo esset alienus cum ex diuerso ne purè quidem institui potuisset, at in eum nominatim casum institui debuisset quo ex alieno suus fieret. Et verò absurdissimum sit substitutionem vulgarem, quæ in suo casu, id est, tanquam substitutio valere nunquam potuerit, euadere in institutionem. Prius namque est, vt substitutio aliqua sit & subsistat, quam vt euadat in institutionem. Alioqui sicut ex nihilo nihil fit, ita ex nulla substitutione (nulla autem est, quæ substitutionis iure valere nunquam potest) nemo dixerit confici posse vtilem institutionem arg. l. Stichus. 39. D. de manum. testam. in postremis illis verbis, quia nullum casum vtilem habet l. pater filio. 54. D. de here. inst. † Denique, vt valeret posthumus nepotis institutio non solum cauendum fuit, ne in eum nominatim casum conferretur quo alienus posthumus maneret, sed etiam providendum vt iis verbis conciperetur, quæ omnè*

omnino delata filio hereditatis casum, posthumus que alieni personam omnimodo excluderet, vt nullo profus casu nulloque tempore alienus posthumus institutus videri posset. Quod ipsum non per vulgarem substitutionem fieri potuit (quæ licet contingente casu non delata hereditatis instituto præmorienti reuocetur ad intellectum institutionis, iure tamen substitutionis non nisi casum delata hereditatis complectitur) sed ita demum si & in eum nominatim casum & ex eo nominatim tempore nepos institueretur, quo posthumus suus esse inciperet, hoc est, non sub ea tantum conditione, sed ex ea conditione, si filius vivo auo moreretur, aut deportaretur, aut emanciparetur, aut ab hostibus caperetur. Quid autem interfit an sub conditione, an ex conditione institutio fiat, & cur hic locum non habeat, quod dici solet institutionem à pagano ex conditione non magis quam ex die fieri posse tam latè explicauimus supra vt repetere nil sit necesse. † Ex his verò intelligimus, quam graueret Bartolus existimás nepotem hunc Aquilianum vulgariter substitutum esse, & ipsius institutionem ex Galli formula nihil aliud esse quam vulgarem substitutionem. Fellit Bartolum & eius sequaces quod nepotis institutio semper secunda sit, cum necesse sit præcedere institutionem filij primi gradus d. l. Gallus. §. in omnibus, secunda autem institutio substitutio sit. Item quod scriptum est in l. cum in testamento. 37. de her. inst. filio instituto itémque nepote ex consilio Galli duos esse heredum gradus, quasi fieri nequeat vt duo sint gradus quin is qui in secundo gradu est substitutus dici debeat. † Sed iam proximo capite superiore monuimus, instituendum quidem filium primi gradus, deinde nepotem, at nepotis institutionem licet secunda sit non ideò substitutionem dici posse, ne quidem si verba sola institutionis cõsideres (in quo lapsus est Cuiacius ad principium l. Gallus) propterea quod fiat in eum nominatim casum quo nepoti deferatur primo loco hereditas, ipso scilicet filio præmortuo, aut aliter suitatis iure excluso. Substitutio autem, e contrario in eum casum fieri debeat, quo non nisi secundo loco deferatur hereditas substituto. † Nec quod duo heredum gradus esse dicantur in d. l. cum in testamento, idcirco nepotem substitutum esse dicendum est. Duos siquidè gradus esse Iulianus scripsit non alia ratione quam quia simul admitti non possint ad aui hereditatem, licet ambo sint primo gradu instituti si gradus metiaris ex sola hereditatis delatione. Tantum enim abest, vt vtrique simul hereditas testatoris deferri possit, vt nec alteri post alterum deferatur. Nam si filius patri superstes sit ei soli defertur, non itè nepoti qui eo casu alienus posthumus reperitur. Quod si filius præmortuus est nepoti soli defertur, quia nec filio deferri vnquam potuit. In quo obseruari potest, tantò minus nepotem hunc substitutum dici posse, cum in vulgari substitutione regulare sit vt vtrique tam in instituto quam substituto successiuè tamen hereditas deferatur. Eaque potissimum dubitandi ratio erat apud Iulianum in dict. l. cum in testamento, nam substitutus nepoti eo mortuo postulabat admitti simul cum patre. Quasi nepos vnà cum patre institutus esset, quo nullo colore petere potuisset, nepote non instituto, sed substituto. Idem apud Africanum tractari potest in l. si mater. 33. §. 1. de vulg. & pupil. subst. † Sed & ex contrario euenit eo casu vt nepos & pronepos Aquilianus simul admittantur, puta si nepos emancipatus sit, & testator superuixerit. Cum enim non fiat ir-

rità institutio per emancipationem, & tamen pronepos qui post emancipationem nascitur suus heres sit aui, fatendum est vtrumque hoc casu in aui hereditate concurrere, quod non similiter euenire posset si pronepos substitutus esset. Nunquam enim substitutus cum instituto concurrat. De quo dicemus futurus infr. ad §. vlt. d. l. Gallus. Nec est quod quis pro Bartoli sententia proferat, quod Scæuola scribit in §. quidam rectè. d. l. Gallus, etiam si testator nihil exprimat de morte filij, sed nepotem simpliciter instituat nihilominus valere nepotis institutionem eo casu qui ex verbis concipi possit. Alia enim longè que diuersa illius loci sententia est, de qua breuiter proximo capite differemus.

CAPVT XII.

Ad §. quidam rectè. l. Gallus.

SUMMARI A.

- 1 Posthumum nepotem Aquilianum iure antiquo institui potuisse, institutionis autem formam ante Aquilianum ignoratam fuisse.
- 2 Posthumi Aquiliani institutionem etiam simpliciter & casu mortis filij non expresso factam, post introductam Galli Aquilij formulam valere.
- 3 Non qualibet verba instituendo posthumo nepoti idonea esse, sed ea tantum quibus concipi possit casus Aquiliana formula expressus.
- 4 Quibus circumstantijs ille casus contineatur?
- 5 Eum demum nepotem posthumum instituendum qui post mortem aui testatoris suus natus erit.
- 6 Necesse non esse in Aquiliani nepotis institutione filij mortem exprimi.
- 7 Exemplum institutionis nepotis simpliciter conceptæ, ab Accursio allatum improbat.
- 8 Quid in formula Aquiliana operentur verba illa, post mortem meam.
- 9 Alterum exemplum ab Accursio allatum à Scæuola sententia alienum esse.
- 10 Eatenus admitti à Scæuola posthumi nepotis institutionem, quatenus ex verbis, posthumum suum, non alienum, institutum fuisse, concipi possit.
- 11 Cur non minus postquam ante repertam Aquilianam formulam vtilis sit in posthumo nepote vulgaris substitutio.
- 12 Bartoli & aliorum distinctio inter substitutionem qua fit in hereditate, & eam que fit in suitate.
- 13 Non amplius necessariam esse Aquilij formulam, postquam ex Iustiniani constitutione posthumus alienus perinde ac suus institui potest.
- 14 Nepotem nasciturum etiam non expresso casu mortis filij, cum filio posse institui, & vtrumque simul vocatum intelligi.
- 15 Aliquando tamen nepotis partem patri acquiri, aliquando verò ipsi nepoti.
- 16 Testatore præcipiente fundum in familia relinqui, non omnes qui sunt in familia dinerforum graduum, simul, sed successiuè ad eum fundum vocatos videri.
- 17 Institutum heredem non ab alio quam à seipso hereditatem capere.
- 18 Casus quo institutus dicitur qui non nisi post alium admittitur.

Docuimus in superioribus posthumum nepotem Aquilianum quoniam verè suus est non alienus iure civili & ante Gallum Aquilianum institui

potuisse, ideoque in §. si eius hac leg. sic loqui Scæuolam, vt dicat ex iure antiquo succedere nepotem qui ex institutione concepta per Aquilianam formulam succedit. Et ad ius antiquum aptandos esse casus illos, qui ad Galli formulam pertinent. Neque enim ius nouum fecit Aquilius, quia nec facere potuit. Sed tamen quia profus ignorabatur qua ratione posset hic nepos institui cum testamenti tempore esset alienus & institutionem sic concipi oporteret, vt ab initio consisteret, perinde fuit necessaria Galli formula atque si nepos institui antea non potuisset. Quid enim intererat vtrum institui nullo modo posset, an posset quidem, sed tamen quomodo nec sciretur? Eoque pertinet quod huius legis initio Scæuola præfatur Gallum induxisse non vt nepos institui posset, sed vt sic institui posset, si filius meus me vivo moreretur, tunc qui mihi post mortem meam ex eo in decem mensibus, proximis quibus filius meus moreretur natus erit, heres est. † Postea verò quam subtilitate potius quam auctoritate, quæ tamen maximà & præcipua fuit, inuenta ratio est instituendi nepotis, cœperunt Iureconsulti sequentes inducere vti valeret institutio quæ simpliciter facta esset etiam casu mortis filij non expresso, dummodò casus vtilis ex verbis concipi posset, nec testator adeò Galli formulam obstrictus videretur, vt eius verba præcisè sequi necesse haberet. Nam cum iam sciatur non solum institui posse nepotem hunc posthumum, sed etiam qua ratione & quibus verbis & in quem casum possit institui credendus est testator qui simpliciter instituit, in eum casum instituisse quo potuit, non in eum quo non potuit. Quod non similiter dici poterat cum ignorabatur quænam in eam rem formula sufficiens & idonea videri posset. Ita fit vt quæ olim & ante Gallum incepta fuisset, eadem profus nullo addito vel detracto aptissima iudicaretur, idque est quod Scæuola hoc loco monet, non ita reprehendens Aquilianum de superfluitate, vt vulgo aiunt (neque enim potuit Aquilius vel aliis paucioribus verbis formulam concipere) sed potius Aquilij factum laudans cuius subtilitate factum sit tam certum & exploratam institui posse nepotem posthumum, vt vel simplex institutio sufficere hodie possit, cum olim nulla satis exacta & idonea ad hoc formula sufficere crederetur. † In quo tamen cauendum est ne cum Accursio, Bartolo, & cæteris antiquioribus interpretibus decepti existimemus tam generaliter & indistinctè loqui Scæuolam, vt quamlibet nepotis institutionem sufficere putauerit: nam quod ille subiicit, ut in eum casum valeat qui ex verbis concipi possit, ostendit satis non quamlibet verba instituendo posthumo nepoti esse idonea, sed ea demum ex quibus comode possit concipi casus ille qui Aquiliana formula pluribus & difertis verbis expressus est. † Ille autem casus duobus potissimum circumstantijs continetur, quatuor primæ & potissima illa est, vt ne alienus posthumus institutus videatur. Altera ne is quoque qui vivo testatore nascetur. Constat enim Galli temporibus & ante leg. Velleiani, nullo iure institui potuisse posthumum qui vivo testatore nasceretur, §. ille casus. infr. hac leg. sicut ne eum qui alienus posthumus esset, quamuis postea ad beneficium bonorum possessionis secundum tabulas admittus sit à prætoribus iuris asperitatem temperantibus. † Itaque institutionem sic incipi necessariò oportet, vt casus mortis testatoris exprimat & is demum nepos instituat, qui post aui mortem natus erit, & qui non patri suo, sed aui natus erit, vt suus duntaxat non etiam alienus posthu-

mus natus intelligatur. Ob idque Scæuola ita scribens, *etiamsi non exprimat de morte filij*, non addit, quod interpretes de suo suppleant, nec de morte aui, ut doceat illa tantum verba, *si filius meus me viuo morietur*, non etiam quæ sequuntur in formula posse de nepotis institutione detrahi. Et in *§. quid si qui filium*, *vers. melius ergo est infr. hac leg. vbi docetur quibus verbis*, quam breuissimè & generaliter instituti nepos possit (siue eum vericulum Scæuolæ cum interpretibus, siue Triboniano mecum adscribere velis) illud tamen omnino requiritur, vt auus instituat nepotem qui sibi post mortem suus nascetur, aut etiam generaliter, *quicquid sibi liberorum natum erit post mortem*. † Denique verba illa, *post mortem*, quæ ipsius aui testatoris non filij mortem demonstrant semper aditici necesse est, quamuis de filij morte exprimi nil necesse sit, propterea quod casus ille, *si filius meus me viuo morietur*, satis concipi possit ex illis sequentibus, *qui mihi post mortem nascetur*. Neque enim potest mihi suus nasci nepos, nisi qui mortuo iam filio meo nascetur: mortuo inquam, ante me, alioqui patri suo non mihi suus nasceretur. † Proinde non est accommodatum exemplum illud quod Accursius profert institutionis sic conceptæ *instuuo filium & nepotem ex eo*, vel sic *filium instuuo & nepotem substituo*, quando quidem in his verbis nihil est ex quo possit concipi eum demum posthumum institutum, qui & post aui mortem & suus heres auo nasceretur. Perinde enim designant personam nepotis, qui & viuo auo & viuo patre nascatur, & consequenter qui nullo iure institui potuit. Nec facit pro Accursio quod Scæuola simplicem nepotis institutionem valere dicat. Simplicem enim eam intelligit, quæ non sit generalis & indistincta ad quemcunque posthumum pertinens siue suum, siue alienum, siue viuo, siue mortuo auo nasciturum, sed quæ nec ex tempore fiat, nec ex conditione ad differentiam illius quæ sit per Aquilianam formulam adiectis iis verbis, *si filius meus me viuo morietur, tunc*. Cæterum fieri nõ potest, vt posthumus vllus instituat, quin conditio aliqua tacita insit, vel illa saltem, *si nascetur*. l. i. §. ult. de cond. & demonstrat. † Ea autem verba, quæ adicienda dicimus, *post mortem meam*, non tam nouam conditionem faciunt, quam eius posthumi qui instituitur, personam & qualitatem demonstrant, vt appareat non fuisse cogitatum de instituendo eo, qui viuo testatore nascatur. † Aliud verò exemplum, quod affert idem Accursius de nepote vulgariter substituto his verbis *si filius meus heres non erit nepos heres esto*, longè magis à Scæuolæ sententia alienum est. Nam præter id, quod non potest videri simplex institutio, quæ expressam illam conditionem habet, *si filius heres non erit*, illud etiam constat, quod superiore capite monuimus, vulgarem substitutionem fieri in casum delatæ alteri hereditatis, ita, vt præmortuo instituto priusquam deferri potuerit hereditas, hoc est viuo testatore, non succedat substitutus iure substituti, sed quasi institutus reuocata scilicet substitutione ad intellectum institutionis l. cum ex filio. 39. §. ult. de vulg. & pupill. substit. vnde fit, vt nepos vulgariter substitutus in eum casum substitutus intelligatur, quo erit alienus, ac proinde inutiliter. † Eatenus namque admittit Scæuola nepotis institutionem valere quantum possit ex verbis concipi posthumum suum institutum fuisse. Non igitur, ex contrario quatenus ex verbis appareat, non solum alienum posthumum institutum, sed etiam in eum nominatim casum quo alienus maneret. Non moueor contra Accursium

ratione illa quam plerique adferunt, quod si posthumus nepos institui posset per substitutionem vulgarem frustra Gallus formulam conscripisset. Iam enim frustra dixi posse hodie plerasque instituendi nepotis formulas admitti, quæ ante Gallum non poterat: sed illud contendo. Etiam post repertam à Gallo viam qua posthumus hic nepos rectè institueretur fuisse tamen æquè ineptam ac antea vulgarem substitutionem, propterea quod fiat nominatim, siue verba, siue naturam substitutionis consideres, in casum delatæ filio hereditatis, & consequenter in eum casum quo nepos esset, & maneret alienus. † Et somnium est Bartoli, Castr. & aliorum quod aiunt, duplicem esse vulgarem substitutionem. Vnam quæ fiat in sinitate, aliam quæ in hereditate. Nam quæ sit in sinitate ea non à testatore fit, sed à lege quæ vult vt prædefuncto filio qui suus heres patri erat succedens nepos in eius locum fiat suus, & quidem etiam inuito auo, adeoque viuente, quo tempore testamentum ipsius vires nullas habet. Sed neque video quæ ratione verba illa, *si filius heres non erit*, eam interpretationem recipere possint, *si filius suus heres esse defuerit*, non solum quod non aliter possit qui suus heres esse defineret quàm si prius talis fuerit (vt proinde tam ridiculum faciat testatorem hæc interpretatio quàm si scripisset, *si filius heres erit, & non erit*), sed etiam quia si ponas filium emancipatum fuisse post testamentum, atque ita defuisse suum esse heredem: non eò magis tamen videbitur extitisse conditio illius substitutionis, *si filius heres non erit*, quia nihilominus filius heres erit, tamen si suus esse defuerit. *§. ultim. infr. hac leg.* Si sequare nostrorum sententiam vulgè existimantium filij instituti emancipatione non rumpi testamentum, quam tamen nos infra refellemus. † Sanè non inficior hodie nullum amplius his subtilitatibus locum esse postquam iure civili, hoc est ex Iustiniani Constitutione inductum est, vt alienus quoque posthumus perinde ac suus possit institui. Itaque non tantum vulgaris substitutionis formula, sed & alia quælibet sufficere poterit ad vtilem nepotis institutionem. Nec tamen quæuis sufficiet, vt nepos successiuè & ex ordine post patrem institutus videatur. † Nam quemadmodum si filium & nepotem ex eo iam natum auus heredes instituisset temporibus Aquilij & Scæuolæ ambo simul ad hereditatem admissi fuissent vt rectè Cuiacius hic contra Accursium disputat, quia nepotis superstitis institutio omnimodo valebat. Sicut &, si filius cum nepote institutus fuisset, quod nec Bartolus ipse quantumuis Accursius negat, ita & eo posito, posse hodie nepotem nasciturum æquè ac iam natum heredem institui: dico vtroque instituto his verbis *filium & ex eo nepotem instituo*, siue addas cætera quæ sequuntur in formula Galli: *qui post mortem meam nascetur*, siue prætermittas, vtrumque simul vocatum intelligi, neque aut charitatis ordinem aut necessitatis ratione facere quominus cum filio concurrat nepos, quandoquidem extraneus quoque coheres datus concurreret. † Planè si auo moriente nepos recidat in potestatem patris, fateor futurum vt tota hereditas aui acquiratur patri, pars quidem vna ex propria eius persona, pars alia ex persona filij, sicut & si iam natus simul cum patre institutus esset siue ab auo, siue ab extraneo, vt generaliter scriptum est in l. si ego. 26. §. l. si ex sua. 36. de acquir. hered. Sed potest institutio nepotis habere vtilitatem si fortè post testamentum emancipetur, cum nepotis emancipatio non faciat irritam institutionem. d. §. ult. i. hac leg. aut si iam te-

stamentum

stamenti tempore nepos ex filio instituto, idemque institutus erat emancipatus vt in l. Lucius. 88. alias l. codicillis §. instituto de legat. 2. † Neque simile est quod in contrarium Accursius obiicit, Si testator fundum in familia relinqui præceperit omnes quidem vocatos videri qui sunt in familia, sed ita tamen vt si non sint eiusdem gradus proximus quisque primo loco inuitatus censeatur, & post eum cæteri l. omnia. 32. alias l. cum ita. §. in fideicommissio. l. peto. 69. §. fratre. l. cum pater. 77. §. pen. de legat. 2. l. ult. C. de verb. sign. Alia enim fideicommissi ratio est, alia institutionis. Voluntas enim testatoris fundum in familia per fideicommissum relinqui præcipientis non aliter seruari potest quàm si fundus in familia maneat; quamdiu vel vnus de familia supererit, ideoque & qui nondum nati sunt, si postea in familia nascantur ad fideicommissum veniunt, & consequenter successiuè, quia nec simul venire possunt & cum natis concurrere qui nondum sunt in rerum natura, neque animo comprehendere potest vt fideicommissum aliquod sit perpetuum quin sit graduale, & temporis simul ac personarum successione perpetuandum, quod & ipsa fideicommissi natura facile admittit, quia per plurium personas ambulare potest cum per heredes & alterius cuiuscunque possessoris, ad quem bona ex testamento aut ab intestato peruenierint, manus præstandum sit. † At institutio scriptum heredem immediatè coniungit testatori, nec patitur vt ab alio quam à seipso hereditatem institutus capiat, alioqui non institutus sed substitutus dicendus esset qui post alium ad hereditatem vocaretur, nec substitutus sed fideicommissarius, si per manus heredis aut quod idem est post acquisitam & aditam ab herede hereditatem aditus illi esset ad successionem l. iutores. 39. §. heres. D. de admin. tuto. Post aditam enim hereditatem vulgares substitutiones expirant vulg. l. post aditam. C. de impub. & aliis substi. † Vnusque tantum casus est quo institutus dicitur qui non nisi post alium admittitur: nempe cum ex præscripto Aquilianæ formulæ auus filium & nepotem instituit. Sed hoc idèd, vt superiore capite diximus, quia sic vocatur nepos post filium vt tamen ei primo loco non etiam post filium hereditas deferatur. Instituto scilicet in eum casum quo filio nunquam possit deferri hereditas, hoc est quo filius viuo auo moriatur. Tantumque abest vt ea ratione nepos cum filio nõ concurrat quod ex necessitate, vt Bartolus loquitur, institutus sit, vt ex contrario ea sola ratio concursum impediatur, quod nec cum filio nec viuo eo institui potuerit, vtpote quem filius præcedens alienum posthumum efficiat; ac proinde tale qui institui nequeat. Quod si testator ita scripserit, *Filium instituo, Nepotem substituo*, nepos quidem post filium admittetur, sed tanquam substitutus si filius superuixerit, aut tanquam institutus si filius prædecesserit, quia verbum ipsum *substituo*, designat secundam institutionem, cum substitutio quælibet sit secunda institutio, ideoque licet possit euadere in primam, nunquam tamen cum prima, cuius respectu secunda dicitur, potest concurrere, id est substitutus cum instituto cui substitutus est, licet possit cum instituti coheredibus d. l. cum ex filio. §. ult. de vulg. & pup. Sunt qui pro tuenda Accursij & Bartoli sententia quam refutauimus, obiiciunt nepotis iam nati institutionem esse ex lege Vellea quæ tamen non aliter institui nepotem voluerit quàm si is in locum sui succederet §. nunc de lege infr. Sed hoc quoque nos in eius loci interpretatione refellemus.

CAPVT XIII.

Ad §. idem credendum eiusd. leg.

SVM MARIA.

- 1 Aquilianam formulam ad pronepotis institutionem primo gradu vacuo vsurpari posse & debere.
- 2 In posthumo pronepote ex Aquily formula instituendò opus non esse vt nepos is institutio precedat.
- 3 Differentia inter filium & nepotem ac filiam quoad institutionis necessitatem.
- 4 Ius ad crescendi, quod nepotibus & filiabus præteritis olim competebat, minus proprie testamenti enervationem dicit.
- 5 Quibus rationibus motus autor aliquando existimauerit, posthumum nepotem ex filio superstitite, aut institui aut exheredari debere?
- 6 Emendatur §. si quis filio. l. 3. ff. de bonor. possess. contr. tab.
- 7 Rationes afferuntur, cur nepos ex filio superstitite ad aui bona nec vocetur, nec vocandus sit.
- 8 Ius ad crescendi quod nepotibus præteritis olim competebat, is tantum nepotibus competisse, qui iam testamenti tempore in locum parentum successissent.
- 9 Non ideo iniustum fieri testamentum, quod nepos præteritus in filij præmortui locum succedat.
- 10 Interpolatum esse à Triboniano principium l. 3. ff. de iniust. rupt. test.
- 11 Differentia inter nepotem qui iam testamenti ante tempore, & eum qui post testamentum in filij locum successit.
- 12 Nepotem etiam ab auo institutum ante legem Velleam succedendo rupisse testamentum, quasi præteritus fuisset.
- 13 Secundus casus, quo pronepos ex Galli Aquily formula institui potest.
- 14 An tertio casu, quo testator ex filio viuo nepotem superstititem habens, ex præmortui grauida pronepotem sperat, nepos institui vel saltem in conditione poni debeat.
- 15 An valeat pronepotis institutio si nulla mortis nepotis mentio facta sit?
- 16 An, si filio instituto & nepote præterito pronepos institutus sit, nepotem præmortui necesse sit vt institutio valeat?
- 17 Quò referenda sit Scæuola ratio his verbis concepta, ne successione testamentum rumpatur?

Quæ à Gallo excogitata est formula vt nepos ex filio tempore testamenti superstitite vtiliter institueretur, eadem sicuti necessaria est ad pronepotis institutionem, si filium & nepotem viuo testatore mori contingat, ne alioqui pronepos cum nascetur suus heres primo gradu vacuo rumpat testamentum: ita & commodè vsurpari potest, & quidem tribus casibus. Primus est si testator ex nepote superstitite pronepotem speret filio iam mortuo, sic enim concipere, institutionem poterit, *Si nepos me viuo morietur tunc qui mihi ex eo pronepos post mortem meam in decem mensibus proximis quibus nepos moreretur natus erit, heres esto*. † Non pono præcedere nepotis institutionem, quia non sicuti cum ex filio nepos instituitur filium ipsum institui necesse est §. in omnibus infr. hac l. Ita cum iam præmortuo filio nepos primum locum tenere cœpit requiritur ad confirmandam pronepotis institutionem vt ipse quoque nepos instituat. † Hæc siquidem differentia olim fuit inter filium & nepotem, quod filius familias omnimodo, institu-

Bb 4

4 duserat aut nominatim exheredandus, alioqui iniustum & nullius momenti erat testamentum: nepos vero sicut & filia impunè præteriri poterat, nisi quod præteriti habebant ius ad crescendi, hoc est accrescebant scriptis heredibus, suis quidem in partem virilem, extraneis vero in dimidiam ut Vlpia. scribit in fragmentis tit. 22. qui hered. insti. poss. & Iustinianus tã in Instit. tit. de exhered. liber. §. 2. quam in l. maximum vitium. 4. C. de liber. præter. † ubi quod ait ius hoc accrescendi euerfionem quandam fuisse testamenti, minùs propriè dictum accipi debet. Cùm Caius in Instit. tit. de exhered. liber. §. 1. difertè scribat filia præteritam non rumpere testamentum, sed inter fratres suos legitimo stante testamèto, suam sicut alios fratres consequi portionem. Si vero extranei heredes scripti sint filiam stante etiam testamento hereditatis medietatem acquirere. Ideoque & legatis pro parte sua onerabatur, ut Iustinianus refert in d. l. maximum, quia testamentum non rumpebat. Idem què ius erat nepotis quod filia, tametsi præmortuo filio verum esset nepotem non solùm ius sui heredis habere, sed etiam in filij locum successisse, nec tantum præmortuo filio, sed etiam capite minuto l. si qua pœna. 7. de his qui sunt sui vel alien. iur. † Quam ob causam putabam aliquando cum Accursio ad d. l. si qua pœna, nepotem hunc qui in filij locum successerat perinde ac filium institui debere aut exheredari, ne alioqui videatur dici non posse in locum filij successisse, si non eodem prorsus quo filius iure censeatur. Mouebat me, illud quoque quod videbam Prætorè his nepotibus dare bonorum possessionem contra tabulas & quidem pro ea parte quam ab intestato habituri fuissent ex capite, Vnde liberi, nec solùm iis qui in aui potestate mansissent, sed & emancipatis aut ex emancipato susceptis, qui si emancipatio nulla interuenisset sui heredes futuri erant non alia ratione quàm quod in suorum locum successissent l. 1. §. filium. l. 3. §. si quis filio. D. de contr. tabul. l. 1. §. si pater in potestate. 6. cum §. seq. in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius (ex quo §. si pater, obserua in d. §. si quis filio, legendum esse: quia in eius est familia, qui & ipse, & non ut vulgò legitur, quia & ipse) Denique nõ poteram intelligere, quo iure nepotes isti succedendo post testamentum in locum suorum heredum viuo testatore testamentum rumpent, ut hic scriptum est, & apertius in §. sequenti parte infr. hac leg. & in l. posthumorum. 13. infr. et prox. ita ius erat ut qui iam ante testamentum in locum suorum heredum successerant, præteriri impune possent. Cur enim permittatur iis rumpere nisi quia præteriti sint cùm institui deberent vel exheredari? Aut cur potentius esse dicamus ius nepotis qui post testamentum viuo auo in locum sui heredis succedit, quàm illius qui iam ante testamentum in patris sui locum successerat? An non magis imputari potest auo cur non instituerit aut exheredauerit nepotem ex præmortuo filio iam tum sui heredis iura habentem, quam cur præterierit eum, cuius nulla tum ratio habenda erat, ut pote qui licet in potestate esset ideoque sui heredis nomen haberet, iura tamen sui heredis habere non poterat quæ in solius filij persona consistebant, ut Caius tractat in d. l. posthumorum? Quis porro dixerit faciliùs euerfendum testamentum aui cui minùs quàm cui magis imputari possit? Atque ita, ut dixi, aliquando ratiocinabar. † Sed me nũc in contrariam sententiam illud vocat, quod video passim scriptũ nepotem ex filio superstitite, siue instituto, siue exheredato, siue in potestate manentem, siue emancipa-

tum, ad aui bona nullo iure vocari nec vocandum esse l. illud notandum. 4. §. 1. D. de bonor. poss. contr. tabul. d. l. 1. §. si pater in potestate, de coniung. cum emancip. liber. eius. Et verò instituto filio in potestate, quomodo potuisset nepos patri suo accrescere, cui omnia ipsum acquirere oportebat? l. placet. 79. de acquir. hered. l. 1. in princip. D. si a parent. quis manum. Exheredato autem filio quid commodi nepos habere poterat ex iure illo accrescendi, cùm exheredatio facere non potuisset quominus aui hereditas filio exheredato per nepotem acquireretur, adeò ut nepos ab auo institutus patrem exheredatum facturum esset etiam aditione heredem necessarium. l. qui in aliena. 6. §. inter dum. D. de acquir. hered. † Illud igitur vnum superest, ut ius illud accrescendi de quo Vlp. Caius & Iustin. tractant iis tantum nepotibus competierit qui iam testamenti tempore in parentum locum successissent, siue parentes essent præmortui, siue præmortuorum loco habendi fortè deportati aut ab hostibus capti. Qua in sententia illud quoque me confirmat quod nullo iuris loco legere memini præteritione nepotis iniustum & nullius momenti esse testamentum, sed præteritione duntaxat filij in potestate constituti ut in l. si filius. 7. l. inter cetera. 30. & pass. hoc tit. Primumque Iustinianus fuit qui in d. l. maximum vitium induxit ut ad exemplum filij tam filia quàm nepos institui debeat aut nominatim exheredari, adeò ut neque iure Prætorio haberent bonorum possessionem contra tabulas nisi in quantum ius accrescendi iis competeat, præsertim post Antonini constitutionem quam ibidem Iustinianus refert. † Nec quod præmortuo filio nepos in ipsius locum succedat facere potest ut perinde testamentum iniustum faciat si prætereatur. Nam & in eo diuersa est huius nepotis & filij ratio, quod cùm filius non nisi sub conditione potestatiua institui possit, nepos tamen sub omni conditione institui potest, etiam si redigatur ad filij conditionem l. suus quoque. 4. l. sed si conditioni. 6. §. nepotes. D. de hered. insti. ubi nominatim tractat Vlpian. de nepotibus, & deinceps cæteris qui ex lege Vellea instituti non rumpunt testamentum: ut appareat nepoti qui in locum filij præmortui succedit hætenus tantum faueri ut si post testamentum succedat & præteritum se reperiat, rumpat, non etiam ut in cæteris filij loco haberi debeat quod ad solennitatem institutionis aut exheredationis (vnde & viro doctissimo Iacobo Cuiacio libentissimè assentior, existimanti quod in l. 3. de iniust. rupt. scriptum est posthumos per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandos esse, à Triboniano sic immutatum fuisse cùm Vlpianus scripisset posthumi virilis sexus, ad exclusionem filiarum & nepotum ex filiis, quos constat Vlpiani temporibus potuisse inter cæteros quoque exheredari, dummodò cùm adiectione legati ut idem Vlp. testis est in fragm. tit. 22. §. 12. & 22. Et sanè tota illa lex de filio posthumo est non de nepote.) † Cuius diuersitatis ratio, ut superioribus obiectionibus satisficiamus, quamquam sanè perobscura, illa tamen, iudicio meo, non inelegans afferri potest, quod nepos qui iam testamenti tempore in locum filij successit, cùm præteritus fuit ab auo, non alia ratione præteritus videri potest, quàm quia sic auus voluit, iure suo usus, quippe qui nepotem instituire aut exheredare non cogebatur. Cùm verò post testamentum succedit nepos in locum filij non solùm instituendi vel exheredandi, sed etiam instituti vel exheredati, alia coniectura voluntatis aui capi potest, adeoque

adeoque capienda est, ut præteritus videatur ab auo nepos per obliuionem exemplo posthumi, nam & loco posthumi esse dicitur l. posthumorum. 13. de iniust. rupt. Aut quod ei si patris siue instituti siue exheredati persona obstaret, cui perinde acquiratur erat nepos iure potestatis, potius quàm quod præteritum illum & à sua hereditate exclusum auus voluerit. Sic enim de parentum erga liberos voluntate benignè semper quantum fieri potest suspicandum est. Et ideo sicut in filij locum successit, ita filij iure ceteri illum æquum est, cùm aui voluntas non refragatur. † Atqui, inquit, Etiam cùm institutus erat ab auo, nihilominus ante legem Velleam rumpebat succedendo, & quidem tanquam præteritus: & tamè præteritus per obliuionem, aut propter obstantem patris personam videri non poterat qui ipse erat institutus. Cedo, sed hoc ipso magis rumpebat, quod pro præterito haberetur quem auus non præteritum sed institutum voluerat, quod cuiusmodi & quam sententiam aut rationem habeat quoniam obscurissimum est, explicabimus ad §. sequenti parte infr. † Secundus casus quo de pronepotis institutione tractari potest, ille est, si iam testamenti tempore defunctus fuerit nepos, super sit autem filius pronuru grauida. Hoc verò casu præcedere filij institutione necesse est, ut deinde pronepos utiliter his verbis instituat, si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi pronepos nascetur, &c. heres esto. Neque vllam hic casus recepit dubitationem. † Tertius est si habens ex viuo filio nepotem superstitem ex pronuru grauida pronepotem speret, atque ita scribit, Si vterque viuo me moriatur tunc qui mihi post mortem meam nascetur pronepos, heres esto. In qua specie sicut & in superiore, filij quidem institutionem præcedere oportet. Sed de nepote dubitatio est non solùm an institui debeat, sed etiam vtrum in conditione saltem ponendus sit: quibusdam id negatibus propterea quod cùm pronepotis institutio non aliter teneat quàm si nepos hic præmoriatur, nec institui nepotem necesse sit quandiu in filij locum & primum gradum non successit, frustra eius mentio fieri videatur. Ego verò et si fateor institutionem nepotis non esse necessariam & ad validitatem testamenti, præmortuo postea nepote, sufficere ut filius instituat ac post eum qui ex nepote pronepos suus heres auo defuncto natus erit §. in omnibus infr. hac leg. nepotis tamen faciendam mentionem existimo hætenus ut in conditione ponatur, idque necessarium esse siue institutus sit, siue præteritus. Nam & Scæuola hoc ipsum satis exprimit eum ait sic conditionem concipi debere, viri que mortuis viuo se, & ratio quam nemo tradidit, illa est, quia si mors nepotis in conditione non ponatur & qui ex eo nascetur pronepos instituat, in eum sanè casum quo alienus posthumus erit institutus videbitur qui ex contrario institui debuit in eum casum & ex eo tempore quo esset suus. Neque enim fieri potest ut præmortuo etiam filio pronepos suus heres auo nascatur, quin nepos quoque prædefunctus sit. † Planè quemadmodum in §. præcedenti Scæuola scripsit non malè à quibusdam admissum esse, ut etiam si nihil expressum sit de morte filij valeat tamen institutio nepotis simpliciter concepta. Ita & recipiendum est valere posse institutionem pronepotis licet nulla de morte filij & nepotis mentio facta sit, sed cum illa tamen adiectione quæ ponitur in dict. §. quidam rectè, & quam nos supra explicauimus, ut in eum casum valeat qui ex verbis concipi possit. Necesse enim est sic concipi institutionem siue nepotis siue

pronepotis, ut ex verbis constare possit in eum deum casum factam institutionem quo nepos aut pronepos suus heres futurus sit cùm nascetur, neullo casu alienus posthumus contra iuris regulam institutus videatur, sed ea interpretatio ab huius §. sententia aliena est, quia non ut in d. §. quidam, rectè tractat hic Scæuola quibus verbis possit hodie concipi institutio pronepotis, sed quibus concipi ea posse Gallus existimauerit quem utique credendum est idem de pronepote quod de nepote sensisse. Atqui nepotis institutionem sic concipiendam credit ut mors filij in conditione poneretur, his verbis, si filius meus me viuo morietur. Idem ergo & de pronepotis institutione existimasse eum credendum est, ut instituat ex hac conditione, si nepos meus me viuo morietur, nisi iam testamenti tempore mortuus nepos proponatur. † At illud adhuc difficilius est quod idè Scæuola subiungit, Instituto filio & præterito nepote tum instituto quoque pronepote ex præscripto Aquilianæ formulæ eo quem diximus modo, ita demum vtilem fore pronepotis institutionem si prius nepos deinde filius decedat, ne, inquit, successione testamentum rumpatur. Sunt enim qui putent ideo necesse omnino esse præmori nepotem quod Galli temporibus nullomodo institui possent: ne quidem in eum casum quo mortuo filio in eius locum succederet, nõdum scilicet lata lege Vellea ex qua nepotis huius institutionem descendere arbitrantur, in quo tamen errant euidentissimè. Non enim sic Scæuola scribit ut dicat omnino & omni casu necesse esse ut nepos præmoriatur, sed in illo tantum casu quem tractat, hoc est cùm nepos præteritus est quem constat impunè præteriri posse siue viuo, siue iam mortuo patre tempore testamenti dummodò non in filij locum postea succedat, ut iam docuimus. Cæterum si nepotem instituire auus velit nihil prohibet, eo etiam iure inspecto quod Galli temporibus obtinebat. Nam hætenus duntaxat diuersa fuit hac parte filij & nepotis ratio quod filij institutionem semper exigemus ut valeat pronepotis institutio: nepotis verò non item, quia potest præteriri ut idem Scæuola tradit in dict. §. in omnibus, ubi quod ait, quorum si liberi heredes instituantur institutionem nunquam exigemus quia possunt præteriri, esset ridiculum, si nec à volente testatore institui possent. Nec verò dubitandum est etiam ante legem Velleam & omni iure institui potuisse nepotem istum iam testamèti tempore natum, ut dicemus ad §. nunc de lege infr. Illud sanè non inficior ante legem Velleam ita ius fuisse ut nepos quantumuis post filium institutus in filij locum postea succedendo testamentum rumpere, in eamque rem necessarium fuisse secundum caput legis Velleæ sed id ad rem non pertinet, tunc quod ait Scæuola, ne successione testamentum rumpatur, non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat referendum sit, sed ad id quod Scæuola viuente & scribente iam inductum erat, ac proinde iam lata lege Vellea cuius in sequentibus ferè omnibus quæstionibus meminit, ut doceat non quid antiqui iuris ratio postularet, sed quoniam hodie iure vtamur. Verum hic aliarum incurrit hæsitatio. Nam & eo casu quo nepos præteritus sit patrique suo eidemque filio testatoris superuixerit videtur à prætore conseruari testamentum, quod per nepotis in locum filij successionem iure civili ruptum fuerat, nempe fauore instituti pronepotis qui utique rem habiturus esset ab intestato, ex l. posthumus. 12. infr. tit. prox. iis verbis, Idem & circa iniustum & irritum testamentum erit descendum.

si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. Atque ita plerique sentiunt, quorum sententia nobis refellenda est: sed priusquam eò deueniamus dicendum est breuiter de sententia l. filio præterito. 17. de iust. rupt. sine qua tractatus hic bene intelligi non potest.

CAPVT XIII.

Noua interpretatio l. filio præterito. 17. C. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.

SYMMARIA.

1. Receptissima Interpretatio in huius legis interpretatione sententia.
2. Testamentum ab initio iniustum ob filij iam nati præteritionem ex æquitate civili non conualescere quamuis filius præteritus iudicia patris adprobet.
3. Iuris rigorem hac parte cum æquitate non pugnare.
4. An ideo magis ex æquitate conualescere debeat testamentum, quod filius præteritus viuo adhuc patre decesserit?
5. An & præterito posthumo, eodemq; ante patrem vita functo testamentum posthumi agnatione ruptum, conualescat?
6. Favorabilis esse testamentum quod viuo adhuc testatore impugnari posse desinit, quam quod moriente eozale est ut a filio impugnari aut adprobri possit.
7. An in dicta legis specie testamentum filij præteritione iniustum eo etiam casu conualescat, quo filius præteritus iudicia patris tacite adprobauit?
8. Filium præteritum non posse eo casu favori suo renuntiare, & sua adprobatione patris testamentum confirmare.
9. Solennitatibus iuris filium renuntiare non posse.
10. An supradictum testamentum iure Prætorio conualescat filio præterito patris iudicia adprobante.
11. Æquitatem Prætoriam, à iure Prætorio non differre.
12. Differentia inter æquitatem Prætoriam, & civilem.
13. An testamentum ob filij præteritionem iniustum, iure Prætorio ideo conualescat, quod Prætor & secundum, & contra eas tabulas septem testium signis signatas bonorum possessionem det?
14. Bonorum possessio sine re quomodo definienda?
15. Bonorum possessionem contra tabulas à Prætorie interdum ideo dari, ut appareat eas pro bonis à Prætorie non haberi.
16. An ideo quod filio præterito contra tabulas bonorum possessio detur, tabulas præcedere & subsistere necesse sit?
17. Bonorum possessionem quam Prætor dat heredi scripto secundum tabulas in quibus filius præteritus est, sine re & iniustum esse.
18. Cur filio emancipato præterito testamentum & Civili & Prætorio iure valeat, nec tamen heres scriptus bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere possit?
19. An filius emancipatus præteritus, à beneficio bonorum possessionis contra tabulas exclusus, admittatur ab intestato, unde liberi.
20. Aliis rationibus probatur testamentum filij præteritione nullum per abstentionem filij nec Civili nec Prætorio iure conualescere.
21. An in dicta legis specie tacita abstentio filij sufficit?
22. A qua successione filius iam in d. l. abstinere possit?
23. Quid in d. l. filio, significent verba illa, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.

24. Authentiam ex causa. C. de lib. præter. de m. n. na, non de paterna præteritione accipiendam esse.
25. Absurdum non esse ab intestato conseruari legatam & cetera que testamento ob filij præteritionem iniusto relicta sunt.
26. Quanam æquitatis ratio suadeat in d. l. ut ex testamento quod filius præteritus adprobat, legata & libertates præstentur?
27. Bonorum possessionem contra tabulas ad testari causam pertinere, & bonorum possessionem secundum tabulas contrariam esse.
28. Differentia inter suum heredem & emancipatum præteritus, quod ad legatorum præstationem.
29. Differentia inter suum heredem institutum, cuius frater emancipatus præteritus, & eum cuius frater præteritus in potestate fuit.
30. Quibus casibus in d. l. filio, legata à fratribus institutis præstanda sint.
31. An quod de fratribus institutis Papiniani in d. l. filio, loquitur ad extraneos quoque heredes pertineat?
32. An Papiniani sententia in d. l. pertineat ad agnatos proximos, qui excluso filio hereditatem ab intestato obtinere possint?

Vereor tamen ne ante hunc diem minus rectè perciperim Papiniani sententiam in eleganti celebrique illo responso quod erat in l. filio præterito. 17. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. Secutus in ueteratim & receptissimum errorem nostrorum existimantium, filio præterito qui erat in patris potestate, si postea abstinuerit & tacita aut expressa voluntate patris iudicia approbauerit, licet subtilitas iuris refragari videatur, ex æquitate tamen Prætorie sustineri testamentum ut ex eo detur bonorum possessio secundum tabulas & quidem cum re & effectu siue fratres aut alij ab intestato venientes, siue extranei heredes eo testamento instituti proponantur, perindeque legata & libertates præstentur ex testamento acli testamentum iure civili subsisteret. Sic. n. scriptus lib. 1. Coniect. ca. 19. Cum tamen Papinianus neque Prætorie æquitatis aut iurisdictionis, neque bonorum possessionis secundum tabulas eo loco meminerit. Eius namque verba hæc sunt, *Filio præterito qui fuit in potestate patris, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hereditatis auocauit. Quod si bonis se parvis abstinet, licet subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.* Sed neque iuris civilis aut Prætoris ratio ullomodo patitur ut testamentum huiusmodi ab initio iniustum & nullius momenti ob filij iam nati præteritionem, ex æquitate sine civili siue Prætorie conualescat quantumuis filius præteritus iudicia patris adprobet. Et quidem quod ad iuris civilis æquitatem attinet, omnes consentiunt. Iuris enim antiqui regula est institutionem quæ ab initio fuit inutilis ex post facto conualescere nunquam posse l. penult. de reg. iuris. & testamenti validitas quæ ex eo potissimum tempore æstimanda est, quo testamentum fit, & quo testator moritur, in eum usque diem quo filius præteritus post mortem patri se abstinet suspensa manere non potest, sicut neque ex filij præteriti arbitrio pendere l. illa institutio. 32. de hered. instit. ubi quod lex ait, *nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere,* ostendit satis vim testamenti non magis à lege, quam à testatore in alienum arbitrium conferri posse, in eoque ridiculam esse

esse Bartoli distinctionem & subtilitatem cum lex ipsa sit quæ testamentorum iura ex alieno arbitrio pendere prohibet. Nec existimandus est hac parte, ut aliàs sæpè, iuris rigorem cum æquitate pugnare, alioqui facillè subuertentur iura omnia quæ de testamentis condendis prodita sunt, si id admittamus ut vnique liceat contrariæ æquitatis commento legum potestatem eludere. Quasi verò cum tot locis Iureconfulti scripserunt testamentum nullius momenti & iniustum esse in quo filius in potestate præteritus est, ad iuris subtilitatem duntaxat, non etiam ad æquitatem, & rei effectum respexerint. Et verò si quo casu dici posset huiusmodi testamentum ex æquitate conualescere debere, eo sanè casu diceretur quo filius præteritus viuo adhuc patre decessisset. Nam cum morte demum testatoris testamentum confirmetur, non paruus æquitatis color subest ad testamentum defendendum cum mortis tempore, sublata de medio est ea persona quæ faciebat ut iniustum esset, ac nullius momenti: præsertim si alium Bartoli errorem sequare, existimantis solo filij favore inductum fuisse ut eius præteritione testamentum sit nullum, ideoque nullam huic suo favori pro arbitrio renunciare posse. Et tamen constat non idcirco magis testamentum iure civili conualescere, quod filius præteritus viuo patre decesserit, ut Justin. in Instit. scribit. *in de exher. liber.* post Paulum in l. si filius. 6. de liber. & posthum. & Caium libro 2. Instit. *in de exhered. liber.* §. 1. Nempe propter regulam dictam l. penult. in d. l. quod initio. 29. de regulis iuris. Sed & quod magis est præterito posthumo eodemque ante patrem vita functo licet testamentum quod agnatione posthumi ruptum est ab initio valuerit, nec mortis patris tempore superfit ea persona, quæ ruperat, nihilomagus tamen conualescit testamentum. Ad eò ut nec bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere scriptus heres possit siue civilis, siue Prætorij iuris æquitatem inspicias, fueritque in hanc rem necessaria constitutio Hadriani, tamen maxima & euidentissima æquitas subest quæ testamentum defendi iuaderet, ut aperte scriptum est in *leg. posthumus.* 12. *Digest. hoc titul.* Nec dici potest quod aliquando existimabam, euidentiori æquitate niti testamentum quod post patris mortem à filio præterito expressa voluntate approbatum est, & eo tempore quò improbare potuit iurisque suo vi uoluerit, quàm quod nec approbatum est nec improbatum filio præterito ante patrem defuncto. Nam imò verò longè favorabilius videtur ad citius conualescendum, quod viuo adhuc testatore impugnari posse desinit, quàm quod eo moriente tale est, ut pro filij præteriti voluntate aut impugnari possit aut adprobri. Deinde non illo solum casu admittunt nostri conualescere testamentum quod filij præteritione iniustum & nullum fuerat, quo filius præteritus patris iudicia expressè adprobauerit, sed illo etiam quo tacite, hoc est quo tacerit, nec aut ab intestato hereditariam portionem vindicauerit, aut à Prætorie bonorum possessionem contra tabulas, vel Unde liberi (vtramque enim habere potest) acceperit. Nemo autem dicere possit, solo filij silentio facilius confirmari debere testamentum patris, quàm si ante patre decesserit, eique non annuum, sed perpetuum silentium mors ipsa induxerit. Maioris enim momenti & potestatis silentium illud esse debet quod necessarium, quàm quod voluntarium est, & quod perpetuum, quàm quod annuum. Denique cum tractemus de præteritione filij præteriti qui iure civili non

tantum suus heres est, sed etiam necessarius, ita ut non sit sine herede qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem l. cum quasi. 30. §. sed et si suus de fideicommiss. libert. quia beneficium abstentionis non ex iure civili est, sed ex Prætorio l. necessariis. 57. de acquiren. hered. non video qua ratione dici possit testamentum quod propter sui heredis præteritionem iure civili nullum est, eiusdem iuris civilis æquitate conualescere ob filij abstentionem quam ius civile non agnoscit. Unde & illud quoque fieri necesse est, ut quamuis favore sui heredis legislator civilis constituerit, nullum esse testamentum in quo suus heres præteritus sit, non possit tamen suus heres, quantumlibet favori suo renunciare velit, efficere ut testamentum ex rigore aut æquitate civili conualescat, quia nec facere iure civili potest quin sit heres necessarius. Itaque ad conualidandum huiusmodi testamentum non magis proderit quod suus heres præteritus, cui iniuria facta est, vltro eam remittat, quàm si diceret placere sibi valere testamentum quod quinque tantum aut sex testium subscriptiones & signa haberet. Perinde enim ad testamenti leges & solennitates pertinet ut suus heres instituat, vel exheredetur, atque ut septem testes in eo adhibeantur. Quin & principale hoc ius testamentorum De liberis instituendis vel exheredandis ut ait lex inter cetera. 30. de liber. & posthum. ob idque filio præterito iniustum dicimus testamentum leg. 3. §. ex his apparet hoc titulo, sicut & cum cetera iuris solennia defuerint leg. prima eodem. Proin succedit iuris regula, quam & Bartolus ipse admittit, solennitatibus iuris renunciare filium non potest, quia non eius favore, sed bono publico introducta sint. Restat igitur ut qui testamentum in quo suus heres præteritus est, ex æquitate defendere volet, ad æquitatis Prætorie auxilium confugiat, quod & Bartolus & alij interpretes omnes fecerunt. At ne hoc quidem fieri meo iudicio potest. Nam testamentum in quo filius familias præteritus est non solum iure civili iniustum, inutile, nullius momenti est, sed etiam iure Prætorio, ut ex eo constat, quod non tantum ipse filio præterito, sed etiam fratri eius emancipato licet instituto perinde dat Prætor bonorum possessionem ab intestato si petat ex capite Unde liberi, atque si nullas tabulas pater reliquisset l. prima, §. ultimo. D. de tabul. testament. null. ex ab. vnd. liber. quod non faceret, si testamentum iure civili aut Prætorio valeret, puta emancipato præterito. Nam siue heres institutus hereditatem adierit, siue repudiauerit, siue bonorum possessionem secundum tabulas petierit, siue omiserit, non tamen admittit emancipatum Prætor ex capite Unde liberi, solumque ei relinquit beneficium bonorum possessionis contra tabulas, quam si accipere nolit, culpa sua paternam admittit hereditatem, inquit eleganter Iulianus in l. secunda, eodem. Contra tabulas autem illi dat etiam si nullus heres sit, quoniam ea possessio non contra heredem datur, sed contra lignum si modò aliquo casu adiri potuerit hereditas, aut bonorum possessio peti secundum tabulas quamuis neutrum postea secutum fuerit (sequi potuerit l. quod vulg. 1. de bonorum possession. contra tabul. Porro quandiu tabula subsistunt non defectur ab intestato bonorum possessio Unde liberi, ut titulus ipse probat, si tabul. testament. null. ex ab. vnd. liber. Hoc autem si ita est, ut tabula in quibus præteritus est filius qui erat in patris potestate iure Prætorio non magis valeant, quàm civili, consequens est ut neque ex æquitate Prætorie

defendantur: Nihil enim differt æquitas Prætoria à iure Prætorio quod ipsum nihil aliud est quam æquitas temperas & corrigens alperitatem iuris civilis, *l. ius autem. 1. §. primo de iustitia & iur. præsertim in ea parte Edicti, quæ est de bonorum possessionibus* *titul. de bonor. possession.* apud Iustinianum in Institut. ¶ In eoque nimirum perelegans differentia est inter æquitatem Prætoriam & civilem: nam civilis æquitas prorsus discrepat à iure civili, id est à iuris civilis ratione *l. secunda §. nem Varus in fin. D. de aqua & aqua pluvia arcenda l. prima C. de legibus l. placuit. C. de auctis. 1.* ¶ Non sum scius vulgò creditum esse testamentum in quo suus quoque hæres præteritus est iure Prætorio valere si modò septem testium signis tabulæ signatæ sint, quòd & secundum & contra eas tabulas bonorum possessionem det Prætor qui utique neutram daret si tabulas pro nullis & inualidis haberet. Sed sicuti propositio illa, ita ratio utraque qua nititur falsa est. Nam quod contra huiusmodi tabulas possessionem dat Prætor non illam rationem habet quia tabulas valere velit, sed quia quoties tabulæ proferantur septem testium signis signatæ licet alioqui nec iure civili valeant nec Prætorio, solet tamen Prætor secundum eas bonorum possessionem dare, dummodò & testamenti & mortis tempore testamenti factionem testator habuerit, nec aliud prætereat quicquam exigit, cum nec requiratur ut aperiantur *l. 1. §. sufficit & §. exigit. l. cum tabula. 7. & pass. D. de bonor. possess. secund. tabul.* Cæterum ea possessio sine re est quoties adest persona quæ ab intestato hereditatem euincere possit, quemadmodum Vlpianus in Titulis scribit *tit. 23. quemadm. testam. rumpunt. §. si septem, & titul. 28. de possess. dand. §. vlt.* Neque enim fieri potest ut bonorum possessio secundum tabulas cum re detur eo casu quo ab intestato competere potest Vnde liberi, aut Vnde legitimi. Sicut nec iuris civilis ratio patitur ut quæ hereditas iam ab intestato delata est, eadem ex testamento quoque deferatur, quia numquam potest successio testati cum successione intestati in eadem hereditate concurrere: subsequi verò causam intestati multò minus præterquam in singulari illa specie *l. si quis ita. 82. D. de hered. instit.* ¶ Quam ob causam Vlpianus supradictis locis cum distinguit bonorum possessionem secundum tabulas in eam quæ sit sine re, & eam quæ cum re, explicans quænam illa sit quæ sine re est, sic loquitur ut dicat, Sine re esse non quoties suus aut legitimus heres ab intestato hereditatem euincit, sed quoties euincere potest, id est quoties nihil prohibet quominus iure suo utatur si velit, tamen si fortè postea nec utatur nec uti velit. Cum enim non prius uti possit iure suo & hereditatem ab intestato vindicare, quàm ab intestato delata ei sit hereditas *l. delata. 151. de verb. signif.* hereditatis autem delatio fiat sola legis potestate non solum iudicio sed etiam inuito eo cui successio defertur, quævis acquisitio extra causam suorum & necessariorum heredu, non nisi accedente heredis voluntate fiat, consequens est nil exquirendam esse sui aut legitimi heredis voluntatem ad hoc ut sciatur an bonorum possessio secundum tabulas aut cum re, aut sine re esse debeat, sed vel inuito eo qui ab intestato iure civili aut Prætorio succedere potest, quisquis ille sit siue suus, siue legitimus, hoc est quævis iure suo uti nolit, ac testamentum valere malit, bonorum possessionem secundum tabulas omnimodo fore sine re, cum re autem eo solo casu quo nemo sit qui rem ab intestato auferre possit, ut bonorum possessio secundum

tabulas quæ cum re est cõparetur aditioni hereditatis ex testamento irrevocabiliter acquirendæ, cui certum est locum nullum esse posteaquam delata est ab intestato hereditas. Ea verò quæ sine re est nihil aliud sit quam declaratio quædam voluntatis heredis, in adprehendendam possessionem hereditatis, ad retinendam illam & acquirendam eo iure quo acquiri & retineri poterit, ita ut interdum quoque accidat habere rem ab intestato eum qui secundum tabulas possessionem acceperat, si fortè is sit qui ab intestato possit succedere, nec habeat voluntatē testatoris, putà, quòd testator intestatum velle se decedere dixerit *l. 1. §. penult. Digest. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. leg. vlt. Digest. de his que in testam. delem.* In summa, qui bonorum possessionem sine re habet is neque interdicto Quorum bonorum aut alio vilo, neque actione aliqua hereditaria experiri potest, sed is demum qui possessionem cum re & effectu obtinuit *l. 1. & 2. C. quor. bonor.* ¶ Itaque ut ad propositum redeamus non est recta consecutio si quis dicat, Prætor dat filiofamilias præterito bonorum possessionem contra tabulas patris, ergo eas tabulas pro bonis & validis habet. Nam licet interdum ea bonorum possessio sit necessaria ad rescindendas tabulas quæ alioqui valerent, & ex quibus adiri hereditas iure civili posset, quomodo contingit emancipato præterito, *dist. l. 2. vnd. liber.* interdum tamen ob hoc ipsum datur ut appareat eas tabulas à Prætoris pro bonis non haberi, ut evenit cum datur filio in potestate præterito, quòd nihil interesse Prætor existimet, an ad bonorum paternorum possessionem filiofamilias vocetur per contra tabulas, an Vnde liberi. ¶ Atqui, inquit, Tabulas aliquas subsistere, & præcedere necesse est ut contra tabulas detur: alioqui si tabulæ tales sint ex quibus nec adiri hereditas nec possessio secundum tabulas peti vnquam potuerit contra tabulas petere inane est quæ sine effectu futura sit *dist. leg. quod vulgo. 19. de bonorum possess. contr. tabul.* Et hoc nimirum est quod fecellit Bartolum in commentariis ad hanc leg. & ad *l. 2. C. de bonorum possess. contr. tabul.* existimantem non alia de causa dari contra tabulas filiofamilias præterito, quàm quia hoc ipso quod petit cõtra tabulas cum iure suo ab intestato posset succedere, testamentum adprobari videatur, ut proinde non sit ille ad beneficium Prætoris admittendus si protestetur nolle se patris testamentum vllomodo valere. Quod prorsus ridiculum est. Quid enim tam contrarium approbationi tabularum, quàm contra tabulas petere? Respondendum igitur est quod animadvertere Bartolus debuit, ad dandam bonorum possessionem contra tabulas non illud omnino requiri ut subsint tabulæ quæ civili aut Prætorio iure valeant, sed sufficere ut tales sint ex quibus dari possit bonorum possessio secundum tabulas, siue cum re, siue sine ea re futura sit. Frustrà enim requiras ut sit cum re, dominiumque rerum hereditariarum possessori tribuat, siquidem illa quæ contra tabulas datur, non contra heredem sed contra lignum dari dicitur, nec eò minus competit quòd necdum hereditas adita aut bonorum possessio secundum tabulas petita sit, tamen nec postea hereditas adiri nec possessio peti queat, dummodò aliquo casu ab initio alterutrum fieri potuerit *d. l. quod vulgo. 17* Minus quoque recta erit consecutio si ex eo quod Prætor dat heredi scripto bonorum possessionem secundum tabulas quibus filiofamilias præteritus est, inferre velis, Valere igitur eas iure Prætorio. Illa enim possessio sine re est & inutilis, adeò ut nec impedat

quominus

quominus possessioni ab intestato locus sit, & in ipsam quoque intestati possessionem conuertatur si heres scriptus idem ab intestato succedere possit *d. l. 1. §. penult. & vltim. si tabul. test. null. extab. vnd. liber.* At si testamentum iure Prætorio sustineretur, utique daret Prætor bonorum possessionem cum re secundum eas tabulas, illo saltè casu quo contra tabulas dari amplius non posset. ¶ Hoc enim addendum est ut iis occurramus, qui fortasse obiecturi sint, Præterito emancipato testamentum non solum iure civili valere sed etiam Prætorio ut supra probauimus, nec tamen heredem scriptum posse bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere. Id enim fit quia quamdiu emancipato præterito saluum est ius petendæ possessionis contra tabulas per quam auferre heredi scripto possit commodum hereditatis, perinde impeditur datio bonorum possessionis secundum tabulas cum re, ac si iam alteri ab intestato delata esset hereditas aut possessio. Quæ res etiam facit ut beneficio fratris præteriti edictum committentis frater quoque institutus possit contra tabulas petere, quia propter personam fratris præteriti impeditur ne secundum tabulas cum re petere possit. Neutram verò petere cum posse iniquum esset. Sicut & vocari eum ad contra tabulas si secundum tabulas cum re petere posset *l. 3. §. si quis ex liberis de bonor. poss. contr. tab.* qui locus proculdubio de ea bonorum possessione secundum tabulas quæ cum re sit, accipi debet, sicut & quod scriptum est in §. sequentibus. Nam quid, obsecro, interest, utrum heredi scripto euincere bona hereditaria quis possit, per contra tabulas, an ab intestato? Siquidem, ut præmonuimus, fieri nunquam potest ut bonorum possessio secundum tabulas cum re, concurrat cum bonorum possessione contra tabulas aut ex causa intestati. ¶ Sed finge emancipatum exclusum à beneficio possessionis contra tabulas, quod variis ex causis potest contingere, an admittetur ab intestato Vnde liberi? Minime: quia subest testamentum idque validum quod impedit successione intestati *d. l. 2. vnd. liber.* Ergo bonorum possessionem secundum tabulas cum re eo casu heres habebit qui scriptus est. Ex eoque nimirum apparet testamentum iure Prætorio subsistere. Ex contrario igitur intelligere licet testamentum in quo filiofamilias præteritus est iure Prætorio non valere, tamen si secundum eas tabulas si septem testium signis signatæ sint possessionem det Prætor: quia si poneret repudiatum à filiofamilias beneficium possessionis contra tabulas, non eò magis daret heredi scripto bonorum possessionem secundum tabulas cum re, subsistente semper illa ratione quòd filiofamilias præterito delata esset possessio Vnde liberi, quæ tamen deferri non posset quamdiu testamentum valeret, sed eo demum tempore quo desertum destitutumque esset. ¶ His ita constitutis ut iam ad propositum redeamus, dico testamentum in quo filiofamilias præteritus est cum ab initio inutile sit nullius momenti non minus Prætorio iure quàm civili non posse conualescere ex æquitate Prætoris, ob id solum quòd filius præteritus bonis patris se abstinerit. Eterum quamvis filium qui se abstinerit Prætor non habeat heredis loco *d. l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. D. de interrog. act.* perinde tamen Prætor ac civilis legislator absurdum putat ut ex filij præteriti arbitrio ius tabularum pendeat, nec minus requirit quàm ius civile ut utroque tempore testamenti & mortis valeat tabulæ *d. l. 1. §. exigit. de bon. poss. secund. tabul.* Nec sanè video quomodo testamentum hoc inutile & nullius

momenti dici posset si tale esset quod ex æquitate aliqua siue civili, siue prætoris villo casu sustineri oporteret *d. leg. inter cetera 30. l. si ita scriptum 13. §. vlt. de liber. & posthum.* Tum verò fatentur nostri, & Papiniani verba cogunt fateri, ita demum hoc testamentum conualescere si filius qui hereditariam portionem fratribus auocare potuit, bonis paternis se abstinerit. ¶ Quamquam in eo errant, meo iudicio, quòd abstentionem tacitã sufficere arbitrantur si fortè filius præteritus per annum tacuerit, cum tamen expressa abstentio necessaria sit propter ius suitatis quæ facit ut filius quamdiu non abstinuit licet nec se immiscuerit, non solum heres sit, sed etiam pro herede habendus *l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omis. caus. testa. leg. in suis 14. de suis & legu.* ¶ Rogo autem, à qua successione abstinere filiofamilias præteritus potest An à successione testati? Minime, cum non fuerit institutus, sed præteritus. Ergo à successione intestati. An non potest abstinere quis à successione intestati, nisi postquam ea delata est. Abstentio enim loco repudiationis est. Prius autem est ut hereditas deferatur quàm ut per repudiationem aut abstentionem omittatur. Igitur fatendum est eam Papiniani esse sententiam, ut in specie illa quam tractat, filiofamilias præterito delata sit ab intestato hereditas, quia & ab intestato duntaxat partem hereditatis fratribus auocare potuisset. Atqui delata semel successione ab intestato nunquam fieri potest regressus ad causam testati. Absurdum ergo est, implicatque contradictionem, ut ob hoc solum quod filiofamilias præteritus ab intestati patris hereditate abstinerit, testamentum conualescat: nec infulsus quicquam aut improbabilis dici posse arbitror. ¶ Quid igitur sibi vult Papinianus noster iis verbis *attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.* (Cætera enim facilia sunt & aperta.) Illud nimirum, meo iudicio, ut cum bonis patris filius præteritus se abstinerit, nec portionem fratribus ab intestato auocauit, libertates eo testamento datæ competant & legata præstentur ex bono & æquo ac si testamentum valeret: idque tamen non ex testamento quòd nullum est, sed ab intestato. Primus enim Iustinianus fuit qui contra manifestissimam iuris rationem induxit ex eo testamento quod per præteritionem vel exheredationem ruptum est, legata nihilominus & fideicommissa, cæteraque omnia præter constitutiones conseruentur. Quamquam verius est eam constitutionem non de iniusto testamento tractare, sed de eo duntaxat quod ruptum vel irritum factum sit, & consequenter non de præteritione paterna sed de materna, quæ pro exheredatione est, ut alio loco scribemus contra Bartolum & alios Irnerij verbis deceptos in *Auth. ex causa C. de liber. præter.* ¶ Ab intestato autem conseruari legata & cætera quæ testamento relicta fuerant noui quidem, sed non absurdum est, non solum si ab intestato successoribus sint repetita, sed & si repetita non sint & quidem duplici iure, Prætorio, aut Civili. Prætorio, si omissa causa testamenti ab intestato possideatur hereditas in fraudem legatorum & fideicommissorum *l. 1. & tot. tit. si quis omis. causa testam.* Civili quoties id æquitate civilis ratio suadet, siue favore legatarij aut eius rei quæ relicta est ut in specie *l. in testam. 38. D. de fideicommiss. liber.* Siue quòd heres à quo legata aut fideicommissa data sunt tantumdem ab intestato consequatur nil obstante persona fratris præteriti, quantum si solus ex testamento heres esset, ut in hac lege in qua apertissimum est ex eo solo moueri Papinianum ut libertates & legata ex æquitate tueatur quòd filius præteritus qui iniustum faciebat testamentum,

bonis patris se abstinuerat, sicque tota hereditas penes institutos fratres manserat non secus ac si testamentum valuisset. † Huius autem iuris non tam ratio stricta quam æquitas illa est, quod absurdum sit occasionem fratris præteriti qui iure suo non utatur lucro afficere institutos, ut in specie non prorsus dissimili Vlpianus respondit in l. nonnunquam. 14. de leg. præst. videanturque instituti ex occasione iuris civilis captare lucrum contra naturalem æquitatem, quæ res exceptionem doli mali inducere solet l. 1. D. de dol. except. Et quemadmodum in specie d. l. nonnunquam, hoc est cum heres institutus fuit emancipatus filius, alius emancipatus præteritus, & præteritus accepit contra tabulas possessionem, institutus verò omisit, evenit ut bonorum possessionem contra tabulas præteritus habeat iure secundum tabulas bonorum possessionis ut Vlp. ait, ita ex pluribus suis heredibus vno præterito, aliis institutis si præteritus abstineat, similiter dici potest institutos habere successionem intestati quodammodo iure successionis testati, hæc tamen saltem ut perinde libertates, legata, & fideicommissa omnia valeant. † Quamvis enim bonorum possessio contra tabulas ad testati non intestati causam pertineat, non minus tamen distat à possessione secundum tabulas cui scilicet ex diametro contraria est, quam successio intestati à successione testati, nec minus mirum est censerī eam iure possessionis secundum tabulas quam successionem ab intestato censerī hoc casu iure successionis testamentariæ. Et verò cū suis quoque præteritis adeoque institutis ex persona præteriti det Prætor possessionem contra tabulas perinde ac emancipatis, quid hac parte interest utrum sui, an emancipati liberi proponantur? aut, an petita bonorum possessione contra tabulas, an ab intestato succedat instituti? argum. l. is qui in potestate. 15. in principio de leg. præst. An non etiam iuris civilis æquitas deficeret, occurreret potestas edicti si quis omisit. caus. testam.? Constat enim id etiam locum habere cū ab intestato hereditatem possidet is, qui contra tabulas petere potuit, quique eam petendo legatorum præstationi obstructus fuisset, l. quia autem. 6. §. penultim. D. si quis omisit. caus. testam. ac multo magis cū ab intestato succedit is qui non solum contra tabulas petere poterat ex persona fratris emancipati præteriti contra tabulas petentis, sed etiam ex testamento adire, dict. l. is qui potestate, vers. ubi verò scriptus est, de leg. præst. l. si filius. 23. D. si quis omisit. caus. testam. leg. 3. D. de dol. collat. † Fateor suum heredem in hoc differre ab emancipato cum præteritus est quod etiam si petat contra tabulas nulla legata debet, quia & non petita ea hereditatem intestati sine onere legatorum obtineret, dict. l. is qui in princ. (emancipatus autem exceptis personis debet, quia ab intestato & vnde liberi succedere non potest extantibus tabulis d. l. 2. D. vnd. liber.) † Sed negō idem iuris esse in suo herede instituto qui non nisi ex persona fratris præteriti edictum committentis contra tabulas petere potuit. Hic enim legata omnia debet etiam si omiserit bonorum possessionem, si frater præteritus qui contra tabulas petere potuit emancipatus fuit dict. l. si filius, idque siue emancipatus contra tabulas petierit, siue non: quia & petita per emancipatum contra tabulas possessione Prætor institutum siue suum, siue emancipatum tuetur ad eam vsque portionem quam per contra tabulas petere potuisset, dummodò non ex minore parte sit institutus, l. si duobus. 14. de bon. poss. contr. tabul. l. filium. 5. §. sed et si portio l. nam secundum. 7. cum sequent. dict. l. is qui. 15. §. si autem de leg. præst. Quod si frater

præteritus in potestate etiam fuit, quoniam omni iure testamentum inutile est, legata nullo iure debentur sicut nec ex testamento hereditas possideri. Itaque nihil hac parte intererit an fratres ambo petierint contra tabulas an ab intestato successerint. † Sed tamen intererit an frater præteritus iure suo uti voluerit necne, hoc est an fratri instituto partem hereditatis auocauerit per bonorum possessionem contra tabulas aut successionem intestati, an ab ea abstinuerit. Priore casu locum habet quod diximus nulla legata deberi, ne pro ea quidem parte quæ penes institutum remanet. Posteriore verò in eadem quidem iuris ratio facit ut legatorum actio competere nequeat aduersus eum qui mero iure intestati heres est, l. filium. 10. §. penultim. de contr. tabul. Sed æquitas contra suadet ut legata & fideicommissa defendantur, & quidem omnia & in solidum dict. l. filio præterito, de iniust. rupt. sicut & æquitate Prætoria defenderetur si præterito fratre emancipato omittente contra tabulas alius emancipatus institutus solus etiam contra tabulas possessionem agnosceret dict. l. nonnunquam. Legata igitur & fideicommissa ab intestato petenda erunt: & si heres excipiat non valere testamentum replicabitur aduersus eum de dolo malo, quod nihil ipsius interfit an testamentum valeat necne, cum totius hereditatis lucrum & compendium æque retineat. Esse autem hoc casu locum exceptioni doli mali non obscure colligi potest ex eo quod Paulus scribit in dict. l. is qui, exceptionem doli mali non nocere filio in potestate præterito qui petita bonorum possessione contra tabulas legata soluere recuset, ut appareat interdum exceptionem locum habere posse quod vno illo casu contingit, si suus institutus à quo legata relicta sunt totam hereditatem ab intestato possideat. Cui conuenit quod Iulianus scribit in l. si pater. 47. de fideicommiss. liber. Si pater duos heredes instituerit & agnatione posthumi ruptum testamentum fuerit, nec legata, nec fideicommissa deberi quamvis hereditas pro duabus partibus ad eos pertineat. Nam quod ait, pro duabus partibus, ostendit posthumum qui agnatione testamentum ruperat, partem hereditatis tertiam à fratribus auocasse. Aliud ergo respondisset Iulianus si abstinente posthumo tota hereditas ad institutos liberos peruenerit. Alioqui quid attinebat verba illa addere? pro duabus partibus. † Ex eo autem intelligimus cur Papinianus de fratribus loquatur, & quæ ridicula sit eorum dubitatio qui disputant, an Papiniani sententia generalis sit, & ad extraneos quoque institutos protrahenda. In quo & nos quoque cū ceteris inepti fuimus lib. 1. Coniect. c. 19. Nam de fratribus institutis loqui Papinianum necesse fuit, quoniam cum extraneus institutus est in eo testamento in quo suus præteritus fuit, fieri non potest ut heres sit ab intestato, nec proinde quæstioni locus superest, an ab intestato legata ex æquitate debeat. † Probabilius igitur fortasse quis putet de eo quæri posse, An ea Papiniani sententia non tantum in fratribus præteriti institutis locum habeat, sed etiam agnatis proximis qui excluso filio hereditatem ab intestato obtinere possint. Sed neque hæc ad Papinianum accommodata quæstio est, nempe cuius temporibus nec in suis, nec in agnatis erat successio. l. 1. §. sciendum de suis & legit. §. placebat. Inst. de legit. agna. succ. itaque filio præterito abstinente, instituti heredes quantumvis agnati proximi non magis heredes ab intestato esse poterat quam si fuissent prorsus extranei. Hodie autem postquam placuit Iulianiano ut & in suis & in agnatis sit successio, & quæstioni locus esse poterit & Papiniani sententiæ si proponatur

ponas institutos agnatos proximiores, & abstinente filium in potestate qui præteritus fuerat. Sed in extraneis heredibus scriptis nihil tale tractari potest.

CAPVT XV.

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

SVM MARIA.

- 1 Heredem ex testamento in quo præteritus est posthumus qui ante patrem decessit, bonorum possessionem secundum tabulas, si septem testium signis signata sint, petere posse.
- 2 An illa bonorum possessio sine re sit, an vero cum re?
- 3 Rationes afferuntur cur in d. l. posthumus subueniatur heredi scripto in eo testamento quod posthumi præteriti & ante patrem mortui agnatione ruptum sit.
- 4 Constitutione Imperatoris in eam rem opus fuisse, & quid ea constitutione inductum sit?
- 5 An ex d. l. posthumus, petendum sit exemplum eius bonorum possessionis quam ex legibus, SC. aut constitutionibus dare Prætor iubetur?
- 6 Heredem scriptum, cui dicta constitutione subueniendum est, omnia legata & fideicommissa prestare debere.
- 7 Dictum heredem perinde bonorum possessionem secundum tabulas cum re habere, ac si testamentum iure Prætorio valeret, cum tamen non valeat.
- 8 Cur in l. 3. C. de inoff. test. filius præteritus à matre in puerperio defuncta, ad virilem portionem admittatur, & an quasi institutus?
- 9 An odio querela inofficiosa, an vero fauore testamenti, an vero filij præteriti natura, d. l. 3.
- 10 An l. C. citra Imperatorum constitutionem respondere potuissent ut in dict. l. 3. ab Imperatoribus responsum est.

EX † iis quæ superiore capite diximus, facillimè legis huius sententia intelligitur. Posthumus præteritus viuo patre natus ante patrem quoque decesserat. Si iuris scrupulositatem & subtilitatem inspicias, ruptum est testamentum agnatione posthumi, nec quod posthumus viuo patre decesserat eo magis conualesceret, quia sicut quod ab initio non valuit, ita quod semel ruptum est numquam ex postfacto conualescit. Igitur hereditas legitimo iure ad intestati successores pertinebit. Neque tamen idè prohibebitur heres scriptus petere bonorum possessionem secundum tabulas si modò septem testium signis signata sint & defunctus tam testamenti quam mortis tempore, & testamenti faciendi ius habuerit: nihil enim aliud Prætor requirit siue iniustum, siue ruptum, aut irritum factum fuerit testamentum, ut proximè docuimus ex Vlpiani Fragmentis, tit. 23. quemadmodum testam. rumpunt. §. si septem. & tit. 28. de possession. dand. §. vltim. iuncta leg. 2. §. sufficit & §. exigit. D. de bonorum possess. secund. tabul. † Sed illa bonorum possessio secundum tabulas ex eo testamento petita quod ruptum fuit, erit sine re, non alio quam Prætoris auxilio defendatur, quia hereditatem ab intestato euincere suo iure legitimus heres potest, quemadmodum Vlpiani supradictis locis scribit. Fieri enim nequeat ut bonorum possessionem cum re det Prætor secundum tabulas quin legitimi heredis ius primat, quod non magis facere potest, quam ius ipsum civile tollere ex quo legitimarum hereditatum iura proficiuntur. Et tamen æquissimum est mortuo ante patrem posthumo, succurri scripto heredi & patris voluntatem defendi, sublata iam de medio persona per quam & cuius fauore testamentum ruptum fuerat. † An quia per agnationem posthu-

mi præteriti testamentum effectu ipso non rumpatur nisi patre mortuo? ita putat Cuiac. ad l. si filius. 7. de lib. & posthum. ex l. Galus §. sequenti eod. tit. Sed non ita est. Constat enim agnatione ipsa posthumi sicut & successionem nepotis in locum filij, testamentum omnino rumpi viuo etiam patre l. si pater filium. 26. de vulg. & pup. substit. Et quod in d. §. sequenti scriptum est, ne succedens pronepos auctore mortuo rumpat, non de auctore intelligendum est, sed de testatoris filio eodemque auctore pronepotis. Quod vir doctissimus non ignorasset nisi sibi persuasisset legendum eo loco nepos non pronepos: cum tamen vel hac vna ratione persuaderi potius debuisset nihil de recepta lectione immutandum. Illa igitur ratio est quæ suadeat subueniendum heredi scripto in eo testamento quod posthumi præteriti subindeque præmortui agnatione ruptum sit, non solum quod ab initio valuerit (nā si hoc sufficeret, æque subueniendū esset heredi scripto in eo testamento quod per successionem nepotis postea prædefuncti ruptum esset, quod tamen nunquam proditum est) sed potissimum, quia minus odiosa est præteritio posthumi, quam iam nati, quippe quæ per obliuionem potius quam mala mente facta videri debeat. Item quia minorem posthumi rationem haberi deceat quamdiu in hominum natura non est quam eius qui iam & in hominum natura & intestatoris familia sit; licet primum gradum nondum teneat. † In eam rem nimirum facta est constitutio Hadriani & ea inductum ex summa æquitate, non ut testamentum conualescat, ita ut ex eo iure civili adiri possit hereditas (neque enim tam aperte Iurisprudentiæ fundamenta labefactare potuit aut debuit Princeps iuris religiosissimus) nec rursum ut ex eo testamento peti possit bonorum possessio secundum tabulas (nam & citra constitutionem dare eam Prætor poterat pro sua iurisdictione, iamque dederat ipsis Edicti perpetui verbis, non solum si antè, sed etiam si post patrem posthumus decessisset.) Sed ut ea bonorum possessio à Prætoris data, sit cū re, quæ alioquin heredi scripto inutilis & sine re futura erat. Idque est quod Vlpianus ait, remque obrinebit ut & Diuus Hadrianus, & Imperator noster rescripserunt. Et consequenter ius legitimi heredis, qui hereditatem ab intestato vindicare poterat, Hadrianus sustulit, non ita uti ne ab intestato hereditas ei deferatur (nam ne hoc quidem salua iuris religione facere potuit) sed ita ut legitimus heres ius suum contra scriptum heredem exequi prohibeatur: potiorque causa sit scripti heredis siue extraneus sit, siue remotior agnat, quæ legitimi licet hic summa veraq. iuris civilis ratione nitatur, ille verò sola iuris Prætorij non tã ratione quã occasione. † Hinc verò intelligimus quã grauiter errent ij qui existimant petendū ex hac lege exemplū eius bonorum possessionis quæ ex legibus aut Senatoriis consultis aut Constitutionibus dare Prætor iubetur, de qua in tit. D. ut ex legibus Senatoriis consultis bon. poss. det. Quasi verò citra eam Hadriani constitutionem non potuerit dare Prætor bonorum possessionem secundum tabulas, quam utique dare poterat non solum rupto, sed etiam iniusto aut irrito facto testamento, licet omnibus istis casibus futuram sine re, ut diximus, aut quasi ea bonorum possessio cum re quæ hodie competit, specie vel numero differat ab illa quæ iam olim ex eodem Prætoris edicto, sed sine re futura competeat: quo sanè stultius dici nihil potest. Eadem enim & specie & numero bonorum possessio est, quamuis alium atque aliū effectum habeat. Hodie siquidem cum re est quæ olim sine re erat. Illud sanè verum est quod vulgò nostri tradunt post Bart. etiam hodie ne

ANTONII FABRI

204

cessarium esse in hac specie bonorum possessionem secundum tabulas, quia cum testamentum non conualefcit, adiri ex eo hereditatis iure civili nullomodo potest. Ex eo autem quod Hadrianus constituit ut scriptus inane & vanam petere possit ut antea, sed etiam rem obtineat, hoc est ut ea possessio sit omnimodo cum re & effectu, infert Vlpianus, Idcircoque legatarij & fideicommissarij habebunt ea que sibi relicta sunt securi. Nam quemadmodum qui accipit possessionem secundum tabulas sine re nulla legata debet, nec aliud quicquam ex testamento, ne onus hereditatis sentiat qui commodum non habet, ita ex contrario si ea possessio sit cum re iuris ratio facit, ut legata & fideicommissa omnia conferuari debeant, nec tantum tuitione Prætoria, sed etiam iure civili, hoc est ea ipsa Imperatoris constitutione qua legitimi heredes iure suo aduersus heredem scriptum uti prohibentur. Quod enim interest quod ad rei effectum attinet an testamentum iure civili valeat, ex eo que adiri possit hereditas, an vero bonorum duntaxat possessio secundum tabulas cum re peti possit? Legata igitur & fideicommissa perinde utroque casu salua esse conuenit: cum & eo casu conferuentur quo hereditas iure intestati possideatur à scriptis heredibus, filio qui præteritus fuerat & testamentum iniustum fecerat abstinente leg. filio præterito. 17. hoc tit. quod tamè longè difficilior admitti potuit. Et enim eo quoque casu quem tractamus testamentum nec iure civili valet nec Prætorio, attamen ex Hadriani rescripto fit ut perinde bonorum possessionem secundum tabulas cum re rescriptus heres habeat ac si testamentum iure Prætorio valeret, nec intestati successio effectu loci sibi vindicet, quod sufficit ut legata & fideicommissa debeantur. Nam & cum bonorum possessio secundum tabulas petita talis est de qua dubitetur an cum re aut sine re futura sit, qualis illa est quæ scripto heredi competit, filio emancipato præterito deliberante an contra tabulas petere debeat, necne, quanquam interea legatorum petitio summoueri potest exceptione illa, si non in ea causa sint tabule testamenti ut contra eas bonorum possessio dari possit, filio tamen omittente possessionem contra tabulas constat legata deberi quod ab eo tempore certum sit eam quæ secundum tabulas agnita fuerat cum re futuram, l. 2. D. de except. rei iudic. l. qui cum herede. 15. de oblig. & action. Multò igitur magis in proposita specie, hoc est petita secundum tabulas possessione quæ propter Hadriani constitutionem non nisi cum re esse possit, legatorum præstationi iam inde ab initio scriptus heres obligabitur. Neque ea res difficultatem habere videtur. Non omnino simile est quod ab Imp. nouo iure constitutum legimus in l. 3. C. de inoff. testam. filium præteritum à matre in puerperio defuncta ad virilem portionem admittendum. Ea namque Imperatorum sententia est ut admittatur ex testamento quasi pro instituto haberi debeat, quem ex coniectura maternæ pietatis credibile est à matre institutum iri si mutare testamentum ei licuisset. Proinde dubitari minus potest quin legata & fideicommissa omnia testamento relicta pro sua parte debeat qui ex testamento succedit. An verò solo fauore testamenti, aut odio quærelæ inofficiosi testamenti ea constitutio nititur? Minimè, ut ex eo apparet quod lex ait, si eo testamento instituti sint extranei posse testamentum per inofficiosi querelam rumpi, an fauore statum institutorum? ne hoc quidem. Forum enim potius interesset rumpi testamentum cum ab intestato æquè virilem portionem habituri essent, sine onere

legatorum. Ergo fauore ipsius filij præteriti cui commodius est haberi pro instituto cum tantundem ex testamento consequi potest quantum ab intestato consequeretur, haberi autem pro præterito & exheredato cum institutus est extraneus à quo vniuersam hereditatem auferre possit, rupto per querelam testamento, quia nec virilem eo casu dare filio posses, nisi virilis appellatione, quod effectu idem esset, totam hereditatem intelligeres ut in l. virilis. 145. de verbor. signific. Num & id coniectura pietatis maternæ congruit ut nec extraneum filio præferre, nec meliorem ipsius quàm aliorum filiorum conditionem aut deteriorem facere voluisse credatur. Ex coniectura autem illa maternæ pietatis æquissimum sanè est eius filij præteriti ius æstimari, cum neque mala mente, neque certo & deliberato matris iudicio, sed tantum repentinis casus iniquitate, ut lex ait, præteritus sit. Quamuis citra Imperatorum constitutionem non ita respondere lurreconsulti potuissent, sed omnimodo, hoc est institutis quoque fratribus perinde ac extraneis scriptis querelæ remedium filio præterito accommodassent. Nouum ea constitutione ius fieri ostendunt verba illa, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Ideò autem non succeditur in illa specie ab intestato, quia filius à matre præteritus cum pro exheredato habeatur non potest intestatam facere matrem, nisi proposita querela quam porrò hîc proponi iniquum esset, cum nihil imputari possit matri & aliter filio præterito subueniri queat institutis scilicet fratribus, non item institutis extraneis.

CAPVT XVI.

Ad versic. Idem & circa, eiusdem legis.

SVMARIA.

- 1 *Vulgaris Interpretum ad dictum versiculum interpretatio reuocatur.*
- 2 *Inustum testamentum quodnam in dict. vers. dicitur?*
- 3 *Quenam sit Vlpiani in dict. vers. sententia? ubi Bartolus ad hunc locum distinctio examinatur.*
- 4 *Fauorem proximorum in testamento iniusto & nullo institutorum, efficere non posse ut illud testamentum, siue civili siue Prætorio iure conualescat.*
- 5 *Delata semel ab intestato hereditate bonorum possessionem secundum tabulas cum re dari nec posse.*
- 6 *Plus esse, bonorum possessionem secundum tabulas cum re accepisse, quàm hereditatem ex testamento iure civili adijisse.*
- 7 *Testamentum iniustum non idèo magis iure civili conualefcere, quod filius præteritus viuo patre decesserit, & is institutus sit qui ab intestato solus succedere debeat.*
- 8 *Fauorabilius esse testamentum quod posthumi agnatione ruptum est, quàm quod successione filij tam testamenti tempore superstitis.*
- 9 *Reuocatur vulgata Doctorum interpretatio ad §. idem credendum. l. Gallus. de lib. & posthum.*
- 10 *Filiosam ante patrem defuncto, scriptum heredem bonorum quidem possessionem secundum tabulas, sed sine re accipere.*
- 11 *Accursij ad d. vers. idè & circa interpretatio refellitur.*
- 12 *Filiosam, præterito patri superuente fieri non posse ut scriptus heres ab intestato rem auferat.*
- 13 *Respondetur rationi pro Accursij sententia allata.*
- 14 *Refelluntur rationes pro Bartoli sententia allata.*
- 15 *Quo iure portionem ex qua scriptus est retineat filius suus vel emancipatus, qui institutus est, alio emancipato præterito & edictum commutem?*
- 16 *Noua coniectura ad versiculum idem & circa.*
- 17 *Cur in dict. versic. adiecta sint illa verba, si bonorum*

rum possessio data fuerit.

- 18 *Cur in eod. versic. nulla agnita secundum tabulas bonorum possessionis ratio habeatur?*
- 19 *Cur in specie d. versic. non fuerit necessarium constitutionis Hadriani auxilium, in priore verò specie illud interuenire necesse fuerit?*

Illud longè difficilior est quod apud Vlpianum sequitur, Idem & circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. Hic enim versiculus est, cuius explicandi gratia superiora duo capita interferere, & ab inchoata legis, Gallus, interpretatione digredi nos necesse fuit. Nostri vulgò sic intelligunt, ut testamentum quod propter sui heredis præteritionem iure civili nullum est, conualefcit iure Prætorio, possitque ex eo peti possessio secundum tabulas, si modò is heres scriptus sit, qui ab intestato hereditatem obtinere possit. Quam sententiam & interpretationem non malè Alciat. lib. 3. paradox. cap. 8. refellit ratione illa, quod testamentum huiusmodi in quo filius in potestate præteritus est nullius omnino sit momenti l. a. hoc tit. l. si ita scriptum 13. §. ult. sup. tit. prox. id est, ut in superioribus probauimus, tam Prætorio iure quam civili, & siue vtriuque iuris rigorem, siue æquitatem consideres. Sed ipse errat longè absurdus in eo quod existimat Vlpianum hîc de eo testamento tractare non in quo filius sit præteritus, quod nullius momèti esse dicimus, sed quod magis propriè iniustum dici debeat, id est, inquit ille, in quo desint iuris solemnitates. Quasi verò non & propriè iniustum dicatur testamentum in quo superstes filius præteritus est leg. 3. §. ex his apparet hoc tit. quod & inutile appellatur in l. inter cætera 30. sup. tit. prox. Aut quasi valere possit iure Prætorio, non magis quàm civili testamentum quod vel septem testium signa, vel quam aliam extrinsecam solemnitatem non habeat leg. 1. de bonor. poss. secund. tab. An igitur eam Vlpiani sententiam esse fatendum erit ut testamentum iniustum in quo filiusfamilias præteritus fuit conualefcit iure Prætorio, eo saltem casu quo filius hic viuo patre decesserit? Ita putat Bartolus, improbens Accursium qui scripserit loqui Vlpianum de filio præterito patri superstite, & iniustum testamentum per expressam abstentionem adprobante. De quo & Papinianus tractat in l. filio præterito 17. hoc tit. Mouetur autem Bartolus ex illis verbis, Idem & circa iniustum. Nam in præcedentibus palam est agere de posthumo præterito qui viuo testatore natus testamentum ruperat, ac subinde eodem testatore viuo decesserat. Distinguit verò, an in eo testamento in quo filius præteritus est instituti sint proximiores ab intestato, venientes an extranei, ut institutis proximioribus conualefcit testamentum iure Prætorio arg. l. hac consulti 21. §. si quis autem. Codic. de testam. Institutus verò extraneis non conualefcit, si que accipi debent, quod scriptum est in l. si filius 7. supra tit. prox. de liber. & posthum. Mihi neque Accursius, neque Bartolus Vlpiani sententiam assecuti videntur, Et enim, ut à Bartolo incipiam, fauor proximiorum in testamento iniusto & nullo institutorum facere quidem potest ut prius testamentum rumpatur l. 2. hoc tit. l. si duobus 12. §. 1. de bonor. poss. cont. tabul. & ut sustineatur vltima defuncti voluntas iure intestati ut in l. iustian. constituitur in d. §. si quis autem, sed ut testamentum conualefcit, siue civili, siue Prætorio iure, possitque ex eo vel adiri hereditas, vel peti bonorum possessio secundum tabulas cum re & effectu facere nullomodo potest. Nam ut in superioribus suscipimus, cum

testamentum nullum & iniustum est, necessariò euenit ut deficiente causa testati succedat potestas legis quæ ab intestato hereditatem proximiori agnato deferret. nec solum ignorant, sed etiam inuito quamuis non sit inuitus futurus heres si non sit iustus. Delata autem semel hereditate ab intestato, nec ad causam testati regressus fieri potest, nec proinde bonorum possessio secundum tabulas cum re dari, quoniam hæc maxime ad causam testati pertinet, nec parum ad causam testati, sed etiam, quod præcipue obseruandum est, ad causam hereditatis ex testamento cum effectu acquirenda, & ita ut ne commodum eius heredi scripto eripere quicquam alius possit. Idèo enim fit, ut in proponendo iure de bonorum possessionibus ad testamenta pertinentibus, Prætor prius de bonorum possessione contra tabulas quàm secundum tabulas edixerit. Item ut beneficio fratris præteriti edicti committentis, possit frater etiam institutus petere contra tab. licet præteritus nondum petierit, leg. si post mortem 10. §. ult. de bon. poss. cont. tab. (cum modò tamen præteritus nondum sit ab ea petenda exclusus, sic enim is locus intelligi, meo iudicio, debet) quia secundum tabulas cum re dari non potest quoad contra tabulas competit, l. 2. D. de cept. rei iudic. l. 2. C. de bon. poss. contra tab. Adèo ut nec bonorum possessor nec legatorum aut æris alieni debitor esse videatur is qui secundum tabulas possessionem accepit, quandiu delibetante filio præterito aut edictum committente dubitatur an ea cum re futura sit, an sine re, ut eleganter Iulianus scribit in l. qui cum herede 5. de oblig. & action. vbi quod magis est non de nudo possessore secundum tabulas loquitur, quem nihil iuris in hereditate habere mirum non est, sed de herede, hoc est qui iure civili hereditatem adierit. Huic enim æquè agnudo possessori commodum hereditatis auferit, is qui petit contra tabulas l. filium 20. D. de bonorum poss. cont. tabul. semperque hæc possessio contra tabulas cum re est, nunquam sine re. Ut proinde longè plus sit possessionem secundum tabulas cum re accepisse quàm hereditatem iure civili adijisse ex testamento. Si quidem nunquam possessionis commodum eripit Prætor patitur ei cui semel secundum tabulas cum re dedit, aliqui eadem possessio, & cum re esse, & sine re, quod quàm absurdum sit, nemo non videt. Igitur si delatio sola hereditatis ab intestato impedit, ne quis ex testamento heres esse possit, multò magis impedit ne bonorum possessionem secundum tabulas cum re possit, ex eo testamento scriptus heres agnoscere. Et consequenter non ex eo solo, quod filiusfamilias præteritus, viuo patre decesserit, potest iure Prætorio conualefcere testamentum, ut bonorum possessio secundum tabulas cum re heredi scripto nullomodo competat. Cùmque Prætoris non tanta sit potestas ut dilationem quæ sit proximiori agnato per legem duodecim tabularum prohiberi possit, impediunt qui separant hæc parte ius Prætorium à civili eo prætextu quia Prætorium sit benignius, quod verum quidem est, sed tamen ad id de quo agimus non prius attinens. Porro iure civili testamentum quod aut iniustum fuit aut ruptum non idcirco conualefcit, re, quod præteritus viuo testatore decesserit, quoniam institutus sit is qui ab intestato solus succedere debeat, aperte Scruola scribit in leg. Gallus. §. idem credendum in sup. tit. prox. vbi ait institutus filio præterito, præterito autem nepote ita demum valere testamentum si prius nepos, deinde filius decesserit, ne alioqui filio præterito nepos succedendo rumpatur, atque ita impediatur ne ex institutione Aquiliana præ-

nepos heres esse possit, qui tamen non nisi sub ea conditione institutus erat si filius & nepos viuo testatore morerentur. † In quo obseruare licet vt hoc etiam obiter adnotemus, favorabilis esse testamētum quod posthumi agnatione ruptum est, quā quod successione filij iam testamenti tempore supersit. Ille enim si viuo testatore moriatur, non impedit quominus bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas ex Prætoris edicto competens iure ordinario, sit cum re & effectu propter Hadriani constitutionem, d. l. posthumi. Hic verò etsi non impedit quominus bonorum possessio secundum tabulas detur, impedit tamen ne ea cum re & effectu esse possit, quoniam Hadriani constitutio casum hunc complexa non est, neque ex rationis similitudine cōplecti debuit. Quamquam enim vtrumque testamētum ab initio valet quādiu agnatione aut successione ruptum non est, attamen, vt superiore capite iam attigimus, multò magis imputari potest ei qui iam natum nepotem licet nondum in primo gradu constitutum præterit, quā qui posthumum quem fortasse nunquam nasci contingeret, quique per obliuionem potius quā per impietatem à patre præteritus credendus sit, vt de parentum erga liberos voluntate pie semper & humaniter quantum fieri potest suspicemur. † Itaque non possum non mirari tot interpretū & antiquiorum & recentiorum ingenia, scribentium Scæuolam in d. l. s. idem credendum, de iuris ciuilibus ratione tantum, non etiam de vi & effectu testamenti disputare, neq. negare, quin rupto per nepotis successionem testamentum ruptum sit; multò minus extendi poterit ad testamentum iniustum in quo filius iam natus iamque primum iustitatis, vt ita dicam gradum occupans præteritus fuerit, tametsi idem postea à viuo patre decesserit, siue institutus sit agnatus proximus, siue extraneus. Idque ita esse vel ex eo maxime constat quod Hadriani constitutio portionem eam facit heredis scripti quantumlibet extranei, quam legitimi, quisquis ille sit, successoris: Bartolus verò in eo casu de quo disputamus, hoc est filio iam nato præterito deinde ante patrem mortuo, non aliter scriptum heredem tueretur accommodata illi bonorum possessione secundum tabulas cum re, quā si idem ille sit ab intestato successurus. Ita admittens quod & verum est longè minus favorabile esse testamētum in quo filius familias iam natus quā in quo posthumus præteritus est, nō illa solum ratione quod hoc ab initio valuerit, illud ab initio nullum fuerit, sed etiam quia filius iam natus non nisi per impietatem præteriri potuerit, posthumus verò, vt dixi, interdum quoque per obliuionem. † Fateor filio familias præterito ante patrem defuncto, posse scriptum heredem petere bonorum possessionem secundum tabulas si modò septem testium signis signatae sint, quādoquidem & si patri filius superuixisset idem admittendum esset, nec tantum favore legitimi heredis instituti, sed et si extraneus scriptus proponeretur, vt supra ex Vlpiano docuimus, l. i. l. 2. quemadm. testam. v. v. p. s. si septem. Sed nego eam bonorum possessionem illo casu futuram cum re, imò erit sine re, vt idem Vlpianus supra dicto loco scribit, & l. 1. s. de possess. d. ant.

s. ult. Nos verò de ea possessione secundum tabulas quæ cum re & effectu sit, disputamus. † Ex quo Accursij quoque sententia, & interpretatio refellitur. Nam cum filius præteritus patri superuixit, quātuncumque postea abstinere, facere tamē non potest quominus ipso iure statim ab intestato heres sit: sicuti si scriptus fuisset statim heres esset ex testamento, quāuis perinde postea abstinere, si vellet, posset, leg. l. s. qui sum in possessione. D. si quis omiff. caus. testam. l. in suis. D. de suis & legit. l. cum quasi. 30. s. sed etsi sum. D. de fidei. lib. ber. Neque igitur fieri illud potest vt propter abstentionem ab intestato factam testamentum conualescat, siue ciuili iure, siue prætorio. Multò minus autem vt bonorum possessio secundum tabulas cum re detur ei cui lex duodecim tabularum partem duntaxat hereditatis ab intestato iam detulerit, aliam partem mox iure accrescendi delatura si alius frater præteritus abstinuerit. Planèque zlia Papiniani sententia est in l. si. 10. præterito. 17. hoc tit. qua bonus Accursius in opinionis suæ confirmationem abutitur: cum nec de iure prætorio, nec de bonorum possessione, secundum tabulas verbum vllum sit apud Papinianum, qui proculdubio non de testamento iniusto conuoludando, sed de tuendis tantum libertatibus & legatis intellexit, & quidem ab intestato per oppositam doli replicationem, vt pluribus docuimus supra. † Et verò cum filius præteritus patri superstes fuit, fieri nequeat vt scriptus heres ab intestato rem auferre possit. Nam ab intestato primæ semper partes filij præteriti, vel in assem si fratres non habeat, vel in partem si alij fratres concurrant. Ad eò vt eo quoque remoto si fratres nulli sint, nihilomagus agnatus proximus admittatur iure vetere inspecto, sed hant bona vacantia, quia nec in suis, nec in agnatis erat succ. l. 1. s. si. dum de suis & legit. s. placebat. Inst. de leg. agnat. succession. Fratibus autem existentibus accrescit quidem præteriti portio si abstinere, sed non nisi ab intestato, quoniam abstinenti delata fuerat ab intestato, vt appareat ab intestato quoque proprias eos portiones habuisse, alioqui inter eos ex diuerso iure succedentes ius accrescendi locum non haberet. l. sed cum parono. 6. D. de bonor. possess. Ideoque nimirum Papinianus in d. l. filio, de fratribus institutis loquitur, non de extraneis alijve proximioribus agnatis. † Atqui, dicat aliquis, quantumuis filio præterito lex deferat hereditatem ab intestato, verumtamen est quod & nos confessi sumus posse scriptum heredem petere possessionem secundum tabulas si septem testium signis signatae sint. Quid ergo est quod prohibeat quominus ea possessio quæ sine re futura erat si præteritus iure suo vti voluisset, euadat in bonorum possessionem secundum tabulas cum re, filio ipso abstinente & iudicia patris adprobante? Ego verò iam satisfeci cum dixi filij approbationem & voluntatem facere non posse quin ipse ab intestato heres sit ipso iure proportionem hereditaria, & consequenter implicare contradictionem vt postea abstinente eo ab intestato testamentum conualescat. Lex igitur ipsa est quæ scripto heredi & hereditatis & possessionis commodum auferat vt legitimo heredi idipsum deferat, atque ita impedit omnino ne bonorum possessio secundum tabulas petita cum re esse possit. Et hoc quidem ad Accursij sententiam cōuincendam satis est. † Sed si pro Bartolo peruicacius pugnare velis, adhuc instare ex eo possis, quod cum filius præteritus viuo patre decessit, numquam ei ab intestato deferri potuerit patris hereditas, quæ scilicet post mortem tantum deferretur, videat si quis hic casus illi simillimus de quo Hadrianus rescripsit. Verò

rum respondeo, paternam quidem hereditatem ab intestato deferri non posse filio qui ante patrem mortuus sit, sed nō eò minus ab intestato deferri aliis fratribus etiā institutis, etiā inuitis, adeoque si fratres non sint, proximioribus agnatis, ob idque acquirende aut retinende ex testamento siue hereditatis siue possessionis rationem nullam superesse. Dices idem quoque in Hadriani specie tractari posse, nec enim Hadrianum fecisse aut facere potuisse quominus rupto per agnationem posthumi testamento legitima hereditas agnato proximo deferatur, & tamen non obstante eo constituisse Hadrianum vt scriptus heres quilibet, etiā extraneus, petita secundum tabulas possessione rem obtineret. Fateor: sed si in eam rem necessarium fuisse vides Hadriani constitutionem quæ de posthumo tantum locuta est, cur idem sine vlla constitutione admittis filio iam nato præterito licet prædefuncto? Præsertim cum duplicem illam diuersitatis causam animaduertas & quia filij iam nati præterito sit odiosior, & quia testamentum ipsum vel hoc solo minus fauorabile quod ab initio non valuerit. Aut si ad hunc quoque casum Hadriani constitutionem protrahere audeas, cur non illud etiam admittis, vt illa bonorum possessio secundum tabulas, cum re detur quicunq. scripto heredi licet extraneo? Cur meliorem facis hac parte conditionem legitimi heredis quā extranei contra quā Hadrianus fecerit? At iterum fortasse obieciās (video enim te subtilem agere in scripti heredis extranei persona necessariam fuisse constitutionem, vt legitimi heredis ius perimeretur qui alioquin hereditatem scripto heredi ab intestato ablaturus erat, & ita impeditur ne bonorum possessio secundum tabulas ab eo agnita cum re & effectu esse posset. In persona verò legitimi heredis eiu(s)demque instituti qui secundum tabulas petierit non fuisse necessarium constitutionis auxilium, quia sibi ipsi hereditatem ille euincere nequeat. Imò, verò, inquam, sibi ipsi euincit ille, etiam inuitus & ignorans, quia & inuito & ignoranti lex defert hereditatem ab intestato quo instanti paterfamilias moritur cuius testamentum aut iniustum, aut ruptum, aut irritum fuit. Igitur non minus hoc quā illo casu necessaria fuit constitutio ad inducendum vt legitimus heres iniusto testamento scriptus petitam bonorum possessionem secundum tabulas cum re habere possit, quia prorsus ista repugnant, vt iure bonorum possessionis secundum tabulas heres rem obtineat, & vt idem ille ab intestato heres sit. Adhuc virgebis, & obieciās negari non posse quin hereditate quoque ab intestato delata peti nihilominus possit bonorum possessio secundum tabulas dummodò septem testium signis signatae sint, idque verum est. Cur non ergo erit cum re si nemo sit qui rem ab intestato auferre possit? Respondeo quod iam dixi quid ille ipse sibi euincit, remque auferat ab intestato, & vt te doceam apertius, possessio illa quæ secundum tabulas petita fuerat, transit in possessionem intestati, non secus ac si hic bonorum possessor testatoris voluntatem non haberet, vel quia incisa essent tabulae vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutasset, vt eleganter idem Vlpian. noster tractat in l. 1. s. penult. D. si tabul. testam. null. extrab. Quoties enim possessio secundum tabulas cum re dari non potest, nec tamen illi qui eam petiit res auferri potest, amittit pristinum nomen possessio, & quæ secundum tabulas erat, alio iure & nomine censeri incipit. † Sic dicimus, yto ex liberis siue suo, siue emancipato instituto, alio verò emancipato præterito

& edictum committente, si possessio secundum tabulas petita sit per institutum, postea verò contra tabulas per præteritum tuendum à Prætoris eum qui secundum tabulas petierat, ad eam vsque partem ex qua fuit institutus si tamen non eam excedat quam per contra tabulas beneficio fratris præteriti petere potuisset. An vt iure possessionis secundum tabulas eam portionem retineat? Minime. Petita enim contra tabulas possessione quæ tabulas rescindit, & quantum Prætoris imperio fieri potest, irritas facit, fieri non potest vt supersit ius petende, aut retinende secundum tabulas possessionis. Sed quoniam rescisis tabulis per contra tabulas Prætor tueretur legata quæ liberis parentibusque relicta fuerant ex edicto de legatis præstandis, eodem iure tueretur portiones hereditariotitulo relictas, id est exemplo legatorum à quibus nec alia in re differunt in proposito, nisi quod cum æquè honesto titulo deferatur, plenior tamen honore tribuuntur l. filium. 5. s. sed etsi portio de legatis præstand. l. Saluis. 6. cum seqq. l. is qui. 15. s. sed si omnia in fin. s. ita ante cod. tit. † Sic itaque refutatis Accursij & Bartoli interpretationibus, superest vt coniecturam nostram breuiter aperiamus. Arbitramur autem quod Vlpianus scribit, idem & circa iniustum & irritum testamentum dicendum esse si bonorum possessio data sit ei qui rem ab intestato auferre possit, non sic accipi debere quomodo plerique omnes putant, vt his casibus bonorum possessio cum re detur scripto heredi qui idem sit legitimus, sed ita vt perinde ac si ex testamento succederetur, legata & fideicommissa omnia debeantur, de quibus proximo illo versiculo dixerat, Idcircoque legatarij & fideicommissarij habebunt ea quæ sibi relicta sunt securi. Id enim conueniens est Papiniani sententiæ in d. l. filio præterito, vbi eam speciem tractans quæ difficilior videbatur de suo herede præterito patri superstite & ab intestato hereditatem totam possidentes legata ex æquitate debere ait. Multò igitur magis deberi ea æquum est si filius præteritus viuo patre decesserit, totaque hereditas ab initio & vnica delatione aliis fratribus institutis aut agnatis proximis delata est. Nihil enim inter hos casus interest nisi quod filio patri superstite nullus agnatis proximis locus esse potest, etiam si filius præteritus abstinere, fiuntque bona vacantia, quia, vt sapius dictum est, in suis & agnatis non est successio. Quam ob causam Papinianum in d. l. filio, de fratribus tractare monuimus, non quod ita species ex facto incidisset, sed quia in aliis quā fratrum personis quæstioni locus esse non poterat: filio autem prædefuncto nullis fratribus relictis, locus sit agnatis, ex ordine succedendi ab intestato, l. 1. 2. s. pass. de suis & legit. Vlpian. verò noster hoc loco vt castis omnes cōprehenderet, sic generaliter locutus est, si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit, nulli liberorum aut agnatorum mentione facta, ne alioqui si aut de liberis tantum aut de agnatis quoque locutus fuisset eum solum casum comprehendisse videretur, quo filius præteritus aut ante aut post patrem decessisset. Illud ergo duntaxat requirit ad obligandum ex æquitate legatis præstandis heredem scriptum qui ab intestato hereditatem possidet, vt rem ab intestato habeat, id est totam hereditatem quam ex testamento si valeret, erat habiturus. † Videtur quidem prioribus illis verbis, si bonorum possessio data fuerit, illud etiam requirere vt bonorum possessio petita sit, & quidem secundum tabulas (nam petita possessione contra tabulas constat non nisi exceptis perso-

sonis legata deberi tuitione Prætoria, petita verò unde liberi nulla prorsus deberi) sed credendum est ea verba non tam ex necessitate & pro conditione adiecta esse quam per occasionem ut vericulus hic speciei priore loco proposita magis conveniret in qua mentio facta erat bonorum possessionis secundum tabulas petita. Cæterum præter id quod Papinianus in d.l. filio, hac vna ratione movetur ut fratres ab intestato succedentes legatorum præstationi obliget, quod tota hereditatem possideant. † Illud etiam constat nullam hic agnitam secundum tabulas possessionis rationem haberi posse, cum eam sine re esse & in possessionem intestatj conuerti necesse sit, d.l. §. pen. vnd. lib. † Quæ ratio etiam facit ut non fuerit hoc casu necessarium auxilium constitutionis Hadriani ad tuendum heredem scriptum aduersus seipsum, cum idem sit & scriptus, & legitimus heres. Nec rursus ad confirmandam possessionem secundum tabulas ut fieret cum re que sine re erat, cum nihil interfit scripti heredis, an ea sit cum re, an sine re, quando ab intestato hereditatem totam retinet. In priore specie, hoc est rupto per agnationem posthumi testamento in quo extraneus scriptus fuerat, necessarium fuit auxilium constitutionis non ut daretur heredi scripto possessio secundum tabulas, sed ut ea possessio esset cum re, ne legitimus heres alioqui iure suo vsus hereditatem scripto heredi euinceret. Itaque valde nouus & singularis ille casus est in quo bonorum possessio secundum tabulas cum re datur ex testamento rupto in præiudicium legitimi heredis cui lex ab intestato detulerit successionem. Quod si fingeres in eadem specie non extraneum, sed legitimum heredem scriptum fuisse, dicrem non fore locum constitutioni. Quid enim necesse erat ut legitimus heres petita secundum tabulas ruptas possessione rem obtineret, quam utique suo iure ab intestato obtinere possit? Sanè quod ad legata & fideicommissa tuenda pertinet, clarissimum est nihil Hadrianum constituisse. Fateor citra eam constitutionem futurum fuisse ut extraneo scripto herede legata intercidissent, quia neque à scripto herede peti potuissent cuius possessio sine re fuisset, neque à legitimo herede qui iure suo & contra defuncti voluntatem hereditatem obtinuisset. Sed ita constituto iure ut bonorum possessio secundum tabulas ab extraneo instituto agnita cum re esset, illud etiam consequens fuit ut idem ille ad legatorum præstationem obligaretur. Nā & idem est, Perinde legata & fideicommissa debentur si bonorum possessio secundum tabulas petita sit sine re, dummodo ab eo petita qui hereditatem ab intestato habere possit. Quidni verò? Cum & si nulla prorsus possessio petita sit, sed merè ab intestato succedatur, legata nihilominus debeantur ab eo qui cum in testamento, non dicam rupto, sed quod magis est iniusto & inutili scriptus esset tantumdem ab intestato consecutus est quantum si testamentum valuisset, d.l. filio, sicut & cum beneficio fratris præteriti institutus, bonorum possessionem contra tabulas accipit quam præteritus ipse omisit, leg. nonnunquam. 4. de leg. præst. Sicque locum hunc sanè perobscurum explicandum existimamus. Quem ita intellectum ut intelligi volumus apertissimum est nil pugnare, imò prorsus conuenire cum eo quod scribit Scauola in §. idem credendum, legis, Gallus. Ad cuius reliquam interpretationem redeamus.

CAPIT. XVII.

Ad §. nunc de lege. l. Gallus.

- 1 Duo legis Vellea fuisse capita.
- 2 De primo legis Vellea capite.
- 3 Aquiliana formula introducenda occasio.
- 4 Cui incommodo lex Vellea primo capite prouiderit?
- 5 An aliquam formulam Velleus præscripserit instituenda posthumi viuo testatore nascituri.
- 6 Duplex ius nouum primo legis Vellea capite introductum esse.
- 7 Emen datur textus d. §. nunc de lege.
- 8 Lege Vellea sufficere si posthumi institutus, licet testamenti tempore alienus, suus tamen nascatur.
- 9 Tolluntur e primo capite legis Vellea verba illa, etiam si viuo parente nascatur?
- 10 Primum legis Vellea caput non tantum ad nepotes, sed etiam ad primi gradus posthunos pertinere.
- 11 Non solum filia aut nepes, sed etiam filij & nepotes institutioni dicta lege Vellea prouidum esse.
- 12 Verba illa virilis lexus, cur in primo legis Vellea capite adiecta sint?

Expositis † iis omnibus quæ ad Aquilianam formulam posthumique nepotis ex iure antiquo institutionem pertinent, transit Scauola ad tractatum legis Velleæ, cuius duo fuerunt capita. Vnum quod permisit institui nondum natos, id est posthunos etiam alienos dummodo sui nascerentur licet viuo testatore. Alterum, quo prohibuit nepotes in iui heredis locum succedentes testamentum rumpere in quo vel instituti essent, vel exhereditati. De primo capite tractat Scauola hoc §. de secundo mox in sequenti daturum. † Ac quoniam de primo nos quoque, iam satis multa diximus in superioribus, erimus hic breuiores. Posthumi tanquam incertam personam aut, ut Theophilus loquitur, incertæ personæ similem ex lege duodecim tabularum institui non potuissent docuimus, postea verò ex prudentum interpretatione receptum esse fauore testamentorum, quæ sui heredis præteriti agnatione rumpi necesse erat, ut institui is demum posset qui & suus, hoc est, si testamenti tempore nasceretur, inter suos heredes futuros, & testamentum in quo præteritus fuisset omnimodo rupturum esset, prohibita dūtaxat alieni posthumi institutione, itemque posthumi sui quem viuo testatore nasci contingeret. Neutrius enim institutio necessaria videbatur ob idque nec permittenda, ut à iuris vteristatione quam minimum fieri posset recederetur. Siquidem alienus posthumi testamentum nunquam rumpit, si suus aut viuo testatore natus, et si nō eo minus rumpit quod viuo testatore natus sit, rumpit tamen eo tempore quo necessitas nulla est subueniendi testamento, viuo scilicet testatore, qui aliud testamentum facere potest, sibi que & suis rebus ne intestatus decedat prospicere. † Hinc illa prima nata dubitatio, quæ ratione institui posset Aquilianus posthumi, utpote qui testamenti & ipsius institutionis tempore quod præcipue inspicendum est, alienus videbatur non fuisse. In eamque rem necessaria fuit subtilis illa Galli formula quæ induxit ut tantum in id tempus conferretur posthumi illius nepotis institutio, quo esset suus, sed ut ex eo quoque tempore dūtaxat institutus videretur. † Inde rursus alia difficultas, qua ratione fieri posset ut testamentorum securitati prouideretur ne rumpi possent agnatione posthumi viuo testatore nati, si forte contingeret, quod plerumque eueniebat, ne testamentum mutari posset, testatore fortassis peregrinante & posthumi natiuitatem ignorante, aut quoniam Romanorum copia non habente ut solenni ritum

mero quos & ciues Romanos & masculos puberes esse oportebat, testari posset. Huic verò incommodo cum sine lege prouideri non posset, manca scilicet iuris prudentum omnium subtilitate, & auctoritate, necessarium fuit ferri legem Velleam cuius primo capite constitutum est, ut non eo minus institutio posthumi siue filij siue nepotis valeat, quod eum postea viuo adhuc testatore nasci contingerit. † Nulla tamen in eam rem præscripta formula, quoniam lex que nouum hoc ius inducebat, perinde inducere poterat, imò verò lōgè facilius, ut eius posthumi qui testamenti tempore alienus esset institutio valeret, præsertim cum ea adiectione, si modo suus nasceretur. In eoque multis errare video existimantes, exemplo Galli Aquilij Velleum quoque qui hanc legem rogauit certam formulam præscripsisse instituendi posthumi viuo testatore nascituri. Tantum enim abest ut id fecerit, facere debuerit, ut potius Aquilianæ formulæ vsū qui antea necessarius erat, ferè abrogauerit. Nam cum ante legem Velleam necesse esset quoties posthumi instituebatur mortis mentionem fieri, ne is quoque institutus videretur, quem viuo testatore nasci contingeret, mortis autem casu expresso is omnino excluderetur quo posthumi viuo testatore natus esset, necesse fuit, post legem Velleam à formula Aquilianæ præscripto hætenus recedi, ut vel pure posthumi institueretur neutrius casus, vitæ vel mortis habita mentione, vel vterque casus exprimeretur, ne alterutro tantum expresso posthumi in contrarium casum natus quasi præteritus testamentum rumpere, l. commodi diffini. 9. sup. hoc tit. Aquilio necessarium fuerat formulam conscribere, quia non id egerat ut ius nouum faceret, quod nec facere potuisset, sed tantum ut doceret quomodo id quod erat in iure vetere vsurpari & ad vsū accommodari posset, quod ante eum ignorabatur. † Duplex igitur ius nouum fecit Velleus primo legis capite. Vnum illud, ut institui possit posthumi suus viuo testatore natus. Alterum, ut etiam pure institui possit is posthumi qui testamenti tempore sit alienus dummodo suus nascatur. Idque est quod ait Scauola, voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Nepe si vel in casum vitæ instituti sint, vel neutro expresso, ne obstat, d.l. commodi diffini. Subiicit autem, & videtur primo capite eos spectare, qui cum nascerentur sui heredes futuri essent. Id est, ut viuo testatore natus posthumi vtiliter institui possit nec rumpat testamentum, id dūtaxat requirit, ut suus nascatur, non etiam ut suus sit eo tempore quo instituitur. † Nam & verba legis id sonant, quæ ut est in fine §. talia fuerunt. Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit, &c. etiam si viuo parente nascatur. Ex quo infert Scauola, Ergo, ita enim malo legere quàm ut vulgò, & rogo, si filium habeas & nepotem, nondum natum tamen ex eo heredem instituas filius decedat mox viuo te nascatur, ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum: ut non solum illud primo capite notauerit, si nepos eo tempore instituat quod filius non sit, verum & si viuo patre. Sic namque legendum esse iam inter doctos ferè omnes conuenit, sublata dictione illa quæ statim sequitur, nascatur, qua retenta sensus esset, valere ex lege Vellea posthumi institutionem qui non tantum testamenti, sed etiam natiuitatis tempore alienus esset, quod tamè & præcedentibus & sequentibus repugnat. † Nam quemadmodum testamenti tempus inspicit lex Vellea noluit, ita de eo posthumi instituendo nominatim locuta est, qui suus nasceretur: Quod & apertius docet Scauola iis verbis sequentibus: quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit obseruari id

pus quo nascatur. Quæ tamen verba malè quidam intelligunt, ut quoties de suo posthumo quæritur non testamenti, sed natiuitatis tempus respicere debemus. Quod si verè diceretur, frustra lex Vellea primo capite notasset solius natiuitatis habendum rationem. Et verò constat ex iis quæ diximus cum de Aquiliano posthumo tractaremus, quoties de suo posthumo instituendo agitur, suum dici eum qui si testamēti tempore non tantum conceptus esset, verum etiam natus & editus inter suos heredes futurus esset, non quia eodem nasci possit suus quod testamenti tempore fuerit alienus, sed quia cum alieni posthumi institutio iure ciuili non haberet, prorsus consequens sit ut perinde institui nequeat qui testamenti tempore suus non est, atque si nunquam inter suos futurus esset. Id enim conueniens est iuris regulæ quæ habet testamenti cuiuslibet validitatem ex eo potissimum tempore quo factum sit, æstimandum esse, & eo quoque potissimum tempore testamenti factionem cum herede scripto esse debere. Alioqui frustra etiam Gallus laborasset in excogitanda formula, per quam posthumi nepos institui posset in eum casum quo filius viuo testatore moreretur. Siquidem nemo dubitabat quin Aquilianus ille nepos suus nasceretur, totaque dubitandi ratio ex eo sumebatur, quod testamenti tempore patre eum præcedente, suus auo dici non posset, & consequenter alienus illi esset. Velleus autem non in eo iuri ciuili derogare voluisse credendus est, ut cum de institutionis iure disputatur, institutionis & testamenti tempus inspicere non oporteat. (Id enim nimis aperte veteris & noui iuris regulam totumque ius testamentorum subuerteret.) sed ut institui hodie possit posthumi quilibet, siue testamenti tempore suus sit, siue alienus, dummodo suus nascatur, quia & quod ad periculum rumpendi testamenti attinet, nihil interest, an testamenti tempore posthumi fuerit suus an alienus, dummodo nascatur suus, cum in eo qui agnatione rumpit testamentum solius agnationis tempus spectetur: Quo iure sic constituto, dici nunc potest valere talem posthumi institutionem, siue testamenti siue mortis testatoris aut natiuitatis posthumi tempus obserues, quoniam ut autea non valeret, illud tantum faciebat, quod talis posthumi institui non posset. Neque verò Scauola comparat tempus faciendi testamenti cum tempore mortis testatoris, sed cum tempore natiuitatis posthumi, ut appareat non id illum agere, ut doceat spectandum non esse tempus testamenti de cuius viribus quæritur, sed tunc tantum inspicendum non esse testamenti tempus cum quæritur an posthumi sit suus quod ad hoc ut institui hodie possit. Nam alienum quoque posthumi hodie institui posse dummodo suus nascatur. † Sequitur apud Scauolam verba primi capitis legis Velleæ quæ iam nos supra retulimus, secundum eam lectionem quæ ab Accursio iam olim magis probata, à Cuiacio verò & recentioribus omnibus prorsus recepta est, retentis verbis illis, etiam si viuo parente nascatur, quæ vulgò sic ante legebantur ut sequentis §. initium facerent: decepto fortassis librario ob interiectam notam illam &c. quam tamen breuitatis & compendij causa interiectam esse volunt recentiores, ne longior esset Scauola in referendis verbis legis ad eam rem de qua tractabat nihil pertinentibus. Nam & idem ab eo factum esse in §. videndum, hac ead. Mihi tamen probabilis est adiectionem esse superuacua quæ ex imperiti alicuius interpretis glosa in textum irrepsit, ut sequenti capite probabimus. Cætera autem legis verba Goueanus in prioribus ad hanc legem commentariis pro arbitrio sup-

ANTONII FABRI

CAPVT XVIII.

Quid noui inductum sit secundo capite legis Velleæ.

SUMMARI A.

- 1 Quid secundo legis Velleæ capite inductum sit?
- 2 Non lege Velleæ primum, sed iure vetere inductum fuisse ut nepotes aut pronepotes iam nati testamenti tempore institui possent.
- 3 An secundo legis Velleæ capite inductum fuerit ut nepotes & pronepotes necessario institui deberent?
- 4 An, ut idem posthumi nepotes & pronepotes pramortuis parentibus in locum eorum succedunt, vel succedendo rumpant, si prateriti sint?
- 5 An ante legem Velleam, Galli temporibus ita iam fuerit, ut nullo casu nepos aui testamentum rumpere, nec si viuo aui pater prædecessisset?
- 6 An quæ Scæuola in d.l. Gallus, de testamento per posthumi nepotis præteritionem rumpendo tractat, ad legem Velleam, an verò ad ius antiquum, referenda sint?
- 7 Posthumi institutionem catenus tantum prudentium interpretatione inductam, quatenus testamentorum favor & necessitas postularet.
- 8 Posthumi nepotem iam Galli Aquilij temporibus & fauorem & necessarium heredem aui ab intestato futurum fuisse.
- 9 Quis sit huius sententia effectus?
- 10 Confirmandorum testamentorum gratia latam esse legem Velleam, non ut successione aut agnatione posthumi nepotis rumpantur?
- 11 Explicantur verba illa, l. si quis filium. 34. C. de inoffic. test. ex lege Vellea.
- 12 Quatenus videri possit ex secundo legis Velleæ capite rumpi testamentum, si posthumi nepos sit præteritus.
- 13 Tolluntur & videndum, d.l. Gallus, verba illa legis Velleæ, in locum suorum sui heredes succedunt.
- 14 Reijciuntur aliorum ad hæc verba interpretatio.
- 15 Reselluntur alius error Interpretum quorundam in explicatione secundi capitis legis Velleæ.
- 16 Goueani opinio de dispositione secundi capitis legis Velleæ.

Sequitur alterum caput legis Velleæ longè pluribus & maioribus difficultatibus intricatum. Illud enim primum obscurissimum est necdum ab vilo interprete, iudicio meo, intellectum. Quidnam hoc capite lex Vellea induxerit, deinde cur eius prouisio ad testamentorum validitatem necessaria fuerit. Quamquam enim huius §. initio Scæuola aperte scribit, sequenti parte legis Velleæ inductum esse ut succedentes nepotes aut pronepotes in locum liberorum non rumpant testamentum, dubitatio tamen ex eo nascitur, quod in §. ille casus hac ead. leg. idem Scæuola monet, non aliter legi Velleæ hac parte locum esse quàm si is qui in filij loco succedit vtiliter sit institutus. Præcedere enim debere vtilem institutionem. Quæ porro præcedere quid necesse erat constitui aut prohiberi ne vtiliter institutus nepos succedendo in locum filij testamentum aui rumpere? An alij rumpere solent quàm qui sunt præteriti? Rursus quis præteritum dicat eum, qui sit institutus & quidem vtiliter? hoc est eo modo quo fieri institutionem ius præcipit, nominatim scilicet, ac prima testamenti parte. Itaque non possis illud primum dicere quod nimis imperite quidam putat, inductum esse per legem Velleam ut nepotes aut pronepotes iam nati testamenti tempore (de his siquidem solis non etiam de posthumis aut de liberis primi gradus secundo capite

agitur) institui possent. Id enim iam olim licebat, & generale erat ut quisquis iam natus esset institui heres posset, si modo cum eo testamenti factio esset: cum nepotibus autem & pronepotibus auium testamenti factioem habuisse vel ex eo constat, quod si præteriti essent rumpere succedendo, ob idque prouidendum fuit ne rumpere. Idque disertis verbis Scæuola noster testatur in d. §. ille casus. Posteriore inquit, capite non permittit institui sed vetat rumpi, differentiam ostendens inter duo illa legis Velleæ capita, quorum priore inductum fuisse apparet ut institui possent posthumi siue liberi siue nepotes qui viuo testatore nascerentur, quos antea nullo iure institui potuisse diximus in superioribus, & Scæuola quoque notat in dict. §. ille casus, iis verbis, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Sed neque illud dici potest posterioris legis capite inductum esse ut nepotes isti aut pronepotes institui necessario deberent. Etenim si sint præteriti, non tamen faciunt iniustum testamentum, non solum quod non sint sui quamdiu à patre anteuertuntur, verum etiam quia si iuris veteris rationem inspicias, tametsi testamenti tempore primum gradum teneant in familia patre iam mortuo, nihilo magis instituendi sunt aut exheredandi ne vel iniustum faciant vel rumpant, sed habent tantum ius accrescendi exemplo filiarum, quod nos pluribus comprobauimus & explicauimus supra. Quod si cum eos pater testamenti tempore præcederet, postea viuo aui pater decesserit, atque ita in parentis eiusdemque sui heredis locum successerint, rumpunt quidem succedendo etiam hodie si sint præteriti. Verum & iam olim ante legem Velleam rumpere tametsi fuissent institui, ut mox dicemus. Porro quo iure rumpere, nisi quia institui eos necessario vel exheredari oportebat? Denique non iubet lex Vellea eos institui ne rumpant, sed prohibet rumpere si sint instituti, supponens quasi in necessarium antecedens vtilem præcedere ipsorum institutionem. Anigitur induxit ut nepotes præmortuis parentibus in eorum locum succedant? Ita putat vir doctissimus Iacobus Cuiacius, secutus errorem Alciati lib. 3. paradox. cap. 19. Vterque deceptus verbis legis quæ sic expressa sunt in §. videndum infr. si quis ex suis heredibus suis esse desierit, liberi eius, &c. in locum suorum sui heredes succedunt. Plus putant eadem lege inductum esse ut nepotes isti non tantum in præmortuorum parentum locum succederent, sed etiam succedendo rumpere si præteriti essent. Quam in sententiam mouetur præcipue Alciatus ex Iustiniani constitutione in l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. illis verbis, ut neque ex lege Vellea possit in locum patris sui succedere, & rescindere testamentum. Ego verò nihil improbabilius dici posse existimo. Constant enim iam ante legem Velleam ita ius fuisse ut præmortuis liberis primi gradus, pronepotes in eorum locum succederent, idque non tam iuris quam naturæ potestate, & naturali quodam ordine, qui nec legis auxilio indigebat ut induceretur, nec vilius legis auctoritate impediri poterat ne fieret. Quid enim tam naturale quam præmortuo filio qui primum gradum tenebat succedere nepotem in eius locum eundemque gradum occupare? l. 1. §. si filius de suis & legit. Et ob eam nimirum causam rumpere isti aui testamentum, adeo ut ne in posterum rumpere, fuerit necessarium legis Velleæ auxilium, non sufficiente prudentium auctoritate ad iuris ciuiliis asperitatem quantacumque æquitate suadete temperandam. Illud verò quàm absurdum est dicere, inductum hac lege ut successione nepotis in locum sui heredis rumpatur te-

stamentum, præsertim verò, si, quod adhuc ineptius est, cum eodem Alciato putes ante legem Velleam & Galli Aquilij temporibus ita ius fuisse ut nullo casu nepos aui testamentum rumpere, nec si viuo aui pater prædecessisset. Quasi verò legis propositum fuerit, vulnus inferre, ac non potius id quod iuris veteris ratio & scrupulositas intulerat curare. Alioqui nonne consultius fuisset & testamentis fauorabilius nullam ea de re legem referri? Aut quid fauore testamentorum inductum videri potest per legem Velleam hoc solo quod prohibuit, ne instituti nepotes succedendo rumpant si eadem lex constituit ut succedant & succedendo rumpant præteriti, qui antea nec succedebant, nec præteriti quoque succedendo rumpere? An non si ita esset, comparare oporteret legem hanc Peliadi hastæ? de qua sic Poëta quodam loco,

Vulnus Achilleo quod quondam fecerat hostis
Vulneris auxilium Pelias hasta tulit.

Enimvero si ante Velleam nepos in præmortui parentis locum non succedebat, nec succedendo rumpat, quid obsecro necessaria fuit subtilitas Galli Aquilij ad excogitandam dictandamque formulam per quam posthumi nepos vtiliter institueretur? Admitto equidè Gallum Aquilium tractasse de cõcipienda institutione nepotis qui si præteritus esset agnoscendo non succedendo testamentum rupturus erat, quia cum non posset succedere eo ipso instanti quo pater decesseret, utpote qui nondum eo tempore natus esset, priusque nasci eum quàm in parentis locum succedere oporteret, agnationi sui heredis potius quàm successioni imputandum erat quod aui testamentum rumpere. Caterum nec illa ratione rumpere agnoscendo quàm quia suus heres esset, neque rursus alio intuitu suus heres dici poterat quàm quod in sui heredis præmortui locum successisset, primumque in familia gradum natiuitatis suæ tempore vacuum reperisset, ideoque & interdum succedendo rumpere dicitur, qui rumpit agnoscendo, leg. si quis filio. 6. §. sed si pater. de inoff. rupt. dict. leg. 1. §. si filius. D. de suis & legit. Iunct. §. interdum eiusdem legis. & ex contrario quoque qui succedit quasi nunc primum agnoscatur posthumi loco esse dicitur in l. posthumorum. 14. de inoff. rupt. nec admitti potest quod Alciatus ait, ea quæ circa Galli formulam tractat Scæuola de testamento per nepotis posthumi præteritionem rumpendo non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat, sed ad legem Velleam referri debere. Nam imò verò multos casus tractat Scæuola quos negat ad legem Velleam pertinere, & in quibus tamen fatetur ruptum iri testamentum præteritione nepotis posthumi, nisi vel ex sententia legis Velleæ, vel qua alia ratione & interpretatione defendatur, ut in §. quid si tantum, & §. quid si filium. Et apertius in §. si eius, an nõ querit Scæuola, utrum casus quem eo loco tractat ad legem Velleam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, id est ad illud quod ante legem Velleam obtinebat, & Galli temporibus: itemque an possit vel ex iure antiquo vel ex lege Vellea institutus nepos non rumpere? Quorsum verò iuris antiqui meminisse debuit, & subiicere nihil referre an ex iure antiquo, an ex lege Vellea nepos excludatur, si ita ius erat ante legem Velleam, ut testamentum rumpere etiã præteritus nõ posset? Aut quid attinebat disputare an inspecto iure antiquo vtiliter institutus esset nepos si præteriti impune poterat. Quod autem idè Alciatus addit, nõ alia de causa Gallum prodidisse formulam de instituendo posthumo nepote quàm quod absurdum & iniquum putaret, excludi curat

30

plet post Alciatum nec improbabilitet, hoc vno tantum reprehendendus quod in posterioribus adiecit primum caput legis Velleæ non ad primi gradus posthumos, sed tantum ad nepotes pertinere. Nam cum verba illa legis sint generalia, qui ei suus heres futurus erit, maiorque fuerit ratio prouidendi ne posthumi primi gradus quam ne nepos viuo testatore natus testamentum rumpere, cur non & filios æquè ac nepotes lege Vellea comprehendi admittamus? Idque aperte scriptum est in l. 3. §. 1. de inoff. rupt. & irrit. testamenti. aliisque locis omnibus quibus agitur de filio posthumo instituto vel pure, hoc est non expresso casu mortis vel in vtrumque casum siue viuo siue mortuo patre nasceretur, dict. leg. commodissime. l. si ita scriptum. 47. §. 1. de heredit. instit. Neutrum enim ante legem Velleam licebat. Fefellit Goueanum quod ab Vlpiano scriptum vidit in leg. sed si condition. 6. §. 1. de heredit. instit. nepotes & deinceps ceteri qui ex lege Vellea instituti non rumpunt testamentum. Sed animaduertere debuit locum illum non nisi ad secundum caput legis Velleæ pertinere, quo sanè de solis nepotibus & pronepotibus non etiam de filiis actum est, quia filij primi gradus non possunt rumpere succedendo cum in primo gradu constituti nec habeant cui succedant. Illud sanè rectius Goueanus quàm Cuiacius, legis verba sic legenda esse, is omnis virilis sexus, non is omnes. Neque enim de filia aut neptis minus quàm de filij nepotisque institutione ea lege prouisum est, ut apparet ex dict. leg. si ita scriptum. 47. §. 1. de heredit. instit. Et quamuis verum sit quod Cuiacius ait differentiam olim fuisse inter posthumos & posthumas, quod posthumi nominatim exheredandi erant, posthumæ verò inter ceteros quoque exheredari poterant dummodo cum adiectione legati §. posthumi quoque Inst. de exhered. lib. l. vltim. §. vltim. C. de liber. præter. Attamen quod ad institutionem instituendique aut exheredandi necessitatem nulla erat differentia. Lex autem Vellea de institutione potissimum tractauit. Non inficior tractasse etiam per occasionem de exheredatione ut Vlpianus non obscure significat in dict. leg. 3. §. 1. de inoff. rupt. Sed non iis verbis quæ Scæuola in hoc §. interpretatur, in quo tractat de nepote instituto. Nihilque vetat pluribus verbis conscriptam legem, & aliter locutam cum de institutione egit, aliter cum de exheredatione. Certè illa quæ sequuntur qui ei suus heres futurus erit, ostendunt manifestissime præcedentia quoque in singulari non in plurali numero legenda esse. Nisi malis cum Cuiacio sic emendare ut legas in plurali qui ei sui heredes futuri erunt, quod tamen minus probabile est. Igitur verba illa, virilis sexus, non aliam ob causam adiecta videri debent, quàm ad exclusionem posthumorum ex fœminis viua matre natorum, qui licet præteriti sint non tamen rumpunt matris testamentum, propterea quod eorum præteritio pro exheredatione habeatur. Ideoque nec ad legem Velleam pertinent, quæ de eorum duntaxat posthumorum institutione aut exheredatione locuta est qui præteriti rumpere. Ut mirer virum doctissimum Iacobum Cuiacium scripsisse fœminam Velleam posthumi habere posse. Quasi verò Velleanus posthumi dici debeat quisquis viuo parente nascitur, ac non is demum qui & suus nascitur, & viuo parente. Fœminæ autem suos heredes non habent, leg. illud. 4. §. ad testamentum. D. de bonorum possess. contr. tabul. l. nulla fœmina. 13. de suis & legit.

ab aui hereditate, nonne plusquam ridiculum est? Si quidem Galli formula non minus ad exheredandum, quam instituendum nepotem posthumum pertinet, cum æque posthumus ac filius iam natus exheredari possit siue vivo siue mortuo testatore nascatur *l. 3. in princip. & §. sed et si sit & §. nominatim. D. de in iust. rup.* Quod si posthumus filius, cur non & posthumus nepos? Deinde quis nesciat quod iam nos in superioribus tam saepe inculcauimus posthumi institutione iure vetere & duodecim tabularum permissam non fuisse, postea verò ex prudentum interpretatione eatenus dumtaxat inductam, quatenus testamentorum fauor & necessitas postulare, id est ratione posthumi sui, cuius præteritione periculum erat ne si nasceretur rumpere testamentum? Proinde si cum Alciato defendas posthumum nepotem Galli temporibus, & ante legem Velleam, nec in locum parentis sui præmortui succedere, nec testamentum rumpere potuisse, illud quoque fateri te necesse erit, non potuisse Gallum inducere ut posthumus hic nepos institui posset, non magis quam ut alieni posthumi institutio valeret, aut sui qui vivo testatore nasceretur: nec minus illo casu, quam istis necessarium fuisset auxilium legis Velleæ aut alterius ad constituendum ut cum posthumo nepote testamenti factio esse inciperet. Postremo non possis negare, quin iam ipsius Galli temporibus posthumus hic nepos, quem Aquilianum dicimus, & suus & necessarius heres auctore ab intestato futurus esset: nam & alienos quoque posthumos legitimos heredes fieri non posse ex eiusdem Galli sententia obtinuerat *l. penult. de legat. 1.* Debit ergo iam tum necessario institui vel exheredari, ne testamentum rumpere. Fuit enim perpetua illa veteris iuris regula, suum heredem aut instituendum esse aut exheredandum, alioqui testamentum vel ipso iure nullum esse si suus heres iam natus sit, vel rumpi agnatione si postea nascatur. Eamque regulam condicio ipsa fuitatis, ut ita dicam, euincit: cum quisquis suus heres est idem vivo & defuncto patrefamilias sit dominus tamen non sit institutus, nisi per exheredationem id illi dominium ablatum sit *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* Atqui fieri non potest ut eo domino, id est herede existente, alius quoque qui testamento scriptus fuit, heres sit & dominus: alioqui eodem tempore duo eiusdem successionis heredes & domini in solidum essent, quod iuris ratio non patitur, *l. si ut certo §. si duobus vehiculum. D. commod. l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.* Alterutrum igitur euenire necesse est, ut vel ius fuitatis rumpat vim testamenti, vel testamentum extinguat ius fuitatis. Posterius dici non potest, quia ius fuitatis ut antiquius, & naturali quoque ratione ac æquitate subnixum, ita & potentius est, adeo ut neque per exheredationem prorsus extinguatur quemadmodum infra docebimus. Prius ergo euenire, hoc est testamentum rumpi prorsus consequens est. Ac sane tantum abest ut lex Vellea successione aut agnatione posthumi nepotis testamentum rumpi induxerit, ut ex contrario non ad alium finem lata sit quam confirmandorum testamentorum gratia, *l. si hereditas 10. §. qui filium. D. de testa. iur.* Confirmat enim hoc ipso quod vetat rumpi, ut Scauola loquitur in hoc §. & *d. §. ille casus.* Exemplo, ut & Cuiacius fatetur, legis Cornelie, quæ non alio sensu testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmare dicitur, quam quia impedit ne fiant irrita per superuenientem captiuitatem *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. subst. l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss.* Quid autem tam contrarium confirmationi

testamentorum, quam si lege Vellea inductum sit ut successione rumpantur, quæ antea non rumpebatur? Estque in hanc rem textus non minus elegans quam apertus in *l. 2. §. 1. d. vulg. & pup. subst.* in illis verbis: *ita enim post legem Velleam succedendo non rumpunt testamentum, scilicet, ut præcedentia demonstrant, si vel instituti sint vel exheredati, An non enim probat is locus manifestissimè ante legem Velleam ita ius fuisse ut nepotes isti succedendo rumpere, quamuis vel instituti essent vel exheredati? Planè, quia non aliter testamenta rumpi lex Vellea prohibuit quam si nepotes instituti vel exheredati proponerentur, non malè, licet minus propriè possis dicere lege Vellea succedere, & succedendo testamentum rumpere nepotem, qui nec institutus sit nec exheredatus. Quomodo Iustinianus aut Tribonianus potius more suo parum attendens ad verborum proprietatem sermonisque elegantiam locutus est in *d. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* vbi verba illa ex lege Vellea quæ Alciato fefellerunt sic proculdubio accipienda esse constat ac si pluribus scriptum esset *permittente lege Vellea*, aut si maius apertius, *sine impedimento legis Vellea*, ut in *l. 2. C. de liber. præter.* quo loco mirum est abuti etiam Alciato ut errorem suum muniat, cum vel ex illo solo, si alius nullus esset, concludere potius debuerit lege Vellea allatum impedimentum ne testamenta successione rumpere, non ut ille putat inductam rumpendi facilitatem facultatemque. Sic ex contrario si de primo legis Velleæ capite agatur quo permissa est posthumi vivo testatore nascituri institutio, possit quis non malè id ipsum usurpare, quod de secundo capite Scauola scribit, prohibere legem ne testamentum rumpatur. Neque enim facit lex ut ab initio valeat institutio posthumi præsertim filij quem suum nasci prorsus necesse sit, qui que fortassis post mortem patris sit nasciturus. Sed si vivo testatore eum contingat, ideoque talem apparere qui institui non potuerit, facit lex ut institutio quæ initio inspecto in eo erat ut valere posset, nempe si posthumus ille mortuo patre natus fuisset, omnimodo valeat neque ex euentu inutilis fiat, & ut ita dixerim, rumpatur, ob id solum quod postea vivo testatore nasci posthumum contigerit. Sed hoc ipsum ideo quia permittit eius quoque posthumi institutionem qui vivo testatore nascatur, cum antea permissa non esset. Ergo & similiter quamuis eadem lex secundo capite non permiserit aut iusserit institui nepotem qui in parentis locum succedere possit, sed tantum prohibuerit ne rumpere, si esset institutus vel exheredatus, possit quis tamen non omnino ineptè, licet minus propriè, cum Tribon. dicere ex lege Vellea rumpi testamentum si nepos hic sit præteritus. Quasi hoc ipso quod prohibuit eum rumpere si esset institutus vel exheredatus à contrario sensu permiserit rumpere secundo id ius quod iam antea obtinebat si esset præteritus. Iam ergo nihil est quod pro viris doctissimis afferri possit, præter verba illa legis Velleæ quæ proponuntur in §. videndum, *in locum suorum sui heredes succedunt.* Sed responderi duobus modis potest. Primum ita ut dicamus, quod ego verissimum arbitror, non esse verba hæc aut legis Velleæ aut Scauolæ, sed inepti interpretis de suo suppletis pro arbitrio quod Scauola in referenda lege ex proposito tacuerat, adiecta hac breuitatis nota & c. Mouet me quod vix est ut ea nota in mediam clausulam conferatur, sed in finem dumtaxat, cum cætera quæ dici possent ad id de quo agitur nil pertinent. Scauola verò in *d. §. videndum.* non de successione aut successione in locum sui heredis iure disputat, sed tantum*

tum de interpretatione priorum verborum legis. *si quis ex suis heredibus suus heres esse deserit*, ut ad eum §. docebimus. Nec possis obicere, in §. præcedente, notam illam, & c. in media quoque clausula additam fuisse. Nam imò verò quæ sequuntur, *etiamsi parente vivo nascantur*, æquè puto esse inepti interpretis, cum nec præcedentibus conueniant quæ in singulari numero scripta sunt, nec ad propositam eo loco quaestionem pertineant, quæ non de illo erat, an vivo parente nasci oporteret liberos ut primo legis capite comprehenderentur, sed de illo dumtaxat, utrum natiuitatis tantum, an verò testamenti quoque tempus verbis legis demonstratum esset in designanda sui heredis persona. Quare necdum inter vulgares interpretes conuenit an adiectio illa huic an illi §. *adscribenda sit*, quia nullibi aut necessaria est aut accommodata: si quidem Scauolæ satis erat priora legis verba expressisse: *Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit*, & c. ut natiuitatis non testamenti tempus inspiciendum esse ostenderet. Mouet me secundo quod hic quoque versiculum de quo disputauimus, *in locum suorum sui heredes succedunt*, superioribus verbis legis nil conuenit. In quibus cum priorum sit, *si quis ex suis heredibus suus heres esse deserit, liberi eius*, & c. sequi debebat, *in locum ipsius succedunt.* Cætera enim non solum sunt superflua, sed etiam incongrua ut nemo non videt. Tertio moueor, quia defendi nullomodo potest successionem nepotis in locum sui heredis, qui suus heres esse deserit, lege Vellea inductam esse, ut à nobis luce meridiana clarius probatum est. Denique quod ex hoc §. & §. *illegitimus* alijque locis supra citatis apparet legis verba non affirmatiue, sed negatiue & per prohibitionem concepta fuisse, cum præcipue id egerit hoc capite ut vetaret rumpi testamentum per sui heredis successionem. Ergo vel quæ proponuntur *d. §. videndum* post notam illam, & c. sunt irreptitia, quod apud me tam certum est quam quod maxime, vel si vera esse voles, fateri saltè manca esse, & mutila nisi addas quod præcipuum est, *succedentes rumpunt.* Hincque altera ad superiorem obiectionem responsio sumi potest. Nam, ut maxime legis fuisse coniectam verba illa, non eo minus supplebo cætera quæ ex Scauola aliisque Iureconsultis supplenda esse appareat. Quamquam interpretis esse non legis facile admittet qui tam multa alia, tota præsertim hac lege ex interpretum glossis ineptè in textum translata esse animaduertet. Scio posse etiam dici, nec prorsus improbabiler, eorum verborum, *in locum suorum heredum sui heredes succedunt*, hanc esse sententiam, ut lex iubet nepotes subintrare in locum liberorum, non tam quasi suos ut rumpant, quam quasi heredes & quidem scriptos, id est testamentarios ne rumpant. Nam cum lex Vellea prohibuerit ne succedendo rumpant, illud quoque ab ea constitutum necesse est ut instituti succedere possint ex testamento, qui cessante lege ex testamento non succedebant. Sed emendatio nostra probabilior est, vel eo maxime nomine, quod lex Vellea non tantum de instituto nepote locuta est, sed etiam de exheredato quem & prohibuit rumpere. *l. 2. §. 1. d. vulg. & pupill. subst.* nec tamen fecit aut facere potuit ut exheredatus ex testamento heres esset, quamuis non eò minus in patris præmortui locum succedat nepos quod sit exheredatus: propter quam causam & ante legem Velleam exheredatus æquè ac institutus rumpebat. Refellendi quoque nobis sunt ij qui scribunt Velleam legem hoc secundo capite nihil nisi consilium dedisse instituen-

dorum aut exheredandorum nepotum ne in locum suorum heredum succedendo rumpere: quo nihil dici potest ineptius. Legis enim est præcipere, iubere & prohibere, non consilium dare. Tum verò consilium dare parum non fuisset, cum nihil prodesset testatori nepotem instituisse vel exheredasse quominus succedendo rumpere, ut probauimus. Prohibendus igitur fuit nepos institutus aut exheredatus, non ne succederet, quod prohiberi non poterat, sed ne succedendo rumpere. Non valdè dissimilis Goueani error est existimantis nihil aliud hac legis parte cauere quam quemadmodum nepotes iam nati quos patres præcedunt mortis tempore ab aui institui possint, quod iis prior gradus obstare videretur. Quasi verò ad legis maiestatem pertineat formulam & cautionem præscribere ne id fiat quod si fieri lex nolit, prohibere rectè possit. An non enim erat Velleo legem roganti facilius prohibere ne institutus aut exheredatus nepos succedendo rumpere, quam præscribere quomodo institui posset? Deinde quid proderat præscribere quomodo & quibus verbis ea institutio conciperetur, si iuris ratio obstabat quominus ob vitalem institutionem sustineri testamentum posset? Id enim ex iis quæ proximo capite dicemus verissimum esse apparebit. Neque verò credendum est verba illa: *si quis ex suis heredibus suus heres esse deserit*, esse verba formulæ à testatore ut securè testetur usurpada, quod imperiti plerique autumant. Sunt enim verba legis prohibentis rumpi testamentum ab eo qui in sui heredis locum succedat. Concludamus igitur legem hanc secundo capite hoc vnum induxisse quod prohibuit ne institutus aut exheredatus nepos succedendo in sui heredis locum rumpat aui testamentum qui antea rumpebat: eamque esse sententiam, *l. posthumorum 13. de in iust. rup. & irrit. testament.* Quoniam autem hoc ipsum adhuc obscurus est, qui fieri posset ante legem Velleam ut nepos vitiliter institutus aut exheredatus ab auctore, nihilominus testamentum ipsius succedendo rumpere, de eo separatim & accuratè sequenti capite nobis tractandum est.

CAPVT XIX.

Cur fuerit necessarium secundum caput legis Velleæ.

SVM MARIA.

- 1 *Vulgaris interpretum ratio reprobatur.*
- 2 *Eum qui tanquam extraneus vitiliter institutus est, non ideo rumpere testamentum, quod postea fiat suus.*
- 3 *Cur legis Velleæ auxilio opus sit ad tuendam eius nepotis institutionem, qui cum institutionis tempore non suus esset, postea suus esse cepit?*
- 4 *In lege Vellea posthumum nepotem non coniunctim cum patre, sed successiue fuisse institutum.*
- 5 *Posthumum nepotem ante legem Velleam institutum vel exheredatum quum in præmortui parentis locum vivo auctore succedebat, non ideo minus præteritum dictum fuisse.*
- 6 *Huic malo secundo legis Velleæ capite prouisum esse.*
- 7 *Cur is qui tanquam extraneus vitiliter institutus est, non ideo rumpat testamentum quod postea fiat suus, per adrogationem vel adoptionem in locum nepotis vel filij?*
- 8 *Extraneo exheredato, eodemque postea in locum filij vel nepotis adrogato, vel adoptato, testamentum agnatione, vel successione rumpi.*
- 9 *Filio exheredato, nepote vero instituto, nepotem qui in*

- locum filij viuo auo defuncti succedit, non rumpere testamentum.
- 10 Nepotes institutos vel exheredatos ex secundo legis vellea cupie succedendo testamentum non rumpere eo casu, quo instituti sunt liberi primi gradus, non quo exheredati.
- 11 Non esse necessarium legis Vellea auxilium, si filio & posthumo nepote exheredatis, nepos in filij locum succedat, & aliquis institutus sit quo aduente vtraque exheredatio vires accipiat.
- 12 An si filius exheredatus sit, institutus autem, non nepos, sed extraneus, filio ante auum mortuo, superstitie extraneo instituto, nepos succedendo rumpat?
- 13 An si nepos iste exheredatus sit, post legem Vellea rumpat?
- 14 Respondetur ad §. filiusfamilias l. filius à patre 28. ff. h. t.
- 15 Ratio secundi capitis legis vellea ab alijs reddita reijcitur?
- 16 Summarium secundi capitis legis Vellea.

Ratio † illa vulgò ab interpretibus nostris redditur, quæ mihi quoque aliquando placebat, quòd nepos ab auo qui filium testamenti tempore superstitem habebat, nominatim institutus vel exheredatus, non possit videri institutus aut exheredatus tanquàm suus, sed potius tanquam extraneus. Suus enim heres est non quisquis in familia & potestate est, quanquàm hoc quoque maximè & necessariò requiritur, sed qui primum in familia gradum locumque obtinet quòd ad causam hereditatis & successionis. l. si quis posthumus. 9. §. 1. l. filius à patre 28. §. 1. h. t. de liber. & posthum. l. si quis filio. 9. de iniust. rupt. l. si filiusfamilias. 33. §. sed si filiusfamilias de testam. milit. l. scripto. 7. D. vnd. liber. l. 1. §. si filius. §. interdum & §. sciendum. D. de suis & legitim. Multum autem interest an quis institutus sit, vel exheredatus tanquam extraneus, an tanquam suus, l. si posthumus. 14. §. vlt. cum l. seq. hoc tit. cum longe diuerso iure deferatur suis & extraneis hereditas, planèque alia sint extraneorum, alia suorum heredum iura. Proinde non videbatur ante legem Velleam satisfactum iuris necessitati quæ sui heredis institutionem vel exheredationem requirebat, si tanquam extraneus institutus esset aut exheredatus, qui ob hoc ipsum necessariò instituendus erat, vel exheredandus quòd iam esset aut fieri posset suus. Speciosa sane ratio, sed quæ propius intuenti mihi satisfacere non potest.

† Video enim eum qui tanquam extraneus vtiliter institutus sit non ideo rumpere testamentum, quòd postea fiat suus, siue à testatore adrogatus sit vt filius. l. si qui heres. 18. de iniust. rupt. siue in locum nepotis adrogatus l. filio. 23. §. si Titius de liber. & posthum. vbi disertis verbis Papin. scribit extraneum heredem institutum ac deinde loco nepotis adoptatum defuncto postea filio qui pater videbatur, non rumpere successionem testamentum, cum heres inueniatur. Sed & cum nepos nondum natus ab auo institutus est tanquam in familia nasciturus, & qui suus heres esse possit, si postea viuo patre natus deinde emancipatus sit, placet non vitari institutionem licet fiat omnino extraneus qui institutionis tempore suus fore sperabatur, hac nostra lege §. vlt. neque in eam rem aut lege Vellea aut alia vlla opus fuit. † Cur ergo diuersum admittamus in secundo legis Vellea capite hoc est, Cur legis auxilium requirimus ad tuendam institutionem nepotis ob hoc solum, quòd cum institutionis tempore esset non suus postea suus esse cœperit? Alia igitur, & verior & subtilior ratio quærenda est, Illa nimirum, si quid mei iudicij est, quòd nepos quem te-

stamenti tempore pater præcedit si postea in præmortui parentis locum succedat viuo auo, quantumuis institutus sit aut exheredatus inuenit tamen præteritum eo instanti quo succedit. Nempe quia quandiu pater vixit non possit videri aut institutus fuisse aut exheredatus. † Ponimus enim non coniunctim cum patre fuisse institutum (quanquam & hoc fieri potest cum nihil vetet patri filium heredem dari siue ab auo siue ab extraneo, l. si ego. 26. l. si ex sua 36. de acquir. hered.) sed successiue post patrem, & eo ordine vt duo institutionis gradus facti sint. Nam & verbis legis Vellea hic vnus casus expressus est, si quis, inquit, ex suis heredibus suus heres esse desiderat, & hac parte nepos Velleanus similis est Aquiliano quòd cum patre nunquam possit concurrere, simulque admitti ad hereditatem. l. cum in testamento. 37. D. de here. inst. iunct. l. posthumorum. 14. que sic omnino intelligenda est de iniust. rupt. Prius ergo est vt primus gradus vacet & perimatur subducta scilicet de medio persona filij, quam vt nepos institutus videatur. † Atqui statim atque filius mortuus est, qui primum tenebat gradum, subintrat in eius locum nepos, & quidè ita tamque subitò, vt nullum intrans medium sit quo primus gradus vacet. Fit enim ea successio, vt superiore capite dicebamus, sola naturæ iurisque potestate, & vt cum philosophis loquar, per modum priuationis potius quam positionis, nec vllum in eam rem hominis factum intercedit. Itaque sicut instans mortis filij vitæ eius computatur, l. qui dnos. 18. §. 1. l. vlt. de fideicom. libert. ita proximo quòd statim & immediatè sequitur, instanti successionem fieri necesse est nepotis in locum demortui aut deportati parentis. Porò eo instanti non reperit se institutum, quia prius est vt instituatur quam vt institutum se pariat: cumque ipsius institutio hoc demum primo instanti incipiat, quò pater iam mortuus sit, nec amplius obstet, & vt vtat verbis legis Vellea, quo pater suus heres esse desiderat, neque aut retrorah nepotis institutio possit ad tempus testamenti: (ne cum patre institutus videatur qui non nisi post eum & ex ordine fuit institutus) aut in momento facta intelligi, quoniam nihil profus instanti fit in quo vel naturæ vel hominis factum interuenire oporteat: omnino consequens est vt nepos hic Velleanus non solum non reperiat se institutum, sed neque institui se videat eo primo instanti quo succedit. Sera igitur institutio est posteaquam successit, nec est minus dicere potest se præteritum qui prius factus est suus quam institutus. Idque est, ni fallor, quòd ait Scauola in d. §. ille casus, Posteriori capite non permittit institui sed vetat rumpi, necne ob eam rem minus ratio esset quòd succedit. Porò præcedere (sic enim lego non vt vulgo, procedere) debet vt vtiliter sit institutus. Nam si institutio nepotis non impedit quominus is succedendo rumpat quemadmodum Scauola verba præ se ferunt: ergo nec impedit quominus præteritus dici debeat. Neque enim alij rumpunt quam qui præteritos se inueniunt, cum agnascuntur aut succedunt, si tales sint qui vel institui vel exheredari debuerint. † Ita fiebat ante legem Velleam, vt præteritionis penam pateretur auus qui nepotem non præterierat, sed quantum in se fuisset instituerat: quòd etsi iniquum Iuris prudentibus omnibus videri debebat argumentum. l. vlt. in fin. C. de posthum. hered. inst. nullo tamen nisi nouæ alicuius legis remedio corrigi poterat: lex autem eò minus necessaria videbatur, quòd cum viuo testatore ea successio, testamentique ruptio contingeret, in ipsius testatoris potestate esset aliud testamentum facere, atque ita aduersus iuris iniquitatem sibi

consulere, sicut & cum prius legis caput interpretaremur, diximus, permissam olim non fuisse institutionem sui posthumi qui viuo testatore nasceretur, quòd quamuis agnascendo rumpere, non tamen faceret patrem necessario intestatū, quippe cui liceret aliud postea testamentum facere & hunc ipsum qui prius ruperat vel instituere vel exheredare. Sed quemadmodum tandem apparuit necessarium fuisse auxiliū legis vt talis quoque posthumi siue sui siue alieni institutio permitteretur, proptere à quòd multa possent accidere quibus impediretur testator ne nouū testamentum faceret: in eamque rem primum legis Vellea caput latum est: ita necessarium quoque visum est posteriore eiusdem legis capite prouideri, ne successione testamentum rumperetur, quòd alioqui tam facile refici non posset, præsertim cum in secundo testamento si refici posset ille ipse instituendus esset aut exheredandus, qui in priore iam institutus erat, aut exheredatus. † Nec simile est quòd diximus ex dict. l. quis heres, 18. de iniust. rupt. si is qui heres institutus est, à testatore adoptetur posse dici satis ei factum. Ratio enim illa statim redditur, quia & antequam adoptetur institutio vt in extraneo locum habeat. Sensus est hunc fuisse institutum inde ab initio, & priusquam adoptaretur: ideoque nec posse videri præteritum, quia nihil erat quòd impediret ne ante adrogationem institutus videretur tanquam extraneus, cum non solum primo gradu institutus esset, quòd sufficere poterat, sed etiam solus. Quòd etiam pertinet elegans illa & concisa Papiniani sententia in §. si Titius d. l. filio hoc tit. nepotis successionem non rumpitur testamentum ab eo qui heres inuenitur. Tractat enim de eo qui priusquam loco nepotis adoptaretur institutus fuerat, & consequenter filio qui primum gradum tenebat exheredato, aut si etiam volens, nihil enim hic interest coherede dato: vt proinde eius institutioni obstare non posset quòd filius primi gradus testamenti tempore in medio fuisset. Cæterum illud apertè Papinianus significat successione rumpi testamentum quoties heres non inuenitur nepos qui succedit & quo instanti succedit, quòd ipsum contingit quoties non prius heres institutus est quam succedat, cum, vt diximus, fieri nequeat vt eodem instanti succedat quis & instituatur aut institutum se reperiat, sed omnino necesse sit vt iam antè quam succederet fuerit institutus. † Vnde fit vt si ponas exheredatum extraneum (non idem est si filium qui fuerat emancipatus d. l. filio in princ. aut qui nullo facto patris intercedente, sed quòdam tantum naturali ordine & fuerit extra potestatem & itidem reciderit in potestatem vt in specie illa pereleganti quæ Triphoninus tractat in l. proxim. §. 1. iupr. hoc tit.) eundemque postea adoptatum vel adrogatum siue filij siue nepotis loco, testamentum omnimodo rumpatur. Priore casu agnatione sui heredis, posteriore verò, successione in sui heredis locum, quia exheredatio ab initio non valuit, & quo tempore fit suus nec vtiliter exheredatum se reperit nec institutum, sed præteritū qui tamen si fuisset institutus non rumpere, quia institutum se reperiret, nimirum quia non sicut institutio ita exheredatio extranei valet l. non putant. 8. §. si quis emancipatum versio sed extraneo, D. de bon. poss. cont. tabul. iunct. d. l. filio in princ. si quidem absurdum est exheredati extraneum, cum exheredatio præsupponat habendæ hereditatis spem ac quasi præsentem acquisitionem, quæ in extraneo præsertim non instituto nulla est, l. quidam cum filium. 32. de verbor. oblig. sed tantum in suo herede, l. in suis. 11. hoc tit. aut in emancipato qui licet iure ciuili, neque suus sit neque

cognitus, à Prætere tamen inter suos heredes connumeratur hæctenus, vt petere possit bonorum possessionem contra tabulas nisi sit exheredatus, quia & ab intestato petere posset. Vnde liberi, vt vel hoc ipso vtilis sit emancipati exheredatio, quòd eum excludit à beneficio bonorum possessionis contra tabulas, dict. l. non putant in princ. de contr. tab. l. vltim. D. hoc tit. iunct. §. sunt autem institut. de bonor. possess. Et quemadmodum supra diximus fieri non posse vt nepos ex ordine post patrem institutus, eo instanti quo fit suus succedendo in locum patris præmortui reperiat se institutum ideoque fieri vt rumpat, ita nec fieri potest vt qui ab initio inutiliter exheredatus est reperiat se exheredatum cum succedit, quandoquidem inutilis exheredatio pro non exheredatione est, dict. l. non putant. §. non quæuis de contr. tabul. † Ex contrario finge filium qui primum gradum tenebat exheredatum fuisse, nepotem verò institutum (neque enim sicut Aquiliani ita & Velleani nepotis institutio requirit præcedentem filij institutionem, cum vendendum non sit ne filius à Velleano nepote exheredatus post mortem suam exheredatus videatur) sine dubio defuncto filio viuo auo nepos in locum præmortui parentis succedens non rumpet testamentum, quia reperiet se institutum, nec perinde institutioni eius obstiterit exheredatio patris atque institutio obstiterit: quamuis non magis exheredatio filij faciat nepotem suum heredem auo quandoquid auus viuit quam si idem filius institutus esset. Semper enim patris etiam exheredati persona nocet nepoti ne suus heres sit auo, id est ne tanquam suum institui eum necessariò vel exheredari oporteat, dict. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. Id enim est quòd dici solet exheredationem non tollere ius iuratis, de quo proximo capite dicemus. † Ergo quòd lex Vellea secundo isto capite constituit vt nepotes nati tempore testamenti si vel instituti, vel exheredati sint non rumpant succedendo ad eum casum coarctandum est, quo liberi primi gradus instituti sint, non quo exheredati. His namque exheredatis & nepotibus institutis fieri non potest vt nullo casu nepotes rumpant licet exheredatus pater viuo auo decedat, quia quo instanti succedunt eo ipso iam institutos se reperiant, nec patris exheredatio id impedit, quæ potius facit vt tanto magis institutio nepotum valere debeat. arg. d. l. filio. §. 1. hoc tit. & d. l. si qui heres de iniust. rupt. † Quòd si vtrique sint exheredati, negari etiam non potest quin nepos succedendo reperiat se exheredatum, ideoque nec possit rumpere. Ponimus enim aliū institutum quo aduente vtraque exheredatio vires accipere possit. Proinde nec fuit hoc casu necessarium legis auxilium vt prohiberetur testamentum rumpi, sed eo demum quo filius sit institutus: institutio enim filij, vt diximus, facit ne quândiu is viuit, nepos qui ex ordine, & successiue institutus est, vllomodo institutus videatur, atque ita vt proximo statim instanti quo succedit in locum parentis præmortui non reperiat se institutum. Et diuersitatis ratio est, quia institutio ponit aliquid, & tribuit, exheredatio autem nihil, sed tantum priuat & adimit. † Quid verò si filius sit exheredatus, institutus autem non nepos, sed extraneus? Mortuo filio ante auum superstitie extraneo instituto, nepos succedendo rumpet tanquam præteritus, quia quòd ad ipsum pertinet nihil eius interest an pater institutus sit an extraneus, cum vtriusque effectus ille sit vt eo instanti quo nepos succedit in locum sui heredis, nec institutus sit nec exheredatus. Defuncto autem ante filium extraneo herede

scripto, quaestioni locus esse non potest, propterea quod irritum fiat testamentum ex quo amplius hereditas adiri nequeat. *l. 2. de iust. rapt.* Semel verò factum irritum postea rumpi non possit, sicut nec substitere quod ad filij exheredationem, *l. filium 20. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Quid rursus si nepos ipse sit exheredatus? † Perinde rumpebat testamentum ante legem Velleam atque cum erat institutus, hodie post legem non rumpet. *l. 2. §. 1. D. de vulg. & pupill. substituitur.* In eoque durior est condicio nepotis quam extranei, quod nepotis exhereditatio facta viuo filio ei nocet quandocunque facta suo heredi, non item exhereditatio extranei, extraneo, scilicet propter spem sunitatis, & quia sine vilo hominis facto ac solo naturæ ordine nepos fit suus auo argum. *dict. l. filius à patre, 28. §. filius familias in fin. hoc titul.* Nam & vicissim nepos in eo melioris conditionis est quam extraneus propter spem sunitatis, quod si non exheredetur institui debet non etiam extraneus. † Non obstat superioribus quod in *dict. §. filius familias* scriptum est si heres sit institutus filius vel exheredatus qui postea suus esse cœperit non rumpere testamentum quoties nullo nouo facto hominis, sed naturali tantum quodam ordine id contigerit. Est enim locus ille de filio primi gradus cuius institutionem nihil remorabitur. Nos autem de nepote agimus post filium & per successione ordinem instituto, qui licet institutus sit habendus tamen est pro non instituto quoad filium viuunt, quia non nisi post eum admitti possit. Quod autem eadem lex ait, *si heres institutus sit vel exheredatus*, non eò pertinet quasi alias nihil interfuit ad testamenti validitatem an institutus sit vel exheredatus is qui viuo testatori suus heres factus est cum testamenti tempore non esset (iam enim mortuum institutum non rumpere etiam si factum hominis suus fiat, puta per adoptionem aut adrogationem, *dict. l. filio 23. §. 1. eod. dict. l. si qui heres 18. de iust. rapt.* exheredatum verò rumpere si exheredationis tempore fuit prorsus extraneus, *dict. l. non putauit. 8. §. si quis emancipatum de contr. tabul.* Sed quia in illius §. specie nihil interest an institutus vel exheredatus fuerit filius militis filij familias de castrensi peculio testati, cum neutro casu rumpat testamentum, quippe qui præteritus non fuerit. † Scio esse qui putent caput hoc secundum legis Velleæ id eò tantum fuisse necessarium quod licet iure antiquo & lege 12. tabularum iam natorum hominum institutio generaliter esset permessa, nepotum tamen quoad filium superstes esset inutilis institutio videbatur: quasi quorum ratio nulla haberi deberet viuo filio, Velleum tamen animaduertisse, moriente filio nepotem in sui heredis locum succedere, ob idque lege sua cautum voluisse vt nepotis institutio valeret quæ in sunitatis futuræ casum collata esset. Verum si, vt isti fatentur, ita ius erat vt institui nepos iam natus posset siue pure, siue in eum casum quo suus heres futurus esset, quid fuit obsecro necesse Velleum constituere vt ius instituti valeret? Rursus si nulla huius nepotis ratio habenda erat viuo filio, cur ei permillum erat rumpere succedendo tamen institutus esset vtiliter, ni Velleus prohibuisset? Præsertim cum non eò minus rumpet quod in casum sunitatis futuræ institutus fuisset. Hic enim casus est in quo prohibuit Velleus cum rumpere, constat autem prohibuisse rumpere eo ipso casu quo antea rumpebat. Denique tantum abest vt nepotis Velleani viuo patre ratio nulla habenda esset, vt ex contrario maior tum ratio eius haberetur, quam si iam testamenti tempore defun-

cto patre primum ille in familia gradum locumque occupasset, & quidem præmortuo filio impune nepos præteriri poterat saluo tantum iure accrescendi cum verò pater eum testamenti tempore præcedebat si postea in ipsius locum succedere nepotem contingeret etiam institutus rumpebat succedendo quasi præteritus, vt docuimus pluribus supra ad §. idem credendum, vbi dissimilitudinis quoque rationem attulimus, quam hic repetere nil est necesse. Laudo ego Salomonium, licet non laudem commentarios quos ille in hanc legem amplissimos conscripsit, qui ingenuè & ex bona fide proficitur rationem se ignorare eius iuris quod posterior hoc capite legis Velleæ inductum fuit, id est cur necesse fuerit lege prohiberi ne succedendo testamentum rumpet nepos qui vtiliter esset institutus. Nec sanè si per mille annos te exerceas aliam rationem inuenire possis quam quæ à nobis excogitata & tradita est. † Apparet igitur quod scriptum est in *dict. l. posthumorum, 13. in fin. & in §. posthumorum.* Instit. de exhered. liber. idque lege Julia Vellea prouisum est, non sic accipi debere vt lex Vellea permiserit institui aut exheredari nepotem iam natum tempore testamenti, non item vt iusserit, aut vt præterito nepote testamentum successione nipi voluerit (hæc enim omnia iam ante legem Velleam obtinebant) sed vt instituto eo vel exheredato prohibuerit successione rumpi testamentum, eo nimirum casu quo filius præmortuus esset institutus. Nam si erat exheredatus nil se interposuit lex Vellea, quia nec necesse fuit.

CAPVT XX.

Exheredatione non perimi ius sunitatis, Ad l. 1. §. si pater in potestate, de coniung. cum emancip. liber. eius, & Ad l. qui in aliena. 6. §. interdum de acquir. hered.

SVM MARIA.

- 1 *Varia rationes congeruntur, quibus probatur ius sunitatis exheredatione non perimi.*
- 2 *Non tantum iure ciuili, sed etiam Prætorio exheredatum filium nepoti obstat, quominus nepos præteritus contra tabulas bonorum possessionem petere possit.*
- 3 *Filium licet exheredatum, primum tamen gradum tenere etiam in causa succedendi moriente testatore.*
- 4 *Respondetur ad nonnullos iuris locos quibus probatur ius sunitatis exheredatione perimi.*
- 5 *Quomodo intelligendus sit Vlpianus in l. 1. §. sed & si patruus. ff. de coniung. cum emancip. lib.*
- 6 *Cur filius exheredatus in d. §. pro mortuo habeatur.*
- 7 *Quid in Edicto de coniungendis cum emancipato liberis faciat vt exheredatus pro mortuo habeatur.*
- 8 *Extra causam illius Edicti exheredatum filium pro mortuo habendum non esse.*
- 9 *Respondetur ad l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acquir. hered.*
- 10 *Euenire aliquando vt filius sit patri heres necessarius quamuis nec suus sit, nec in patris morientis potestate.*
- 11 *Quomodo in d. §. interdum. fiat, vt eo ipso instanti quo nepos sit necessarius heres auo, fiat etiam suus.*

Proximo capite obiter diximus, per exheredationem non tolli ius sunitatis, quod an verum sit, & quomodo accipiendum, quia controuerti & ignorari video à viris doctissimis, operæ precium erit inuestigare. † Non tolli ius sunitatis per exheredationem ex eo

intelligimus, quod exheredati filij persona obstat nepoti quominus suus heres sit auo, adeo vt non solum impune præteriri possit nepos si exheredatus filius & patri & aditæ patris hereditati superuixerit: sed etiam defuncto exheredato ante aditam ab extraneo hereditatem non possit rumpere quasi præteritus qui post exheredati patris mortem natus est, *l. si quis filio 6. de iust. rapt.* vbi elegans ratio redditur, cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab auo quem pater præcedebat: Et paulo post, nam agnascendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore. Cui conuenit quod paulo obscurius licet elegantius circa eandem speciem Papin. tractat in *l. scripto 7. D. si tabul. testam. mil. extab. vnd. liber.* maxime in postremis illis verbis, *quare qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstatisse.* Nam si per exheredationem perimeretur ius sunitatis, perinde agnascendo aut in sui heredis locum succedendo nepos præteritus rumpet, siue posthumus, siue iam natus, atque rumpit is cuius pater aut mortuus aut deportatus est, *l. 1. §. pen. D. de bonor. poss. contr. tab. l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert.* Sed neque posset pater filio exheredato pupillariter substituere, sicut nec emancipato potest, nec mortuo, si filius exheredatus pro non suo aut mortuo haberetur. Et tamen exheredato quoque non minus quam instituto pupillariter substituere pater potest, *l. 2. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos de vulg. & pupill. substituit.* † Nec tantum iure ciuili, sed etiam Prætorio exheredatus filius obstat nepoti, ne scilicet præteritus nepos contra tabulas petere possit aut ab intestato Vnde liberi, quod vtrumque posset si pater in medio non esset, aut ex eorum numero esse desisset quos Prætor inter suos heredes connumerat, eodemque iure censeat, vt Iustin. loquitur in *§. sunt autem Instit. de bonor. poss.* Facit *l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius.* illò loco, *exheredatus enim obstat filius suis.* Na quod sequitur post emancipationem susceptis irreptitiu est, vt docebimus in eius legis interpretatione. Huius autem iuris ratio euidentis illa est, quia exhereditatio filij siue sui, siue emancipati vires nullas habet quoad heredi instituto acquisita est hereditas. *l. filium 10. vers. sed cum exheredato. D. de bonor. poss. contr. tabul. l. si patronus testamento. 12. §. ex testamento. D. bonor. libert.* Hereditas autem non nisi post mortem testatoris acquiri potest, quia nec ante vlla esse intelligitur. *l. 1. de hered. vel act. vend. leg. qui superstitis. 94. de acquir. hered. siue de suo herede agatur, siue de extraneo. l. in suis 14. de suis & legit. l. in suis 11. de liber. & posthum.* Porro suus heres ille est qui eo potissimum tempore quo pater familias moritur primum in familia locum obtinet, *dict. l. si quis filio, & dict. l. scripto. l. filius 28. §. 1. de lib. & posthum. l. si filius familias. 33. §. 1. de testam. mil.* † Nec ad rem pertinet si obicias ius sunitatis non ex eo tantum æstimari quod quis primum gradum in testatoris familia teneat, sed illud maxime requiri vt primum gradum teneat in causa hereditatis & successione. *dict. l. in suis de liber. & posthum.* quæ res vix est vt conueniat exheredato quem exhereditatio excludit non tantum à successione, sed etiam à spe successione. Nam respondeo quod iam dixi, exheredationem nullius esse momenti quoad pater viuunt, sicut nec cetera quæ testamento continentur: ob idque nec facere posse quominus filius exheredatus sit auo morienti suus heres, qui & hac de causa exheredandus est si non instituat ne præteritus iniustum faciat patris testamentum. Itaque negari non potest quin filius licet exheredatus primum gradum teneat

etiam in causa succedendi moriente testatore, quia necdum exheredatus videtur, & consequenter suus est, quamuis exheredatione postea confirmata per testamenti confirmationem, hereditate scilicet ex testamento acquisita, verum sit dicere exheredatum suum heredem non extitisse. *l. 1. §. post suos. D. de suis & legit.* Quod videtur Paulus innuere voluisse in *d. l. in suis*, iis verbis, *nec obstat quod licet eos exheredare quos & occidere licebat.* † Non tamen defunt quidam iuris loci quibus contra probari videatur exheredatione perimi ius sunitatis. Ac primum posuit quis moueri ex eo quod scriptum est in *l. si quis posthumus. 9. §. 1. de liber. & posthum.* multum referre an filius exheredatus sit, an captus ab hostibus: filij captiui ius pendere, aut exheredati prorsus abscissum esse. Verum longè alia planèque contraria illius loci sententia est, vt dicemus infra. Secundò vrgere illud maxime videtur quod scriptum est in *l. prima. §. si pater emancipatus. vers. scilicet. sed & si patruus de coniung. cum emancip. liber. eius*; nepotes, quorum pater emancipatus exheredatus fuerit admitti posse ad bonorum possessionem aut cum patruo in potestate præterito, ratione illa, vt lex ait, quod exheredatus pater eorum pro mortuo habeatur. Sed nemo non videt falsam esse rationem si generaliter intelligatur, eique prorsus contrarium quam supra retulimus ex Marcellò in *dict. l. qui duos. 3. eod. titul. exheredatus enim*, inquit ille, *obstat filius suis.* Quomodo enim obstat si pro mortuo haberetur? † Ergo sic Vlpianus intelligendus est vt quod pertinet ad Edictum de coniung. cum emancip. liber. de quo ille tractat, perinde admittantur nepotes ex filio exheredato eodemque emancipato siue soli cum patruo nullus est, siue cum patruo si patruus superstitis ac si pater non esset, nempe quoniam ita posito iure vt ex nouo Edicto aut quod idem est ex noua Iuliani clausula, vt Marcellus loquitur in *dict. l. qui duos*; nepos in familia retentus iungatur patri præterito emancipato, absurdum sit fieri deteriorem nepotis conditionem, vt ad bona aut admitti nequeat ob id solum quod pater eius sit exheredatus; vt paulo ante Vlpian. scribit in versic. absurdum, & apertius Marcellus in *dict. l. qui duos.* Et tamen fieri non potest vt ei emancipatus iungatur ex Edicto, pater qui exheredatus est. Neque enim putauit Prætor exheredatos ad bonorum possessionem, contra tabulas admittendos, sicut nec iure ciuili testamenta parentum turbant, id est iniusta faciunt, vt non valere patiantur, solumque iis superest remedium querelæ inofficiosi testamenti, si intemerenter sint exheredati, *l. non putauit. 8. l. si post mortem. 10. §. exheredati de bon. poss. contr. tab.* Quo proposito si obtineant & rumpant, tum demum iunguntur nepotibus. nõ ex Edicto de coniung. cum emancip. lib. et. vt vulgo creditur (Neque enim Edictum illud pertinet ad eum casum quo proposita sit querela inofficiosi testamenti, cum ea non rescindat totum testamentum, ac pro illa parte duntaxat, pro qua possit ab intestato succedere is qui egit. *l. mater decedens. 19. l. circa 24. de inoff. testa.*) sed hæcenus vt simul pater exheredatus cum filio eodemque testatoris nepote hereditate obtineat, vt Paulus loquitur in *l. si ponas 23. eod. tit.* id est nepos partem hereditatis ex testamento, filius verò aliam partem petita possessione Vnde liberi, quæ scilicet pro ea parte ab intestato competit posteaquam ruptum est testamentum. Est enim ea bonorum possessio post victoriam necessaria emancipato qui iure ciuili succedere ab intestato non potest, sicut & priusquam queri possit necesse est vt aliam possessionem petat litis ordinanda gratia de

ad effectum: effectum autem ipso heredis loco non habetur: præsertim à Prætoris suus heres qui se abstinent, ut alio loco scripsimus ex *l. necessariis. 54. de acquir. hered. l. si filius 12. D. de interrog. in iur. faciend.* Illud etiam animaduertere vir subtilissimus debuit, neque lege Vellea inductum esse ut filio abstinate nepos suus heres sit auo (non enim eum casum lex tractat quo superuixerit testatori filius, sed quo prædecesserit, qui porro nisi superuiuat abstinere nõ magis potest quam uiuentis hominis heres esse) sed tantum ut filio instituto non rumpatur successione nepotis instituti aut exhereditati testamentum aui. Cur ergo vulgaris substitutionis formula in eam rem inepta uideri debuit? Ratio autem illa quam Goueanus subnectit, *cum in suis non sit successio*, quid, obsecro, ad rem nostram pertinet? Si quidem regula illa est eius duntaxat iuris quod ab intestato non quod testamento facto obtinet, ut constat ex *d. l. 1. §. sciendum de suis legit. §. placebat. Instit. de legit. agnatorum successione*. Sensusque regulæ est quoties alicui tanquam suo, aut tanquam agnato delata est à lege hereditas, & is heres esse noluit, non fieri locum sequenti in gradu siue sit ille ex liberis siue ex agnatis, sed bona fieri vacantia, nimirum quoniam tota legis hereditatem deferentis potestatis vnica delatione consumitur: utpote quæ non nisi suo heredi aut agnato proximo hereditatem defert, suus uero vel agnatus proximus dici aut exuentu fieri nequeat is ante quem alij delata est intestati hereditas. Id enim vnum instans præcisè lex demonstrat in deferenda ab intestato hereditate, quo intestati successioni locus factus sit, *l. si quis posthumus. 9. §. si filium in fin. hoc tit. de liber. & posthum.* quod instans ad mortem patrisfamilias refertur si aut nullomodo aut inutiliter testatus sit, aut si uiuo eo testamentum ruptum vel irritum factum sit. Quod si utiliter quidè testatus sit nec testamentum uiuo eo intercederit, sed postea herede scripto hereditatem omittente desertum destitutumque sit non mortis tempore, sed eo demum instanti quo testamentum destituitur, hereditas ab intestato defertur, *d. §. si filium. d. §. sciendum d. l. si quis filio. dict. l. scripto*. Cum igitur lex Vellea de testati non intestati successione locuta sit, itemque de ea successione quæ ante non post delationem hereditatis fiat, & uiuo non mortuo testatore, apparet alienam propositam esse à proposita quæstione rationem illam, *cum in suis non sit successio*. Itaque ut iam quid respondendum sit doceamus, dicendum est vulgarem substitutionem non fuisse ineptam nec insufficientem ad nepotis Velleani ad secundum legis caput pertinentis institutionem. Nihil enim interfuisse an nepos ille institueretur ante legem Velleam an substitueretur, ut toties diximus, euadat in institutum. Sed tamen non eò minus necessarium fuisse secundum caput legis Velleæ ad defendendam institutionem, quoniam quibuscunque uerbis facta esset institutio facere non poterat quominus nepos etiam utiliter institutus succedendo rumpere, *§. ille casus infr. hac lege*, propter elegantem illam & subtilem iuris rationem quam supra attulimus. Proinde non formula opus erat ad concipiendam utiliter institutionem ut in casu Galli Aquilij, sed lege ad prohibendum ne utiliter concepta nepotis institutio eiusdem successione corruperet. Ex quo euidentius intelligimus quam grauiter errēt qui putant secundo isto capite legis Velleæ præscriptam formulam per quam nepotes iam nati quos parentes præcedunt ab auis institui possint ne succedendo in locum filiorum rumpant auorum testamen-

ta. Quo in errore idem quoque Goueanus fuit; ob hoc nimirum quærens cur formula vulgaris substitutionis non sufficeret, quod existimet idoneæ formulæ inopia nepotes istos ante Velleum institui nõ potuisse, cum tamen constet ex superioribus & institui eos potuisse & utiliter: sed illud tantum incommodi fuisse quod etiam utiliter instituti nihilominus rumpant, rumpentque etiamnum, si legis autoritas non superuenisset. Ergo si ius uetus inspicias tam rumpit qui institutus est utiliter quibuscunque uerbis institutio concepta sit, quam qui vulgariter substitutus est. Post legem Velleam neuter rumpit, quoniam utilis institutio quam præcedere necesse est, perinde fit per formulam vulgaris substitutionis filio herede scripto ante testatorem moriente, atque per aliam quamcunque formulam. Nunc ad Scæuolæ uerba veniamus.

CAPVT II.

Ad §. sequenti parte l. Gallus.

SUMMARI A.

1. Verba legis Velleæ negatiuè & prohibitiuè concepta esse.
2. Aquiliana formula uerba quod ad personas suppletionis opus habuisse, legem Velleam non item.
3. Casus in lege Vellea clarius expressos quam in Galli Aquilij formula.
4. Suppletionem casuum ad sententiam, non ad formulam Galli Aquilij faciendam esse.
5. De uerâ lectione uersiculi nec solum si nepos, & Goueani & Cuiacij ad eum locum emendatione.
6. An ex hoc loco probari possit, tam posthumum quam eum qui posthumi loco est, quum præteritus est, non nisi post mortem testatoris effectum ipso rumpere testamentum?
7. Quenam sit Scæuola in d. uers. sententia.
8. Reuocanda esse uerba d. §. dummodo institutus sit, vel exhereditatus.
9. Verba illa secundi capitis legis Velleæ, si quis mihi suus heres esse desierit, institutionis formulam non continere.
10. Quid inter Velleani & Aquiliani nepotis institutionem intersit?

Sententiam huius §. non est difficile intelligere, ex iis quæ superioribus capitibus scripsimus de sententia secundi capitis legis Velleæ. Restat tantum ut ipsa Scæuolæ uerba interpretemur quæ uiri plerique doctissimi dum mendosa esse putant, emendando male corruerunt. *Sequenti parte*, inquit Scæuola, id est posteriore capite, *succedentes in locum liberorum non uult lex rumpere testamentum*. Ergo uerba legis non affirmatiuè & permissiuè, sed negatiuè & prohibitiuè concepta fuisse consentaneum est, quod ad ea quæ supra diximus confirmanda maxime pertinet. Sequitur, *Et ita interpretandum est, ut si & filium & nepotem & pronepotem habeas mortuis uirisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat*. Interpretatione uerba legis indigēt, non suppletionem, quia sunt generalia apta comprehendere non tantum omnes liberorum personas cuiuscunque gradus sint, sed etiam omnes casus quibus fieri possit ut qui testamenti tempore suus heres esse desinat. Non eadem formulæ ab Aquilio propositæ uerba fuisse, quia de nepote nominatim locutus est, ideo necesse fuit suppleri, quod Scæuola scripsit in §. *idem credendum*, id eum de pronepote quod de nepote existimasse, id est ut quemadmodum nepos in casum & tempus mortis filij ac ex eo demum

demum tempore, ita & pronepos in casum mortis filij & nepotis ex eo demum tempore quo ambo decesserint institui possit. Velleus uero non nepotis aut pronepotis nomen usurpauit, sed *descendendum*, quorum appellatione constat non minus pronepotes & abnepotes, cæterisque deinceps quam nepotes contineri. Ea enim distinctio adhibenda est, quam & in tractatu de Aquiliano nepote instituendo adhibuimus, an instituto pronepote, nepos quoque institutus sit an præteritus. Nam si uterque institutus sit securè testator auus & sine patri superuiuat nepos siue præmoriatur succedendo rumpere numquam potest. Sed si præteritus fuit non eò minus rumpet quod & filius & pronepos sint instituti si ipse patri superuixerit: *d. §. idem credendum in fine*. Neque enim aliam lex Vellea rumpere prohibet quam qui sit institutus aut exhereditatus. Quod & in hoc §. Scæuola monet postremis illis uerbis, *dummodo heres institutus sit aut exhereditatus*. Subiicit Scæuola, *Et bene uerba se habent*, Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, *ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus*. Sensus est, aptioribus uerbis conscriptam legem quam Galli Aquilij formulam non solum quod ad personas attinet, ut proxime diximus, sed etiã quod ad casus in quibus necessaria sit nepotis aut pronepotis institutio. Gallus enim solum mortis casum expressit: unde tot dubitationes, Quod si filius non morte, sed deportatione aut captiuitate, nepos uero ex filio etiam emancipatione suus heres esse desisset, an institutio facta in casum mortis his quoque casibus defendi posset, aut potius, an sicut in casum mortis, ita in hos quoque institui nepos aut pronepos posset? De quibus omnibus diximus ad §. *quid si tantum*, ac alios sequentes. Velleus uero hic quoque & in præcedenti clausula generalibus uerbis usus est ad comprehendendos casus omnes quibus possit filius aut nepos desinere suus heres esse siue morte, siue deportatione, siue emancipatione, siue captiuitate. Sic enim legem concepit, *si quis ex suis heredibus suus esse desierit*. Itaque nil necesse est suppleri legem, quomodo suppleendam diximus Aquilij sententiam. Obseruandum autem est quod Scæuola sic loquitur, *quos supplendos in Galli Aquilij formula diximus*. Nam scripsit in Galli Aquilij formula, quia si ponas Aquilianam formulam sic à testatore usurpatam ut solus mortis casus expressus sit, alius autem casus eueniret, puta deportationis aut captiuitatis, non possis formulam supplere ut ualeat institutio in eum casum qui expressus non est, licet sit expressio simillimus: quoniam institutionum conditiones in forma, ut aiunt, specifica impleri oportet, & qui in vnum casum expressum & specialem institutus est, in alium ommissus intelligi debet, *l. commodissime. 9. supr. hoc tit.* Suppletio igitur facienda est ad sententiam non ad formulam Galli Aquilij, ut quemadmodum induxit posse institui nepotem in casum mortis filij, ita senserit perinde institui eum posse in casum deportationis aut captiuitatis, id est perinde licere testatori casus istos exprimere ac casum mortis, & quem ex iis uelit, nisi malis omnes, ut securius testetur, quemadmodum pluribus explicauimus ad *d. §. quid si tantum*. Sequitur apud Scæuolam, *nec solum si nepos uiuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat, sed est superuixit patri*. Hic uero uersiculus est quem & Goueanus & Cuiacius, clarissima Iurisprudentiæ lumina, corruptum esse tradiderunt, existimantes non nec pronepos legendum esse, sed *ne nepos*, aut, quod mauius Goueanus, *patri nepos*. Uti sensus sit, pronepote instituto nepotem ante patrem decedere oportere, ne

successione rumpat testamentum. Mouentur uiri doctissimi ex uerbis illis *auo mortuo*, referri ea putantes ad nepotem non ad pronepotem, quod Scæuola in hoc tractatu huiusmodi appellationibus sine flagitio abuti non potuerit. Mihi uidetur Florentinam receptamque lectionem non solum probabilem esse, sed neque istam emendationem ullomodo admittere. Nam cum præmortuo filio nepos successione rumpi testamentum aui ob id quod in eo præteritus sit, nõ rumpit auo mortuo, sed auo uiuo, cum & rumpat succedendo, & succedat, uiuo auo, cui & quasi agnasci dicitur, *l. posthumorum. 13. de iust. rupt.* Quemadmodum ergo posthumus uiuo testatore natum rumpit agnascendo, & adeo rumpit uiuo patre, etiam si postea eodem uiuo mori illum contingat, testamentum tamen iure ciuili non conualescat, *l. posthumus. 12. l. qui uxorem. 15. de iust. rupt.* Ita & nepos Velleanus qui posthumi loco esse dicitur in *d. l. posthumorum* quasi agnascendo, id est succedendo in locum sui heredis uiuo auo, eodem uiuo ut rumpat necesse est: Quo fit ut magis mirer, quod idem Cuiacius ex hoc §. probari ait tam posthumum quam qui posthumi loco sit cum præteritus est non nisi post mortem testatoris effectum ipso testamentum rumpere. Nam ut id ex hoc §. probes, prius probare te oportet legendum hic *nepos* non ut legitur *pronepos*. At qui falsum est, quod admissa emendatione sequeretur, testamentum non rumpi successione nisi post mortem testatoris. Ergo vel ex hoc ipso etiam si illud nihil esset inferre potius debeas, nihil de recepta lectione immutandum. Neque mouere uiros acutissimos debuit quod auus dicitur ex comparatione nepotis non pronepotis. Nam ut ita sit, negari tamen non potest quin pronepos qui testatorem proauum habet idem filium testatoris, cuius nepos est non pronepos, auum habeat: nec uero Scæuolæ imputari potest cur in hoc tractatu his appellationibus abutatur, & auum dicat eum quem filium testatoris dicere debuerat. Cum enim de pronepote tractaret, quod alio quam aui nomine filium testatoris exprimere potuisset: Deinde uerba illa *auo mortuo*, quæ iuris ratio, ut ostendimus, non patitur ad testatoris personam referri, an non satis totam dubitationis & ambiguitatis causam perueniunt? Id igitur Scæuola sibi uult, ita interpretandam secundam hanc legis partem ut si & filium & nepotem, & pronepotem habeas, pronepos institutus, succedens in locum sui heredis non rumpat, siue nepos uiuo patre suo eodemque pronepotis auo decedat, eodem auo postea ante testatorem mortuo, siue nepos ille patri suo superuixerit, dummodo institutus sit vel exhereditatus. Nepote ante patrem suum eundemque testatoris filium moriente, non querimus an institutus sit vel exhereditatus vel præteritus, quia cum uerum sit nec suum eum unquam fuisse, nec esse unquam posse, neque iniustum facere testamentum potest neque rumpere succedendo, quia nec succedit, aut succedere amplius potest. Nepote autem patri superuiente illud omnino exigimus ut institutus sit vel exhereditatus, ne alioqui successione rumpat, ut diximus ad *d. §. idem credendum*. Ita fit ut nepote qui superuixit præterito pronepos quidem qui institutus est non rumpat, sed tamen eius institutio fiat irrita, nepote ipso qui eum in gradu præcedit, testamentum rumpente. Ex quo etiam apparet quam parum subtiliter faciant qui postrema illa huius §. uerba, *dummodo institutus sit vel exhereditatus*, irreptitia, & imperiti interpretis esse arbitrantur. Sic enim uirum quendam doctissimum quem in ore & oculis semper fero, publicè docuisse audio, motum præcipue ex eo quod ita con-

322

cepta institutione verbis generalibus, si quis mihi ex suis heredibus suis esse deserit, liberi eius heredes sunt, dubitari non potest quin nepos quoque institutus sit. Sed in eo fallebatur quod exultimabat secunda parte legis Velleæ præscriptam illam instituendi nepotis formulam ut his verbis generalibus institutio conciperetur, si quis mihi suis heres esse deserit. Id verò prorsus à veritate alienum est. Etenim, ut sæpius monuimus, sunt illa verba legis non formulæ institutionis, nec verò ita generaliter institui cuiuslibet suus heres potuisset. Cum filios primum gradum tenentes non generaliter, sed specialiter & nominatim vel institui vel exheredari oporteret. Nepotes verò & deinceps ceteri descendentes per virilem sexum, quamquam inter ceteros & institui & exheredari poterant, cum & præteriri possent, in proposito tamè nominatim quoque institui aut exheredari eos necesse erat, ut sciretur an nepos an pronepos institutus esset an exheredatus, cum fieri posset, ut aliud instituere testator vellet, alium verò præterire aut exheredare. Ut in hac ipsa specie quam Scauola tractat, in qua ponit præteritum nepotem, institutum autem pronepotem. Eadem igitur institutionis huius concipiendæ ferè verba sunt quæ Gallus usurpauit ut testator qui filium habet ac nepotem & pronepotem si secure testari velit, ita testetur, *Filius meus heres esto, si filius meus me vivo morietur, aut deportabitur, aut seruus hostium fiet, nepos heres esto, si nepos me vivo morietur aut deportabitur, aut emancipabitur, aut seruus hostium fiet, pronepos heres esto.* Quamuis nec improbem si testator ita concipere conditionem malit, si filius meus aut si nepos suus heres esse desinet, pronepos heres esto, ut supradicti illi casus, quos specialiter enumerauimus omnes comprehendantur. Alioqui non ex eo solo quod lex Vellea generalibus verbis vta est, si quis ex suis heredibus suis esse deserit, ut nulla suppletionem indigeat, credendum tamen est instituto nepote in casum mortis filij qui postea non mortuus, sed deportatus aut ab hostibus captus fuerit, in eum quoque casum qui euenit nepotem institutum intelligi. Semper enim illud inspiciendum est quibus verbis & in quem casum concepta institutio fit, non an ad formulam Galli Aquilij an ad legem Velleam institutio pertineat. Nec quicquam aliud inter hanc & illam interest nisi quod institutio nepotis Aquiliani non nisi in casum mortis filij fieri suppleuissent, quia de solo casu mortis in proponenda & dictanda formula Gallus locutus fuerat. Institutio autem nepotis & pronepotis Velleiani citra vllam suppletionem fieri potest specialiter in quemlibet casum quo is qui suus heres erat, suus heres esse desinat, siue mortem filij siue deportationem aut captiuitatem tantum exprimere testator velit. Potest etiam generaliter his verbis, si suus esse deserit, ut orationis compendio omnes, & singulos casus conditio complectatur. Et quomodocunque facta sit, id est in quemcunque casum, & in cuiuscunque ex descendentes fauore collata sit institutio, pertinet ad legem Velleam quæ aptissimis & generalibus verbis cõscripta commodissimè interpretationem talem recipere potest ut eam ad omnes & personas & casus, dummodo à testatore expressos, accommodare liceat.

CAPVT III.

Ad §. videndum, cuius d. leg.

SUMMARI A.

1 *Vulgaris Doctorum ad hoc §, interpretatio examinatur.*

- 2 *Rratio pro dicta interpretatione allata rejicitur.*
- 3 *Questionem in hoc §. proponi de filio, qui testamenti tempore fuerit in hostium potestate.*
- 4 *Examinatur Scauola ratio, quæ est in fine dict. §. videndum?*
- 5 *An legis Cornelia fictio in d. §. locum habere debeat?*
- 6 *Quomodo in specie d. §. fieri possit, ut suus heres esse desinat viuo testatore filius, qui quandiu pater viuit ab hostibus redire potest, & pristina iura omnia recuperare?*
- 7 *An dicendum sit, filium illum mortuo demum testatorum heredem esse desuisse?*
- 8 *An hic §. ad eos extendi debeat, qui post mortem aui aut proauis in locum sui heredis successerunt?*
- 9 *In quorum persona inducta sit & locum habeat legis Cornelia fictio?*
- 10 *Legem Corneliã & hereditatem facere & heredem.*
- 11 *An in d. §. videndum, per legem Corneliã fiat, ut viuo patre filius am. decessisse intelligatur, qui tum filius am. erat quum captus est?*
- 12 *Probatur legis Cornelia fictionem non nisi ad confirmandas hereditates spectare.*
- 13 *Emendatur. l. apud hostes. C. de suis & legitim.*
- 14 *Fictionem legis Cornelia non facere, ut heres eius qui apud hostes decessit suus vel necessarius dicatur, vel in morientis potestate fuisse intelligatur.*
- 15 *Legem Corneliã hoc tantum efficere, ut quod ad hereditatis causam pertinet, eadem sit conditio defuncti apud hostes, quæ esset si in ciuitate decessisset.*
- 16 *Errasse Interpretes in explicatione l. lex Cornelia. ff. de testam.*
- 17 *Quomodo accipienda sit, l. in omnibus. ff. de capt. & postlim. reuerf.?*
- 18 *An in d. §. videndum, filius am. ab hostibus captus, & apud eos mortuus in ciuitate decessisse retrofingatur?*
- 19 *An in d. §. dimidiata fictio sit admittenda?*
- 20 *Quid ex eo inferri possit, quod dicitur nullam in d. §. videndum legis Cornelia fictionem locum habere?*
- 21 *Repetitur difficultas, quæ ratione in d. §. fiat, ut filius ab hostibus captus, & post patris obitum in captiuitate mortuus, viuo patre, sed non nisi post testamentum suus heres esse deserit.*
- 22 *An ex sola rei veritate res estimanda sit?*
- 23 *Vis fictionis postliminij.*
- 24 *Filium ab hostibus captum, quandiu incertum est an ab hostibus rediturus sit, liberis suis obstare, ne sui heredes aui fiant.*
- 25 *Cur res quæ apud hostes est, veniat in familia eriscunda iudicium propter spem postliminij.*
- 26 *Verba Scauola sententia in d. §. videndum.*
- 27 *Eum casum in d. §. à Scauola tractari, quo filius apud hostes decesserit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit.*
- 28 *Pleniorem esse postliminij quàm legis Cornelia fictionem.*
- 29 *Verba illa, licet audenter, quam vim in d. §. habeant.*
- 30 *Cur Scauola in d. §. postliminij fictionem quodammodo infringat?*

Elegantissimus est hic §. sed peius quàm superiores omnes ab interpretib. omnib. acceptus. Sic enim vulgò intelligunt, ut si filium apud hostes habens iam testamenti tempore, nepotem ex eo heredem instituas, filius autem post mortem tuam decedat in potestate hostium, nepos in sui quidem heredis locum succedat, sed tamen succedendo non rumpat, quoniam hic quoque casus ad legem Velleam pertinet, verèque dici possit viuo te suum heredem esse desuisse.

desuisse filium qui apud hostes decesserit, nimirum propter fictionem legis Cornelia, quæ facit ut ciuis Romanus apud hostes decedens prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur idque in omnibus iuris partibus, ut Vlpianus loquitur in *leg. in omnibus. 18. de captiu. & postlim.* Quod aiunt nepotem hunc & in sui heredis locum succedere, & succedendo non rumpere verissimum sanè est, mihi que in eo cum illis conuenit sicut & in eo quod volunt successionem hanc nepotis in locum sui heredis factam intelligi viuo testatore, licet non nisi post ipsius mortem captiuus filius apud hostes decesserit. Alioqui certè non pertineret casus hic ad legem Velleam, cuius secundo capite id cautum diximus ut succedens viuo testatore nepos aut pronepos in locum sui heredis dummodo vtiliter institutus esset aut exheredatus, testamentum non rumpere. Sed quod rationis loco subiiciunt, *propter fictionem legis Cornelia*, id verò probare nullo modo possunt. Nam si ad fictionem legis Cornelia respicias non tantum viuo testatore & post testamentum, sed iam inde ab ipso instanti captiuitatis & antequam testamentum fieret, retrofingendus erit filius in ciuitate decessisse, atque ita eueniet ut casus hic nec ad verba nec ad sententiam legis Velleæ accommodari possit, quæ non nisi de ea successione locuta est quam & viuo testatore & post testamentum fieri contingat. Nempe quia nec necesse erat prouideri in eum casum quo nepos aut pronepos ante testamentum in sui heredis locum successisset, cum ne quidem præteritus rumpere, sed tantum ius accrescendi haberet, ut diximus ad §. idem credendum, multò minus autem rumpere posset si aut institutus esset aut exheredatus. Porro non est ex interpretibus qui non fateatur Scauolam in hoc §. quæstionem proponere de filio qui testamenti tempore fuerit in hostium potestate: nam & Scauolæ verba sic habent, *si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas.* Quamquàm nec aliud iuris esse existimandum est, quod ad nepotem aut pronepotem attinet, si filius post testamentum ab hostibus captus sit, nisi quod iniustum faceret testamentum si in eo præteritus esset, cum si iam testamenti tempore captus fuisset impunè præteriri potuisset, §. in omnibus sup. Sed & me illud non parum mouet quod Scauola, postquam scripsit, posse, licet audenter, dici nepotem hunc de quo tractat, viuo patre suo heredem suum esse desuisse, non illam ratione adfert quam nostri comminiscuntur, & quam si recta esset æque obuiam habere poterat: *quia per fictionem legis Cornelia pro mortuo habeatur pater, sed aliam longè diuersam, adeoque contrariam, quia nec redijt pater nec redire potest, quæ sanè inepta sit si patrem pro mortuo habendum Scauola existimauit.* Quid enim necesse erat monere eum qui in ciuitate mortuus esset aut esse fingeretur antequam ab hostibus caperetur in ciuitatem vel rediisse vel redire nunquam posse? Deinde quænam obscuro audacia illa est, dicere, filium ab hostibus captum desuisse suum heredem esse viuo patre si ex fictione legis Cornelia iam inde à prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur? Nisi fortè audax ille est, qui negat suum heredem esse qui iam mortuus sit vel pro mortuo habendus, aut quisquis fictionem legis Cornelia inducit ut pro mortuo habendum esse dicat eum, qui re vera viuit. Rursum, ex contrario difficile est dicere fictionem legis Cornelia hic locum non habere, cum generaliter productum sit, præsertim ab Vlpiano in *d. l. omnibus*, in omnibus partibus iuris eum qui reuersus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videri cum captus est. Sed

& eo admissio ut legi Cornelia hic locus non sit, illud longè difficilius est: quæ ratione fieri possit ut suus heres esse desinat viuo testatore filius qui quandiu pater viuit ab hostibus redire potest, & postliminij iure ciuitate repetere eademque iura omnia quæ habere si semper in ciuitate mansisset. Nam si admittas nepotem in proposita specie succedere in locum sui heredis viuo aui, an non euenire necesse erit ut filio in ciuitatem redeunte viuo aui, sique pristinum ius recuperante duo sint eodem tempore sui heredes testatori, aut quod erit longè absurdus, ut nepos qui in locum sui heredis succedendo suus heres factus fuerat, rursus suus heres esse desinat, eiusque institutio quæ iam sibi locum vindicauerat, quasi prior gradu vacuo, iterum recurat in secundum gradum priorè nunc denuò per eum qui antea exclusus fuerat occupato? Et verò non frueretur pleno iure postliminij filius in ciuitatem reuersus si in iure iustitiam cum nepote concurreret ob hoc solum quod medio tempore & tantisper dum filius ipse ab hostibus retineretur, nepos primum locum occupasset. Si enim semper mansisset in ciuitate, quomodo mansisset retrofingitur, solus ille suus heres esset patri nec nepotem ex se susceptum in eo iure socium admittere cogere: quæ sanè nec iuris ratio admitti patitur, cum fieri nequeat ut in iure iustitiam nepos cum patre concurrat, non magis quàm ut æque proximo gradu sint, qui in diuerso gradu sunt. Ideoque verum est patrem quandiu apud hostes est obstare tamè liberis suis propter spem postliminij, *l. si necem. 4. §. si deportatus de bon. liber.* Quod si mortuo demum testatore dicas filium qui ab hostibus captus fuerat, desuisse suum heredem esse quod ab eo saltem tempore certum sit eum nec in ciuitatem rediisse nec redire posse viuo testatore, facies necessariò ut casus hic ad legem Velleam non pertineat, quæ, ut diximus, de iis tantum nepotibus & pronepotibus locuta est qui viuo testatore succedentes in locum sui heredis testamentum rumpebant, *l. posthumorum. 13. de iust. rupt.* Possis quoque, si voles, etiam ad eos qui post mortem aui aut proauis in locum sui heredis successerunt legem extendere per interpretationem, quoniam verba patiuntur quæ sunt generalia, *si quis ex suis heredibus suis heres esse deserit.* Neque enim expressit an viuo tantum testatore, an eo etiam mortuo suum heredem esse desinare oporteat eum in cuius locum succeditur ut legi locus sit. (Idque est quod ait Scauola, *nihil enim addidit quo significaret tempus*) Sed si ita legem interpretè, facies contra ceterorum prudentum omnium sententias, quibus visum est posterius hoc legis caput non nisi ad eos nepotes aut pronepos pertinere qui viuo testatore succedant, *d. l. posthumorum. 13. de iust. rupt. l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. substit. l. si hereditas. 10. §. qui filium de testam. tutel. l. sed si conditio. 6. §. 1. de hered. inst. l. si quis filium. 34. C. de iust. testam. l. 2. C. de liber. præter.* Facies etiam contra ipsius Scauolæ sensum qui nec in proposita specie, nec proinde alio vllò casu necessarium esse putat inducere hanc interpretationem, cum defendi possit, licet audenter, filium istum de quo quærimus, viuo patre eodemque testatore desuisse suum heredem esse, quamuis post eius mortem decesserit. Nodos istos non est ex interpretibus qui vel supremis digitis attingat, qui autem dissoluat, multò minus. Omnium error vnus ille est, in quo etiam nos aliquando versati sumus, quod putant fictionem legis Cornelia hic locum habere, ex eaque fieri ut filius ab hostibus captus iam inde ab ipso vltimo libertatis momento defunctus retrofingatur. Quod tamen falsissimum &

iure alienissimum esse ausim dicere. † Illud enim pro certo & explorato haberi oportet, fictionem legis Corneliae inductam non fuisse nec locum sibi vindicare nisi in persona eius de cuius hereditate aut testamentaria aut legitima confirmanda tractari possit. Nam cum eius qui apud hostes decederet dici hereditas non posset, quia seruus hostium esset, *leg. 3. in fin. de verb. signif.* atque ita nec testamentum, quandoquidem prius est ut hereditatem aliquam relinquere quam ut testari quis possit, necessarium fuit ferri legem quae & testamenta eorum, qui in hostium potestate decessissent perinde confirmaret ac si in hostium potestatem nunquam peruenissent, *leg. lege Cornelia. 12. D. qui testament. facer. possess. l. qui uxorem. 15. D. de iniust. rupt. leg. 1. §. 1. D. ad leg. Falcid. leg. 4. §. 1. De bonorum liberr.* & iis intestatis morientibus, quod testamentum in ciuitate facere vel noluerent vel non potuissent, legitimitas eorum hereditatis iis ipsis deferret, quibus delatae fuissent si in ciuitate decessissent. *leg. 1. in princip. D. de suis & legit. leg. si his. 8. Codic. de legit. heredit. leg. bona. 22. in princip. D. de captiu. & postlumin.*

† Vnde illud est quod dici solet legem Cornelianam & hereditatem facere, & heredem, *leg. filiusfamilias. 18. D. ad leg. Falcid.* In persona scilicet eius qui si in ciuitate decessisset & hereditatem & heredem habiturus fuisset. Absurdum enim sit dicere per legem Cornelianam fieri ut hereditatem aut heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit, nec relinquere potuit, ut eleganter & aperte Iulianus scribit in *leg. lex Cornelia. 28. versic. si vero de vulgar. & pupill. substit.* ubi ob hanc ipsam rationem defendit quod ad rem nostram omnino pertinet, quoties filius viuo patre in cuius familia erat in hostium potestatem peruenit, legi Corneliae locum esse non posse. † An quodd, ut Cuiacius scripsit, *lib. 15. observation. capit. 17.* per eandem legem Cornelianam fiat ut viuo patre & filiusfamilias decessisse intelligatur, qui tum filiusfamilias erat cum captus est? Minime. Ita enim sequeretur in filij quoque familiae persona legi Corneliae locum esse, quod diserte Iulianus negat. Sed quia verum est nulla in ciuitate bona reliquisset aut relinquere potuisse filium, qui & quo instanti captus est filiusfamilias fuit, & ab eo tempore seruus hostium factus in seruitute decessit. Neque fictione vlla opus est ut filiusfamilias nulla bona in ciuitate reliquisset videatur, cum re ipsa verissimum sit, nec reliquisset eum vlla nec relinquere potuisse. Nec rursum possis dicere quod Cuiacius sensisse videtur, fictionem legis Corneliae posse in filiofamilias quoque locum habere non equidem ut vel hereditatem vel heredem habere fingatur qui nulla bona in ciuitate reliquit, sed haecenus duntaxat, ut ciuis Romanus, & in ciuitate, ac proinde viuo patre decessisse intelligatur. Etenim cum lex Cornelia de confirmandis tantum hereditatibus siue testamentariis, siue legitimis lata sit, quae ex lege duodecim tabularum propter secutam capitis diminutionem confirmari non poterant, prorsus consequens est, ut cuius hereditas in ciuitate nulla sit, ad eum neque lex pertineat, neque per interpretationem extendi possit. † Ad eodem autem verum est quod dicimus, legis Corneliae fictionem, & potestatem non nisi ad confirmandas hereditates spectare, ut extra eam causam nullas prorsus vires habeat, ne iis quidem casibus quibus hereditatem aliquam siue testamentariam siue legitimam ex ea confirmari oporteat. Finge ciuem Romanum & patremfamilias ab hostibus captum apud eos decessisse relicto in ciuitate filio,

quem habebat in potestate priusquam caperetur: an erit filius patri heres suus & necessarius? Placet Iuliano in *d. lege Cornelia. 12. qui testam. facer. poss.* inuitum quidem eum hereditati obligari perinde ac si & suus heres esset, & necessarius? Sed tamen suum heredem dici non posse, qui in potestate morientis non fuerit, ut dubitandum non sit, si Iuliano credimus, abundante dictionem suam in *l. apud hostes. 8. Cod. de suis & legit.* ab imperito interprete additam existimante id ipsum quod omnes haecenus male crediderunt fieri non posse ut filius & inuitus & ignorans sit heres quin sit suus, quod & glossa sentire videtur quae transmitti eo casu ait hereditatem non aditam ex privilegio ascendentium & descendentium nullam habens rationem suitatis. Atqui si pater in ciuitate decessisset, haud dubie filius ei suus & necessarius heres extitisset, quia & in patris morientis potestate fuisset. † Non ergo legis Corneliae fictio faciet, ut in omnibus ac per omnia in ciuitate decessisse videatur qui apud hostes decessit, sed haecenus duntaxat ut quod ad hereditatis causam pertinet, & ad commodum eius de cuius hereditate agitur eadem condicio sit defuncti apud hostes quae esset si in ciuitate decessisset. Interest autem patrisfamilias ut heredem in ciuitate habeat, & quidem qui vel inuitus hereditati obligetur, ut si aere alieno laboret, heredis potius quam defuncti bona publice distrahantur, sed ut heres ille vel suus sit, vel necessarius dicatur, aut in morientis potestate fuisset intelligatur, nihil interest, quoniam id extra causam est & necessitatem acquirendae hereditatis: similiter si ponas ab eo patrefamilias priusquam ab hostibus caperetur scriptum in ciuitate seruum proprium, erit quidem seruus & liber & heres, seu velit seu nolit: sed tamen minus proprie necessarius dicitur ut ibidem Iulianus ait, quia verum est in morientis domini potestate eum non fuisse, cum is qui antea erat dominus factus postea hostium seruus, alios qui potestate sua habere non potuerit, *l. si eueniet. 21. D. ad leg. Julian. de adult.* An non autem seruus in morientis domini potestate fuisset, si dominus eo instanti quo captus est in ciuitate decessisset? Non ergo decessisse retrofingitur quod ad ius potestatis attinet. † Et quamuis verum sit quod initio legis scriptum est, testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint perinde confirmari lege Cornelia ac si hi qui ea fecissent in potestatem hostium non peruenissent, adeoque hereditatem ex iis ad vnumquemque eodem modo pertinere, non tamen efficit ea lex heredem ut suum eum faciat aut necessarium, nisi quod inuitum eum hereditati obligat, si inuitus futurus erat heres testatore in ciuitate mortuo, quoniam ea tenus duntaxat interest eius qui apud hostes decessit, & verba illa, *eodem modo*, non ad heredum qualitates & species referenda sunt, sed sic intelligenda, ut voluntarius heres sit ex lege Cornelia qui talis futurus erat ex lege 12. tabularum, inuitus quoque qui inuitus futurus erat. Ut vero qui heres est, suus etiam sit, aut necessarius dicatur, aut in potestate morientis fuisset vel non fuisset existimetur, ad filij potius aut serui, quam ad defuncti patris dominive personam & ius pertinet: ob idque nec de eo lex Cornelia quicquam cauit: neque vero cauere potuit, quia cum tempus mortis iungat tempori captiuitatis, mortis, inquam, naturalis, *l. penult. in fin. de usufructu.* fieri nequit ut non inspicienda sit mors naturalis cum de lege ista tractatur. † In eoque errauit Cuiacius post ceteros ad *d. l. lex Cornelia.* Alioqui fieret ut filius qui primo captiuitatis paternae instanti fuisset suus heres,

heres, tum durante patris captiuitate decessisset, nihilominus retrofingetur suus heres fuisse patri, quod tamen falsum est, quia lex Cornelia non defert hereditatem nisi ei qui tunc suus aut proximus agnatus est cum captiuus moritur, *l. 3. Cod. de postlim. reuers.* non autem mortuo arg. *l. quidam. 14. de iur. codicill.* De quo latius dicturi sumus infra. † Ex quo intelligimus quod Vlpianus scripsit in *dict. l. in omnibus. 18. de captiu. & postlimin.* in omnibus partibus iuris eum qui reuersus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videri cum ab hostibus captus est, non tam generaliter intelligendum esse ut quod ad omnia, & quod ad omnes personas fictio legis Corneliae semper locum habeat, sed ita potius ut quo casu & in qua persona locum habet, sic in persona eius qui ante captiuitatem faterfamilias fuit, & in causa hereditatis ipsius confirmandae eadem nec durior sit conditio defuncti apud hostes, & quidem in omnibus iuris partibus, quae esset si in ciuitate decessisset. Aliud enim est dicere simpliciter, *in omnibus*; illud *in omnibus partibus iuris*. † Haec vero si ita sunt, ut lex Cornelia ad filiumfamilias nil spectet etiam cum de patris hereditate agitur quae per eam ipsam legem confirmatur, quia non nisi de patrefamilias locuta est, nec de filiofamilias loqui potuit, quod nulla ipsius hereditas sit quae confirmatione indigeat, omnino sequitur, ut iam ad Scauolam veniamus, filiumfamilias ab hostibus captum & apud eos mortuum non retrofingi in ciuitate decessisse, ideoque etiam si prius captus sit quam testaretur auus, qui postea nepotem ex eo filio instituit, non posse tamen videri nepotem in locum sui heredis quasi praemortui iam ante testamentum successisse. In quo sane errant misere qui existimantes legis Corneliae fictionem in filij quoque familiae persona locum habere, nec tamen eo posito obiectionem effugere valentes, coguntur admittere quod est longe ineptius, legis Corneliae fictionem hic non integram sed tantum dimidiatam accipi, ut efficiant viri ingeniosi & subtiles, si diis placet, ne ab ipso captiuitatis initio fingatur in ciuitate mortuus filius, sed ab eo demum tempore quo auus testatus sit. Quo quid, obsecro, absurdius dici potest? Aut quis fictae huius & monstruosae fictionis dimidiatam vnquam meminit? † Quod autem subiiciunt posse hic dimidiatam fictionem sufficere, quia non de hereditatis confirmatione agatur quae totam, inquit, fictionem requireret, sed tantum de testamenti confirmando & ne filius apud hostes mortuus ei oblit cui obesset si vel tota vel nulla fictio legis Corneliae usurparetur, aequum ineptum est. Nam si totam & integram fictionem usurpares, quid aliud inde fieret nisi quod iam ante testamentum factum mortuus filius, in eiusque locum nepos successisse crederetur? Ex hoc vero quid inferri posset nisi tanto magis testamentum valere in quo nepos primum gradum tenens esset institutus aut exheredatus? Atqui, inquit, lex Vellea testamentum hoc non confirmaret, quia ad eum tantum casum pertinet quo nepos in sui heredis locum post testamentum factum succedat. Fateor, sed neque legis Velleae auxilio testamentum indigeret quod propriis viribus solaque iuris ratione ita subsistere ut nec successione nec alio villo casu rumpi vnquam posset. Quomodo enim rumperetur per nepotem institutum, aut exheredatum, quia etiam si praeteritus esset non tamen rumpere, sed, ut saepius diximus, rato manente testamento scriptis heredibus accresceret? † Alia rursus ex parte si admitteres quod nos volumus,

nullam prorsus legis Corneliae fictionem hic locum habere, quid, rogo, inferri ex eo posset, quo magis testamentum rumperetur? Illud, inquit, quod filio apud hostes post mortem defuncto, nepos in sui heredis locum non nisi auo mortuo succedere videretur, atque ita succedendo rumperet, si verum est quod supra docuimus prudentes omnes sic legem Velleam interpretatos ut ad alios nepotes aut pronepotes non pertineret, quam qui viuo testatore in sui heredis locum succederent. Nego consequutionem. Nam, ut mox dicam, non eo minus verum erit filium qui apud hostes post mortem patris defunctus est, decessisse viuo auo suum heredem esse, atque ita locum fecisse nepoti, tamen si legis Corneliae fictio nulla inducatur. Sed quamquam ita esset, dico longe tolerabilius fore si lex Vellea per interpretationem ad eos quoque extendatur qui post mortem testatoris sui heredes esse desierint, cum legis verba non repugnent, imò patiantur, quia sunt generalia, quam si inducamus ut lex Cornelia quae de solo patrefamilias locuta est, ad filiumfamilias contra iuris, adeoque ipsius fictionis inducendae rationem porrigatur. † Verum enimvero iam tempus est, ut ostendamus qua ratione dici possit filium qui ab hostibus viuo patre captus est ante testamentum, & post patris demum mortem in captiuitate decessit, decessisse suum heredem esse viuo patre, iam tamen ut non nisi post testamentum suus esse desierit. Hoc enim est quod praecipuam habet difficultatem. Difficultas autem ex eo potissimum nascitur, quod alterutrum in proposito fieri necesse est, ut vel ex rei veritate vel ex fictione, non quidem Cornelianam quam iam sustulimus, sed postliminij resti aestimemus. † Si ex sola rei veritate, apertissimum est eum qui ab hostibus capitur fieri seruum hostium, *dict. l. tertia. in fin. de verbor. significatione. l. tertia. §. sed & eius. D. de bonor. possess. & consequenter* suitatis sicut & caetera libertatis & ciuitatis iura omnia ex ipso captiuitatis instanti amittere. Secundum quod dicendum esset in ea specie de qua disputamus iam inde ab eo tempore quo hic filius ab hostibus captus sit decessisse suum heredem esse, locumque nepoti fecisse, priusquam auus testaretur. Proinde verendum non esset ne successione testamentum rumperetur per nepotem, qui iam ante testamentum in sui heredis locum successisset. † Sed ne id dici possit obstat fictio postliminij quam Papinianus perelegantiter in *lege penult. de suis & legitim.* vocat suspensi iuris constitutionem, quae licet non faciat quominus is qui ab hostibus captus est interea sit seruus hostium (hoc ipso enim necessaria illi est postliminij fictio, quod reuera & libertatem & restum suarum dominium amiserit, cum hac retinent licet in alia prouincia & extra patriam morientur, postliminio non indigeant, *lege non dubito. 7.* ubi est textus elegans *de captiu. & postlimin.*) facit tamen ne pro mortuo haberi debeat, quandiu redire potest, quoniam ei quodcumque reuerso pristina iura omnia restituit quae retinisset si semper in ciuitate mansisset, fingitque nunquam fuisse captum qui reuera captus est. Inde fit ut quamuis filiusfamilias in hostium potestate constitutus impunè praeteriri possit à patre, quia verum sit non esse eum tunc temporis suum heredem qui re ipsa seruus hostium est, quodcumque tamen reuersus intestatum faciat patrem, utpote quem ex postfacto appareat non magis praeteriri potuisse quam si in ciuitate mansisset redito ei propter postliminium iure suitatis quod ca-

pruitas abstulerat §. in omnibus sup. hac leg. lege penultima, infra hoc tit. iunct. lege si quis filio, sexta. §. sed si pater de iniust. rupt. † Ideo quoad pendet ac incertum est an ab hostibus rediturus sit necne, illud quoque admitti necesse est, vt obstat liberis suis ne sui heredes auo fiant, disertè Paulus scribit in lege si necem quarta: paragrapho, si de deportatus de bon. libert. Nam cum status liberorum eius qui ab hostibus detinetur in pendenti sit quoad captiuus redire potest. lege in bello, duodecima, paragrapho primo, lege bona, vigesima secunda, paragrapho de captiuo. & postlimin. paragrapho si ab hostibus Institut. quibus mod. ius patr. potest. soluit. fieri certè nequit vt nepos perinde fiat suus heres auo ac si pater iam decessisset, non solum quod si semel factus esset suus heres postea defineret non posset ob id tantum quod reuersus esset pater ab hostibus, quia semel quæsitum ius sui heredis non nisi certis modis iure civili amittitur, inter quos ille non est si ab hostibus redierit is qui antea suus fuerat: sed etiam quod sperandum potius sit reuersurum in ciuitatem eum qui nunc apud hostes est, quam non reuersurum. Eset siquidem pessimi ominis pro mortuo nec vnquam reuersuro haberi eum, qui apud hostes adhuc viueret, argument. lege cum tale septuagesima secunda, in princi. de condict. & demonstrat. † Nam & ob eam causam receptum videmus vt res quæ apud hostes est veniat in familiæ iudicandæ iudicium propter spem postliminij, lege item Labeo vigesima secunda, paragrapho vltim. cum lege sequen. D. famil. eriscund. non quia spes ista pro veritate habeatur (cum ex contrario interea seruus hostium sit & habeatur qui ab iis captus est, lege si seruus decimasexta de interrog. in iur. fac.) At quoniam spes illa sit è Republicæ dignitate & vtilitate fore vt aliquando victrix Respubl. euadat, & quæ omnia bello amisit bello etiam recipiat. Hinc igitur apparet nihil esse propter quod filius familias ab hostibus captus non desinat statim suus heres esse, nisi quod postliminio redire possit, atque ita pristinum locum quem in patris familia tenebat recuperare. Ea res facit vt quoad pater in ciuitate viuuit, filius autem apud hostes non desinat filius esse suus heres, quia tandiu fieri potest vt viuo patre redeat. At cum pater in ciuitate moritur, eo demum instanti, non quo mortuus est, sed quo moritur, certum esse incipit filium qui adhuc apud hostes sit, necdum in ciuitatem rediisse, nec viuo patre redire vnquam posse. † Ergo saltem ex eo instanti dici potest filium desinere suum heredem esse: & quidem viuo patre, quoniam instans illud quo pater motitur vitæ patris computatur, vt sapientissime diximus ex lege qui duos decima octaua, paragrapho primo, lege vltima, de fideicommiss. liberi. lege vltima de condictio. Institut. Vt proinde nil sit necesse legem Velleam extendere ad eum casum quo liberi post parentum mortem sui heredes esse desierint, nec rursus inducere legis Cornelie fictionem, vt viuo patre ius illud sinitatis amissum esse intelligatur. Eaque proculdubio Scæuolæ hoc loco sententia est, itemque Vlpian. in dicta lege si quis filio sexta, paragrapho primo, de iniust. rupt. in illis verbis, nec enim creditur in rebus hominis fuisse, cum in eadem causa decedat: quæ non sic accipi debent vt retrofingatur iam olim mortuus, qui nunquam ab hostibus rediit: sed vt cessante postliminij fictione propterea quod apud hostes decesserit exinde pro nullo habeatur ex quo hostium potitus, id est eorum seruus factus est, non ex retrofitione vlla, sed ex

iuris ciuili veritate, quia quod ad ius ciuile attinet serui etiam Romanorum pro nullis & mortuis habentur, lege quod attinet trigesima secunda, lege seruitutem, 209. de regulis iuris, lege tertia in fin. de stat. homin. lege prima, de iur. deli. multò magis serui hostium. † Itaque si quis obiciat, quod vnum diluendum superest, fieri posse vt mortuo quoque patre filius in ciuitatem redeat, sicque postliminij iure ea omnia recuperet quæ per captiuitatem amiserat. In promptu responsio est, nos cum Scæuola eum casum tractare, quo filius apud hostes decesserit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit, consequenter in quo postliminij fictio locum habere non possit. Alioqui certum est captum ab hostibus filium patre mortuo, medio tempore postea reuersum si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit, suum fieri heredem, paragrapho interdum. Inst. de hereditat. que ab intest. deser. lege captiuum nona, Codic. de postlimin. reuers. vbi tamen obseruandum est, quod & iam monuimus ad paragraphum si eius sup. dictionem Cornelia esse irreptitiam. † Neque enim id sit ex lege Cornelia sed ex iure postliminij, lege ius postliminij decima quarta eodem. quod moribus & legibus constitutum esse Paulus scribit in lege postliminum, decimanona. D. eodem. In eoque plenior est fictio postliminij, quam legis Cornelie quæ ad solam, vt diximus, hereditatum confirmandarum causam restricta est: fictio enim postliminij ad omnia captiuu iura pertinet quæ habiturus erat si in ciuitate mansisset, ita vt de ipsius bonis & iuribus nihil prius decernendum sit, quam captiuum apud hostes mortuum esse cognoscatur, lege nec nos, quarta, Codic. vdem. † In hoc paragrapho illud quoque meminisse oportet quod probauimus supr. interpretis non legis esse verba illa, in locum suorum sui heredes succedunt, sed quod Goueanus existimat in sequentibus illis, nisi quod licet audenter possis dicere verbum licet aut verbum possis abundare, nimis leue est. Si enim hoc non pro verbo, sed pro aduerbio accipias quomodo accipi debet, sensus est longè elegantior vtraque dictione retenta. Possis dicere, inquit Scæuola, quamuis audenter, viuo patre, hunc suum heredem esse desuisse. Cur verò audenter? Nimirum, quoniam infringitur quodammodo ius postliminij cum ei qui apud hostes est aliquid admittitur irrevocabiliter quoad redire potest ac priusquam certum sit redire eum amplius non posse. Cum, vt proxime dixi, filius hic tandem ab hostibus rediret, etiam post mortem patris, sius illi heres fuisse videretur, lege prima, dicta lege captiuum nona, Codic. de postlimin. reuers. Et generale est vt iure postliminij omnia iura ciuitatis in persona captiuu in suspensio retineantur, non abrumpantur, lege illa institutio trigesima secunda, paragrapho primo, D. de hereditat. Institut. Porro inter ciuitatis iura, id est quæ captiuus haberet si in ciuitate esset, sinitatis ius numerari quis negauerit? Sed Scæuolam illud mouet quod captiuo tandem apud hostes mortuo ex euentu appareat fictionem postliminij locum non habere, quo secuto verum est iam inde ab eo instanti quo pater decessit, sicque viuo patre, desuisse filium eo viuo redire posse qui nunquam rediit, & in consequentias, sinitatis ius amississe quod propter filij seruitutem re ipsa extinctum, sola postliminij tpe iurisque potestate in suspensio retinebatur. Simile quiddam est in l. huic scriptura 25. §. 1. ad leg. Aquil. in illis verbis, quia verum est etiam à re occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit.

CAPVT IV.

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

SVMARIA.

- 1 De vi & effectu legis Cornelie quod ad hereditates eorum, qui in hostium potestate decesserunt.
- 2 An substitutio pupillaris confirmetur, licet pater in hostium potestate decesserit filio relicto impubere, qui intra tempus pubertatis defunctus sit?
- 3 Substitutum, non autem legitimum heredem in dicta specie admitti.
- 4 Filium in specie dictæ legis pater, patre captiuo superstitem impuberem de patris viui potestate exuisse.
- 5 Cur in d.l. pater in princ. I.C. de filio impubere instituto nominatim tractet.
- 6 Multum in ea specie interesse an impubes filius institutus sit, an exheredatus.
- 7 Hanc differentiam à Papiniano in dicta lege indicari.
- 8 Reijciatur Cuiacij sententia vtrumque casum confundentis.
- 9 Refellitur argumentum pro Cuiacij sententia allatum.
- 10 Iulianum in l. lex Cornelia, vigesima octaua de vulgar. & pupill. substitut. de filio instituto agere.

Intelligentur melius quæ de legis Cornelie fictione proxime diximus contra veterem interpretum omnium errorem, si quætionem hanc quæ tres nobilissimos iuris authores dissentientes habuit, longè aliter quàm vulgo ab interpretibus factum sit explicemus, & quantum in nobis erit diligenter enarremus. De qua etsi iam satis multa scripsimus lib. 3. capitul. 9. iterum tamen tractare eam & retractare nec pudet, nec piget, vt ea emendemus in quibus tum errasse nos, quatenus præsertim aliorum vestigiis inhærere voluimus, ingenue hunc & ex bona fide, vt par est, agnoscimus. Quæstio est de pupillari substitutione: an & quibus casibus ex lege Cornelia confirmetur. † Illud primum certissimi & indubitati iuris est, legem Corneliam quæ testamenta eorum confirmat, qui in hostium potestate decesserunt, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerint pertinere, sed ad omnes hereditates quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent si in hostium potestatem non peruenissent, vt Iulianus præfatur in l. lex Cornelia 28. De vulgar. & pupill. substitut. Vnde fit quod ibidem Iulianus subiicit, vt si pater in hostiū potestate decesserit filio in ciuitate relicto impubere, & is intra tempus pubertatis in ciuitate defunctus sit, hereditas ad substitutum pupillarem pertineat perinde ac si pater ab hostibus nunquam captus fuisset. † Neque hic casus dubitationem vllam admittere prima facie videtur, quia cum patris & filij vnum sit testamentum licet sint duæ hereditates l. 2. §. prius autem eodem titul. l. pater familias 28. de rebus autor. iudic. possid. l. alias 13. de priuileg. credi. fieri sanè non potest vt à lege Cornelia confirmationem pro parte accipiat, id est quod ad hereditatem patris, quin pupillaris quoque substitutio

confirmetur. Aut si quis dicere velit duo esse testamenta ex l. in ratione. l. §. quod vulgo. D. ad legem falcid. l. 1. §. 1. D. si cui plusquam per leg. falcid. §. 2. Institut. de pupill. substitut. illud vtique constat duo illa testamenta pro vno haberi tam ciuili iure quàm Prætorio. l. patris 20. de vulgar. & pupill. substitut. & secundas, id est pupillares tabulas principalium tabularum partem obtinere videri. l. penult. D. testament. quemadm. a. per. denique patris testamentum pro principali habendum esse, pupillare autem pro accessorio l. ex pupillari. 44. de vulgar. l. quidem. 5. §. vltim. Co. de necess. hered. Institut. Principali verò confirmato, accessorium quoque confirmari eodemque legis beneficio gaudere necesse est. † Non tamen defuerunt qui in proposito specis legitimum heredem admitti dicerent excluso substituto, ratione illa quod secundæ tabulæ locum habere non possent in persona eius qui viuo patre sui iuris effectus fuisset, cum is qui in hostium potestatem peruenit deserit habere filium in potestate nil obstante legis Cornelie fictione, vt proximo capite diximus ex l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. Verum huic sententiæ manifestissima iuris ratio refragatur, quoniam si pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est propter fictionem legis Cornelie, illud omnino consequens est vt substitutio suas vires necessario teneat, quemadmodum Papinianus disputat in l. pater. 10. in princip. de captiuo. & postlimin. Iuliani sententiam in hoc, vt videtur, secutus. Sed indiget hæc Papiniani ratio luce aliqua vt clarior & elegantior fiat. Habet enim iudicio meo, nescio quid latentis & obscurioris subtilitatis, quo intellecto apparebit fortasse non idem prorsus Papiniani & Iuliani hæc parte iudicium fuisse. † Nam ita esto vt Papinianus vult: Patrem qui non rediit iam tunc decessisse intelligi ex quo captus est, & quidem propter fictionem legis Cornelie, negabo tamen recta esse consecutionem illam. Ergo substitutio vires suas necessario tenet. Illa enim semper ratio obstat qua mouebatur ij contra quos Papinianus disputat, quod verum sit filium cui pupillaris substitutus datus viuo patre exisse de potestate, quo admissio, aut probato fatendum necessarium est pupillarem substitutionem corrumpere, vel eodem Papin teste in l. ceteredi. 41. §. cum filia de vulg. & pupill. substit. Ita autem esse vt quamuis per fictionem legis Cornelie fingatur pater retromortuus à proximo ante captiuitatem instanti, nihilominus exierit filius impubes de patris viui potestate. Probo, quia licet lex Cornelia faciat vt pater videatur ex eo tempore decessisse quo captus est, ac proinde quo habebat filium in potestate, non tamen proinde ex contrario facit vt videatur filius eo tempore fuisse in potestate quo pater mortuus est, aut esse retrofingitur: diuerfa namque fictio hæc est, ad solius heredis personam spectat de quo lex Cornelia nec locuta est nec cogitauit, quia nec heredibus prouidere voluit sed captiuus duntaxat, id est eorum testamentis & hereditatibus, vt superiore capite probauimus ex aperto illo & elegantissimo textu qui contradictionem non patitur in l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. Cum itaque, vt ibi Iulianus scribit, non retrofingatur filius fuisse in patris morientis potestate, ideoque nec ei suus heres sit nec necessarius, licet inuitus hereditati obligetur, an non perpetuò verum est filium patre captiuo superstitem primum, deinde mortuum exisse de patris viui potestate? Cessante siquidem fictione quid superest, nisi vt rem totam ex veritate æstimemus? Quid autem verius, quam patrem qui seruus

*Legi dabo perquam. filio
sicut si filio superstiti
mortuus patrem, qui non
genuit sed non eorum est
filium dno patre Carie
se cum postliminij. filio
sicut si filio superstiti
genuit sed non eorum est
filium dno patre Carie
se cum postliminij. filio
sicut si filio superstiti
genuit sed non eorum est
filium dno patre Carie
se cum postliminij. filio*

hostium factus sit, defuisse habere in potestate filium: Ergo ut Papiniani ratio concludat, suppleendum aliquid est quod Papinianus tam certi & indubitati iuris esse sciverit, ut exprimendum non putaverit, verbis apertioribus, cum ex specie propofita contra diuinationem conijci alioqui posset. † Cur enim credamus Papinianum tractare nominatim de filio impubere instituto, nec adiecisse, vel exheredato, quomodo in §. sequen. adiecit ita scribens, si mortuo patre capiat impubes institutus vel exheredatus: nisi quod in ea specie quam tractamus multum intereat an impubes filius institutus sit an exheredatus, in sequenti autem nihil omnino interfuit? † Differentia autem illa perelegans est nec ab vilo, quod sciam, interprete obseruata, inter filium institutum, & exheredatum, quod cum filius institutus est & post patris captiuum mortem decedit, licet non retrofingatur fuisse in patris morientis potestate sicut nec si exheredatus esset, retrofingitur tamen heres fuisse & quidem inuitus quam non necessarius ab eo instanti quo pater decessisse intelligitur, id est quo captus fuit d.l. lege Cornelia. Neque enim lex Cornelia retrofingere potest mortuum eo instanti testatorem, iungendo morti tempora captiuitatis, ut scriptum est in l. penult. in fin. de v. succap. nec inducere hereditatem ut Tryphoninus loquitur in l. in bello 12. §. 1. de captiu. & postlim. quin eodem ipso instanti inducat heredem, cui hereditatem deferre possit, siue testamentarium, si tunc superstes sit cum testator moritur, siue legitimum, hoc est filium aut agnatum qui eo tempore proximior reperitur, l. nec nos praterit. 3. C. de postlim. reuers. Porro non potest filius impubes institutus retrofingi heres patris ab eo tempore quo pater ab hostibus captus est quin ab eo quoque tempore patrem pro mortuo habere cogatur. Alioqui viuens heres fuisse retrofingetur, quod cum per absurdum sit non magis per fictionem fieri potest quam ipsa rei veritate. Nec igitur de viui patris potestate propter patris infortunium exisse videri debet, qui patris heres fuisse intelligitur priusquam pater ab hostibus caperetur. Proinde filio instituto concludit optimè & necessariò Papiniani ratio, substitutionem pupillarem vir es suas tenere, propterea quod pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligatur: dummodo suppleas, quod ex filij institutione omnino sequitur, Et filius ab eodem tempore patris heres fuisse videatur etiam inuitus, dicit. l. lege Cornelia 12. qui rest. sacer. poss. adeoque ignorans, l. apud hostes. 8. Codic. de suis & legit. At filio impubere exheredato aliud est, quia fictio legis Corneliae nullomodo eum afficit, quippe qui nec captiuus fuerit, nec captiuus heres. Exclufa autem fictionis potestate, relinquatur ex veritate rei, ut filius viuo patre in potestate esse desierit ex quo tempore pater ab hostibus captus fuit, atque ita pupillarem substitutionem qua initio inspecto non minus exheredato quam instituto filio fieri potuerat euanescere necesse est. † Hancque differentiam non obscurè, ut dixi, Papinianus innuit cum ponit filium institutum. Nam cum ea lex sit ex Quæstionum, non Responsorum libris, non possis dicere loqui eum de instituto quod ita ex facto incidisset. Estque probabile fuisse eum dictionem illam instituto, prætermitturum, aut æquè additurum vel exheredato, si institutum ab exheredato nihil hac parte distare credidisset. Exemplo eius quod in §. seqq. tractans de impubere capto post mortem patris, tam de exheredato quam de instituto locutus est, quia nimirum eo casu nihil interest an institutus sit filius an exheredatus. Ad eum

siquidè patrem familias factum & captiuum lex Cornelia pertinet ut propriam ipsius hereditatem confirmet quam in ciuitate reliquisset licet exheredatus, si in ciuitate decessisset. † In eoque primus lapsus est viri doctissimi Iacobi Cuiacij qui lib. 15. Obser. cap. 17. nihil interesse existimat an instituto an exheredato impuberi datus sit substitutus: & vtroque casu substitutionem pupillarem valere, confirmatis scilicet per legem Corneliae secundis tabulis. Decepit eum, ni fallor, quod Iulianus in dict. l. lex Cornelia. vigesima octaua de vulg. nil distinguit an institutus sit filius an exheredatus, sed generaliter scribit mortuo impubere in ciuitate post patrem apud hostes defunctum pupilli hereditatem ad substitutum pertinere. † Verùm nihil vetat Iuliani sententiam ex necessaria iuris ratione ad eum casum restringere quo solo defendi possit, eumque ex Papiniano interpretari ne vltro dissentientes eos faciamus quos conciliare commodè liceat: præsertim cum & quoties de substitutione impuberi facta tractantes Iureconsultos legimus, filium institutum ponere debeamus. Cur non enim id præsumamus cum & filius in potestate cui soli substitui pupillariter potest, ipso iure heres sit siue ex testamento siue ab intestato, nisi cum est exheredatus? lege prima, §. qui sunt in potestate. D. si quis omiff. caus. testam. Sic in lege iam hoc iure, quarta, eodem titulo de vulg. & pupill. substitut. generaliter scriptum est substitutionem pupillarem factam in vnum casum trahi ex constitutione Marci ad alterum: cum tamen si proponas factam exheredato fieri nequeat ut velexpressè vel tacitè casum illum contineat, si heres filius non erit, qui est exheredatus. Sic in lege, verbus ciuilibus, septim. eodem, negat Papinianus substitutione verbis ciuilibus post decimum quartum annum frustra facta debere admitti ut coheredem qui tanquam substitutus admitti non potest, ne, inquit, fiat contra voluntatem si filius non habebat totum interim quod pater ei testamento dedit. Quæ ratio accomodari non potest ad substitutionem exheredato factam, quamuis verba præcedentia sint generalia & indistincta. Denique passim occurrunt innumeri iuris loci quibus id ipsum probari possit. † Quin & in ea Iuliani lege de qua agimus apparet satis tractare eum de filio instituto, qui paternam hereditatem sperare potuerit, cum in postremis verbis ita scribit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet. Id enim significat, paterna bona illo casu acquiri agnato proximo tanquam paterna non tanquam ea quæ iam à patre in filium peruenerint. Quomodo autem peruenire potuissent si filius exheredatus fuisset? Atque hæc quidem de prima Papiniani questione dixisse sufficiat, de qua superioribus libris nihil scripseramus, quod nondum loci elegantiam & sententiam comperit habere.

CAPVT V.

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtroque in eadem quæstione dissensio. Ad §. vlt. dict. l. pater de capt. & postlim.

SVM MARIA.

An pupillaris substitutio confirmetur, si impubes sine insti-

- institutus siue exheredatus sit, patre in ciuitate iam mortuo ab hostibus captus sit & apud eos decesserit?
- 2 Scæuola cum Papiniano in hac quæstione conuenire, & Iuliani sententia contrarium videri.
 - 3 Ratio Scæuola & Papiniani in dicta quæstione.
 - 4 Ratio pro Iuliani sententia, & ad eam responsio.
 - 5 Diuersam esse testamentaria, & legitima successionis rationem, quam de legis Corneliae fictione agitur.
 - 6 Quomodo Iulianus legem Corneliae interpretatus sit in l. lex Cornelia?
 - 7 Iuliani sententiam ex aequitate fauorabiliorem esse.
 - 8 Media Papiniani sententia, eiusque fundamentum.
 - 9 Alia interpretatio sententia Papiniani in d. §. vlt. l. pater.
 - 10 An ex Cuiacij sententia in d. §. vltim. substituto actiones utiles à Præatore dentur ex mente legis Corneliae?
 - 11 Quis in d. l. lex Cornelia, sensus sit horum verborum, ex ea lege?
 - 12 Cur in fin. d. l. pater. Papinianus dicat utiles actiones substituto dandis & quam sint illæ utiles actiones?
 - 13 Cur non in heredem, sed in hereditatem dari debere dicatur?
 - 14 Quomodo Præator in d. l. succurrat pupillari substituto, priusquam proximus agnatus factus sit possessor hereditatis, vel postea?

Sequitur † apud Iulianum & Papinianum in dict. l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit. & in d. l. pater. 10. §. vltim. de captiu. & postlimin. alius casus longè dubitabilior, Si patre in ciuitate iam mortuo filius impubes siue institutus siue exheredatus cui pupillaris substitutus datus fuerat, ab hostibus captus sit, & apud eos decesserit, An pupillaris substitutio ex lege Cornelia confirmetur? Iulianus putat non incommodè dici (sic enim legendum est non ut in Florentin. non commodè ut sequentia ostendunt) hereditatem pupilli ex ea lege, videlicet Cornelia, ad substitutos pertinere. Papinianus contra, In promptu est, inquit, dicere legem Corneliae de tabulis secundis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset. † Quæ & Scæuola sententia fuisse videtur. Is namque in lege si pater captus 29. de vulg. tractans speciem longè minus dubiam, de patre capto ab hostibus mox filio & ibi ambobus defunctis, licet priore patre, negat legem Corneliae ad pupilli substitutionem pertinere, nisi, inquit, reuersus in ciuitate impubes decedat, (quod tamen contingere non potest vtriusque iam apud hostes mortuis) nam si eo casu quo pater quoque ab hostibus captus est, & quo necessaria sit potestas legis Corneliae ad paterni testamenti confirmationem, non putat tamen Scæuola pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari posse, haud dubiè multo minus ille admiserit confirmari posse eo casu de quo agimus, hoc est quo patre in ciuitate mortuo, testamentum ipsius nulla confirmatione indigeat, & solius impubers fauore legis fictionem cum Iuliano inducere quis velit. Rectamque consecutionem esse vel ex eo maxime apparet quod Papinianus qui solo impubere post patris mortem capto non patitur ex lege Cornelia confirmari pupillares tabulas, idem tamen admittit vtroque ab hostibus capto, & apud hostes, sed patre priore mortuo, legem Corneliae substituto sufficere in l.

quod si filius. 11. §. vltim. eod. tit. de captiu. & postlimin. in eo nimirum apertissimè, ut postea probabimus, differens à Scæuola: nisi eam emendationem admittas quam nos ad Scæuolam proponemus infra. Nunc enim sic disputamus ac si nihil emendandum esset, quia & cum iis contendimus qui receptæ lectionis mendum non agnouerunt. Ergo nec dubitandum est, quin Scæuola qui quod facilius erat non admittit, multò magis Iuliano contradicere fuerit, id quod difficilius erat inducere volenti. † Et sanè vix est ut ad illam Papiniani rationem quam Scæuola quoque fuisse necesse est, pro Iuliano rectè respondere quisquam possit. Si enim verum est legem Corneliae non solum de secundis tabulis nil locutam esse, sed etiam eius duntaxat & specialiter personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset, qua obsecro, ratione fieri possit ut ex ea lege pupilli hereditas ad substitutos pertineat? Nam & hoc casu cessat ratio illa qua Iulianus in præcedentibus mouebatur, quod lex Cornelia non tantum testamentaria & hereditates captiuorum confirmet, sed etiam hereditates omnes quæ ad quemque ex eorum testamento peruenire potuissent, cum in proposito patris qui captiuus numquam fuit testamentum nulla egeat confirmatione, nec proinde agatur hinc de secundis tabulis quasi accessoriis in consequentiam paterni testamenti confirmandis, sed de illo potius, An solæ confirmari possint per legem quæ de iis nec locuta est, nec per interpretationem intelligi commode potest, quandoquidem expressa verbis legis & demonstrata persona eius qui testamenti factionem habeat, hoc ipso exclusa est persona impubers, quem constat testamenti factionem non habere. † N. si fortè pro Iuliano dicas quod mouisse illum videtur mentem legis potius quam verba spectanda esse, parumque referre an testamenti quis factionem habeat necne, dummodò possit cum testamento decedere, quod in pupillo euenit cui testamentum à patre factum est dict. l. 2. de vulg. & pupill. substitui l. Papinianus. 8. §. sed nec impubers. Codic. de noiff. testam. Cur non ergo impubers quoque testamentaria hereditas per legem Corneliae confirmabitur, maxime cum legitima confirmetur? † Sed ego pro Scæuola & Papiniano respondebo, longè diuersam esse hac parte successionis testamentariae & legitime rationem: legitimam hereditatem eius quoque hominis dici qui testamenti factionem non habeat: nam & intestatum esse eum qui testamentum non fecerit cum facere posset, multò magis eum non posset, l. 1. de suis & legitim. l. intestatus. 64. de verbor. sign. ideòque legem Corneliae qua parte egit de confirmandis legitimis hereditatibus non demonstrasse personam eius qui testamenti factionem habuisset: testamentariam verò hereditatem licet eius sit qui cum testamento decesserit, siue testamenti factionem ipse habuerit siue non, eo tamen solo casu à lege Cornelia disertis verbis confirmatam, quo testamenti factionem defunctus habuisset: proinde non posse solo interpretationis auxilio nisi aliud potentius accedat, ad impubrem extendi, verbis scilicet repugnantibus. argument. l. talem 15. in fin. de heredit. institut. Non quod lex Cornelia expressè prohibuerit ne pupillares tabulæ solæ confirmari possint primis confirmatione non indigentibus. Sed quod absurda prorsus futura sit illa interpretatio, si quod lex ait, si testamenti factionem patrem familias habuit, tu sic intelligas & interpretè, id est siue testamenti factionem habuerit, siue

nov. Ita enim additio & suppletio esset, non interpretatio. Iuriscōsulti autem est, ut sapiens monuimus, interpretari, non supplere. Ac quemadmodum ex eo, quod constitutiones dant heredem filiofamilias militi si de peculio castrensi testatus sit, non possis inferre, habiturum ergo eum heredem ab intestato, quia imò verò peculium castrense iure peculij non hereditatis ad patrem tunc pertinet l. 1. & 2. de cast. pecu. ita & in proposito non possis dicere lege Cornelia confirmari pupillare substitutionem, aut fingi impuberem cui pater testamentum fecit decessisse in ciuitate, ob id solùm quod legitima pupilli hereditas per eam legem confirmetur. Præsertim cum tantò difficilius sit confirmari testamentariam hereditatem quam legitimam, quantò difficilius est testatum dicere quam intestatum. † Et tamen sic Iulianus legem interpretatus videtur in dict. l. lex Cornelia acti lex solius patrisfamilias non etiam testamenti factionem habetis personam demonstrasset. Nam & in l. bona eorum. 22. de capt. & postlimin. quæ eiusdem Iuliani est ex eodem, sexagesimo secundo scilicet Digestorum libro, generaliter scriptum legimus bona eorum qui in hostium potestatem peruenerint, atque ibi decesserint, siue testamenti factionem habuerint, siue nō habuerint ad eos pertinere ad quos pertinerent si in potestatem hostium non peruenerint, quo tamen loco palam est de lege Cornelia tractari generaliter, id est tam in causa testati quam intestati. † Enimuerò si æquitatem amamus longè fauorabilior est hæc Iuliani sententia quæ pupillare testamentum tuetur, cum pupilli inter sit testamentarium potius quam legitimum habere successorem l. Iulianus. 42. alius l. si pupillus de acq. her. Cur enim cætera testamenta omnia lege Cornelia confirmantur, solùm pupillare, quod omnium fauorabilissimum est non confirmetur? Vix enim est, ut in alterius quam impuberis persona vnquam eueniat cum testamento decedere eum qui ipse testamenti factionem nō habeat nisi quòd Iustin. in l. humanitatis. 9. c. de impuber. & alijs substit. constituit ad exemplum pupilli, ut iam mente capto filio testamentum facere, & heredem dare pater possit. Ut dubitari nō oporteat, quin lex Cornelia eum eius personam demonstrat qui testamenti factionem habuisset, de impubere tum non cogitasse videatur, sed id egisse potius ne omnia omnium testamenta confirmare crederetur, at illa tantum quæ valeant testatore in ciuitate moriente, hoc est quæ ab iis facta essent, qui testamenti factionem habuissent. † Itaque Papinianus nec legis verba prætextu æquitatis tam facillè & audacter violanda esse ratus, nec ipsis quoque tam pertinaciter hærendum, ut contra manifestissimam æquitatis rationem quicquam decernatur, mediam sententiam induxit, ut in proposita specie pupillaris quidem substitutio per legem Cornelia non confirmetur, in eo Scæuolæ consentiēs qui stricti iuris religiosior semper fuit, sed tamen vtilēs actiones hereditariæ substituto dentur per Prætorem ad cuius officium pertineat, non minùs subsequi patris quam legis voluntatem, id est, non minorem rationem habere substituti pupillaris qui expressa patris voluntate nitatur, quam habiturus esset si per eam legem pupillaris substitutio confirmaretur. Atqui si lex Cornelia pupillarem substitutionem confirmaret, non denegaret Prætor actiones quales dare potest, id est vtilēs (directas enim non dat nisi lex ipsa quæ heredem facit) ei quem lex Cornelia heredem fecisset: nam & legum quodque tendarum causa bonorum pos-

sessionem dare Prætor solet, leg. sed cum patrono. 6. §. penult. de bonor. possess. Quidni ergo tueatur Prætor substitutum pupillarem datis illi vtilibus actionibus? cū in eo nihil facturum sit contra legem, sed tantum præter legem: sufficiat autem nihil eum contra legem facere, licet quod facit nec ex verbis nec ex mente legis faciat, ut scripsimus supra ex l. nec non 28. §. quoad eius. D. ex quibus caus. maior. † Quamquam non repugnabo si voles etiam Papinianum sic intelligere, ut Prætor dando vtilēs actiones pupillari substituto, & patris voluntatem subsequatur & legis patris quidem expressam, legis verò non tacitam, quæ ex verbis expressis colligi possit, sed subintellectam, hoc est, quam dubitandum non sit legem expressuram fuisse si de pupillo cogitasset, cum quod ad legitimam pupilli hereditatem attinet certum sit eam lege Cornelia confirmari. Huic enim interpretationi conuenire illud videtur, quod posteaquam ita Papinianus scripsit, *Planct captiuus etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Cornelianam deferri, quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse, subiicit statim, & ideo non est alienum Prætorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem, & vtilēs actiones in hereditatem substituto dare.* Nisi malis, quod fortasse probabilius fuerit, hunc Papiniani sensum esse, ut non minus uere debeat Prætor voluntati patris cum in filio impuberi testamentum fecit, quam voluntati legis Cornelia cum pupillus intestatus decessit. Atqui legitimo pupilli heredi daret Prætor vtilēs actiones, sicut & alij cuiuslibet quem lex duodecim tabularum heredem fecisset, quia eo casu pupillus ex lege Cornelia in ciuitate decessisse retrofingeretur. Ergo & testamentario heredi dare debet, eadem scilicet fictione ad tuendam patris voluntatem inducta. † Illud sane nunquam admittam quòd Cuiacius ait dari à Prætor vtilēs actiones substituto pupillari ex mente legis Cornelia. Nam si ea mens legis esset, quomodo eam esse Iulianus putabat, dicendum esset hereditatem pupilli ex illa lege ad substitutum pertinere, ut Iulianus loquitur, nec esset necessarium Prætoris auxilium, quod tamen Papinianus omnimodo requirit, utpote deficiente legis potestate. Quemadmodum enim in fraudem legis facere dicitur, qui saluis verbis legis sententia eius circumuenit, l. contra. 29. cum sequ. D. de leg. ita in contrarium ex lege fieri dicendum est quicquid sit ex legis vi & potestate licet ex eius verbis non fiat, l. scire leges. 17. eod. † Vnde illud nunc admittere non possum quod alias existimabam cum omnibus interpretibus verba illa Iuliani, ex ea lege, sic accipi debere ut pupillaris substitutus admittatur ex legis Cornelia fictione per Prætorem ampliata non autem ex ipsius legis potestate. Nam præter id quod Iulianus Prætoris auxilium nullomodo implorat, ut substituto faueat, apparet satis sic eum loqui, ut solius legis non etiam Prætoris iurisdictionis potestatem intelligat. Ait enim, *hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere.* Hereditas autem nulla esse potest captiuo impuberis nisi quam lex Cornelia faciat, quæ & hereditatem inducit & heredem, leg. filiusfamil. 18. ad leg. Falcd. l. in bello. 12. §. 1. de captiu. & postlim. siquidem Prætor heredem facere non potest §. quos autem Instir. de bonorum possess. Ergo neque hereditatem. † Quare nec Papinianus sic loquitur, ut dicat Prætorem debere testamentariam pupilli hereditatem confirmare, quæ sanè nulla est cessante legis Cornelia potestate, quæ sola eam facere poterat: aut substituto accommodare vtilem petitionem hereditatis ex testamento (nam ne hoc quidem Prætor facere possit

test, cum nulla sit ex testamento hereditas) sed tantum vtilēs actiones in hereditatem substituto dare. Nempe quoniam impuberis aliqua hereditas est, nimirum legitima quæ per ipsam legem Cornelianam constituitur: in eam igitur hereditatem dabit Prætor substituto vtilēs actiones, id est, dabit ei bonorum possessionem secundum tabulas cum re quæ legitimi heredis per eandem legem constituti ius inane reddat & inutile. Cōcurrente enim fauore testamentarij heredis & legitimi, testamentario fauere potius debet Prætor quæ legitimo, ut non minus patris quam legis voluntatem subsequatur. † Non ait Papin. Prætorem debere vtilēs actiones dare substituto, in herede, sed in hereditate, quia licet lex Cornelia facere non possit hereditatem pupillo legitimam quin eodem instanti faciat etiam legitimam heredem, implicaret tamen contradictionem, ut Prætor præferret heredem testamentarium & legitimam nihilominus agnoscere: neque enim legitimus heres esse quisquam potest, quandiu testamentarij ratio aliqua habetur: nec qui agit tanquam heres agere potest contra heredem, sed contra possessorem qui pro herede aut pro possessore possideat, l. regulariter. 9. l. pro herede. 11. de petit. hered. † Itaque pupillaris hic substitutus vel petet à Prætor bonorum possessionem secundum tabulas pupillares priusquam agnatus proximus factus sit possessor hereditatis, vel postea: si ante non patietur Prætor molestiam ei fieri ab agnato proximo quæ nec pro legitimo herede habebit: si post, iubebit vtilēs esse actiones quas substitutus hic exercebit siue contra possessorem hereditatis agat, siue contra debitores hereditarios, quemadmodum euenit cum filio emancipato præterito aut ab intestato Prætor dat bonorum possessionem contra tabulas in necem heredis instituti, aut Vnde liberi ad exclusionem legitimi heredis: item cum ex constitutione Hadriani tuetur heredem scriptum in eo testamento, quod agnatione posthumi ante patrem defuncti ruptum fuerat, l. posthumus. 12. D. de iniust. rup. Quamquam digna certè res erat, quæ rescripto aliquo Imperatoris aut induceretur aut confirmaretur, cum in specie, d. l. posthumus, Hadriani rescriptum necessarium fuerit, nec sine eo licuisset Prætori vsque adeò testamento fauere, ut agnati proximi quem lex duodecim tabularum ad intestati patrisfamilias hereditatem vocabat, ius infringeret, sicuti ad eum locum scripsimus. Audax ergo Papinianus, & fortassis audacior quam Iureconsulto par fuerit, qui tantum sibi arrogauit, ut Prætori quodammodo inducendi heredis testamentarij, & remouendi legitimi ius dederit. Quid enim interest an lex Cornelia substitutum pupillarem heredem faciat, an Prætor vtilēs illi det actiones? Nisi quòd Cornelia lex quemadmodum heredem verum facit, ita & directas verasque daret actiones quas Prætor vtilēs tantum dat & fictitias. At effectu ipso paria sunt directas actiones habere, & vtilēs, leg. actio. 47. de neg. gest. Heredem esse & bonorum possessorem, l. 1. 2. 3. §. 1. de bon. poss. † Dixi ex lege Cornelia competere directas & veras actiones non vtilēs & fictitias, ut refellam Cuiacij sententiam, qui ut Papinianum cum Iuliano conciliat scribit vtilēs illas actiones quas à Prætor dadas esse Papinianus vult, dari ex lege Cornelia, quasi non possit illa nisi fictitias actiones inducere, quæ per fictionem inducit hereditatem contra legem duodecim tabularum. Nam licet lex fingat in ciuitate mortuum, qui reuera apud hostes mortuus est, facit tamen veram hereditatem non fictam, verum heredem non fictum, veras igitur actiones & directas non fictas. Perinde enim potuit lex Cornelia heredem

facere atque lex duodecim tabularum. Sicut potuit, ita voluit, cur non ergo fecerit? Nam & ob hanc causam ista legis fictio iuris ratio appellatur à Papiniano in d. l. pater in princ. quod fieri non posset nisi in iis omnibus quæ ad ius pertinent eandem lex Cornelia quam cætera leges viui & potestatem haberet. Fatendum itaque est dissenisse Iulianum à Scæuola, Papinianum autem ab utroque. De Iuliano non dubitauit, qui in illis verbis, non incommode dicitur, reposuit, non commode. Prorsus incommode, ut sequens distinctionis pars ostendit, in qua cum diuersum ius Iulianus constituat, fictioni tamen & potestati legis Cornelia locum esse negat. De Scæuola & Papiniano non reperio ex interpretibus qui dissentire eos ante me obseruauerit. Ad eò omnes aut dissimularunt mala fidè, aut non intellexerunt. Quod verò idem vir doctissimus apud Papinianum pro, quoniam, legit, quamquam, id nos iam superioribus libris & bene & abundè refutauimus.

CAPVT VI.

Ad l. quod si filius in eod. tit.

SUMMARIÆ.

- De tertia specie à Papiniano tractata in qua filius impubes, cui substitutus datus fuit, in ciuitate moritur, patre quidem iam capto ab hostibus, sed nondum apud eos defuncto.
- An in illa specie pupillares tabule valeant, siue reuerso, siue apud hostes mortuo patre?
- Sententia Cuiacij reuocatur existimantis reuerso patre pupillares tabulas non valere.
- Euertitur ratio pro sententia Cuiacij allata.
- Vera ratio propter quam substitutus pupillaris in dicta specie corruisse intelligitur.
- Filium qui moriente apud hostes patre iam in ciuitate decessit patremfam. factum credi, & heredem non ex testamento sed ab intestato habere.
- Cur dicto casu filius impubes, cui testamentum à patre factum est, testamentarium heredem habere non possit?
- An ex Accursij, Goueani & aliorum sententia dictus filius hætenus duntaxat pro patrefamil. habendus sit, ut heredem legitimum & ab intestato habere possit, non quod ad pupillares tabulas pertinet.
- Examinatur Accursij & sequacium ratio.
- Non legis Cornelia fictionem, sed rei ipsius veritatem tribuendum esse, ut filius exinde sui iuris dicatur, ex quo pater ab hostibus captus est.
- Filium in d. l. viuo patre de potestate exisse, & consequenter pupillares tabulas ex Papiniani sententia euansisse.
- Refutatur argumentum pro contraria Cuiacij sententia allatum.
- Cur lex Cornelia non fingat dictum filium tempore captiuitatis patris defunctum in ciuitate, patri fuisse substitutum?
- An, si fictioni Cornelia locus esset, effici posset ut dictus filius impubes ante patrem reuera mortuus, post eum mortuus videretur?
- Sensus & validitas rationis à Papiniano reddita in dict. l. ii.
- Reuocatur nonnulla ratio pro Papiniani sententia, à Doctoribus excogitata.
- Examinatur ratio ab alijs reddita, cur filius in ciuitate ante patrem mortuus videri non possit ex lege Cornelia post patrem decessisse.
- Filium in dicta specie de viuo patris potestate exuisse.

19 *Dei iurum filium patre captiuo defunctum in ciuitate patre ab hostibus redente filium familias decessisse intelligi.*

20 *Verbum videtur in d.l.ii. non pro fictione, sed sola rei veritate accipiendum esse.*

21 *Necesse esse filium impuberem, ut substitutum pupillarem habere possit, patrem familias decedere.*

3 **T**ertia à Papiniano tractata species ad eandem quaestionem pertinens, De pupillaribus tabulis ex lege Cornelia confirmandis. Si filius impubes cui substitutus datus fuit in ciuitate moriatur patre quidem iam capto ab hostibus, sed priusquam is apud hostes moreretur. De qua sanè obscurum est, quid Papinianus sentiat. Sic enim scribit, *Quod si filius ante moriatur in ciuitate, nihil est quod de secundis tab. tractari possit, siue quoniam viuo patre filius familias mori intelligitur, siue quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videtur fuisse ex quo pater hostium potius est.* Accursius, Bartolus, ceterique veteres omnes quos & secutus est Ant. Goueanus ad *l. lex Cornelia. 23. de vulg. & pupil. substit.* eam Papiniani sententiam esse putarunt, ut pupillares tabulae neutro casu valeant, quia reuerso patre filius interea mortuus in ciuitate filius familias decessisse intelligatur propter ius postliminij, ut idem Papinianus scribit in *l. pen. D. de suis & l. l. i. §. i. ad S. C. Maced. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potesta. soluit. leg. in bello. 12. §. i. l. bona. 22. §. quod filius hoc cod. tit. de captiu. & postlim.* Mortuo autem patre apud hostes exinde videatur sui iuris fuisse filius ex quo pater hostium potius est, atque ita de viui patris potestate exiisse. Constat enim corruiere pupillares tabulas si in patris potestate filius non sit eo tempore quo pater moritur. *l. coheredi. 41. §. cum filio de vulg. & pupil. substit.*

3 **†** At ex recentioribus vir longe doctissimus Iacobus Cuiacius, qui quoniam nihil ferè intactum reliquit, à nobis saepius nominandus quam probandus est, contra existimauit, non reuerso patre pupillares tabulas valere propter fictionem legis Corneliae: reuerso tamè eo non valere, vtrumque autem Papiniano tam certum & indubitatum fuisse, ut de eo tractari, id est disputari & controuerti posse non crediderit, ita intelligens verba illa, *nihil est quod de secundis tabulis tractare possis*, quod, inquit, tractatio sit rei difficilis & controuersa, non rei certae & confessae. **†** Mouetur ratione perelegati prima facie, nec iis quoque incognita qui contra sentiunt, necdum tamen, quod magis mirum est, ab ipsis euerfa. Ait ille, Patre quandocunque apud hostes mortuo filium interea defunctum in ciuitate intelligi effectum sui iuris per mortem patris licet prior filius decesserit, propterea quod lex Cornelia fingat antiquiorem & priorem fuisse patris mortem quamuis reuera posterior fuerit, idque Papinianum sibi velle cum ait, *quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videatur fuisse ex quo pater hostium potius est.* Goueanus cuius potissimum subtilitate dilui obiectio debuerat, quasi nec videat, tacet. Accursius verò hasitat vtrum probare debeat sententiam Bulgari qui in verbis illis negationem deesse putabat, legendumque, *sui iuris non videatur fuisse.* An verò retenta vulgari lectione rationem illam Papiniani non propositiua, sed, ut ipse loquitur, pro remotiua accipere quasi falsa, quod, inquit, verum non sit filium videri exisse de patris potestate per mortem patris neque ex quo pater captus sit: alioqui valerent pupillares tabulae ac de iis tractandum esset, quod tamen Papinianus negat. Ego verò quid Bulgari & Accursius sibi velint non intelligo. Nam si posteriore hac Papiniani rationem cum negatione legas, efficitur ut ratio sit falsissima: ineptus autem Papi-

nianus, qui si ratio vera esset priore contentus esse debuerat, & siue reuerso, siue non reuerso patre, tabulas pupillares hoc vno argumento sublatas dicere quod impubes filius familias decessisset. **†** At si propius inspicis, negare non possis quin patre apud hostes mortuo filius exinde sui iuris fuisse videatur ex quo pater ab hostibus captus fuit. Siquidem captiuitate patriam potestatem amitti constat, eandemque sola postliminij non etiam legis Corneliae fictione recuperari, cum is qui captus est re vera fiat seruus hostium, seruus autem qui in aliena potestate est alios in sua habere non possit, ut tam saepe iam inculcauimus in superioribus. Recta igitur ratio est propter quam pupillaris substitutio corruiere intelligatur, quia certum est filio patris viui potestatem egresso pupillarem substitutionem non posse subsistere. **†** Quod etiam pertinet quod idem Papin. scribit in *d. l. penult. de suis & legit.* moriente patre apud hostes defunctum iam in ciuitate filium patrem familias decessisse credendum, quamuis patria potestate non fuerit in plenum quandiu vixit liberatus, itaque heredem eum habiturum. Quod quanquam admitto ita accipi debere, ut ab intestato duntaxat eum non etiam ex testamento heredem habere possit, non tamen facit ea res quominus facto quoque ipsi per patrem testamento credendus sit paterfamilias. decessisse qui in ciuitate ante patrem captiuum decesserit. **†** Nam ne testamentarium heredem habere possit illud impedit, quod si pubes fuit, non potuerit testari tanquam incertus de suo statu pendente scilicet propter spem postliminij, quae durat quandiu pater apud hostes viuit. *l. qui testamento. 14. cum seq. D. qui testam. sacer. possit.* Si impubes, non quidem ratio eadem illi obstat, sed alia quod iam inde viuo patre paterfamilias factus intelligatur: quarum tamen rationum neutra facere potest, quin sit locus successioni intestati, quae ut inducatur sufficit eum de cuius bonis agitur patrem familias decessisse. Proinde ridiculus est Accursius, qui filium hunc in ciuitate medio tempore defunctum hactenus duntaxat pro paterfamilias habendum esse vult, ut heredem legitimum & ab intestato habere possit non etiam quod ad pupillares tabulas pertinet. Quasi vno respectu paterfamilias, alio filius familias fuerit, quod absurdissimum est. **†** Nec subtilior hac parte Goueanus, qui arctioribus vinculis & iure strictiore teneri ait testamentarias quam legitimas hereditates. Nisi forte ad id respicere voluit, quod difficilius est testatum decedere quam intestatum. In quo nihil est, quod mirum videri debeat cum testamenta ex multis solennitatibus constent, quae ad intestati successionem nil pertinent, propterea quod in testamentis factum hominis interuenit, ab intestato autem sola potestas legis, cuius proprium est non sibi, sed hominibus legem, & parendi necessitatem imponere. Nam & inde fit, quod idem Goueanus pro sententia sua confirmanda subiicit, ut posthumum alienum heredem ex testamento habere non possim, legitimum tamen possim. *l. antepenult. de legat. 1.* Nempe quia testantis iudicium certum esse debet cuiusmodi esse non potest, quod in personam incertam aut incertae similes qualis est posthumus, confertur. Legis verò iudicium, non nisi certum esse potest, quae semper agnato proximo hereditatem defert, non eò minus autem proximus agnatus est is, qui posthumus quoque est, quandoquidem quod ad iura legitimarum hereditatum attinet, qui in vtero est pro iam nato habetur ex iuris regula, *l. pen. De stat. homin.* **†** Illud igitur videndum est cur Bulgari, Accursius, & ceteri in eas angustias se coniciant, ut non aliter defendi posse putent quod Papinianus ait non reuerso

reuerso patre substitutionem pupillarem corruiere quam si negent exinde filium videri sui iuris fuisse ex quo pater ab hostibus captus est. Nimirum quoniam, ut Accursius ipse fatetur, non possis fingere filium exinde sui iuris fuisse, quin pariter fingas ex lege Cornelia patrem praemortuum, quo tamen admissio fit necessario consequens, ut pupillaris substitutio valeat, quasi filio per patris mortem à patria potestate liberato. **†** Quae ipsa Cuiacij ratio est, in hoc tamen aperte claudicans, quod putant fictioni Corneliae tribuendum esse, ut filius exinde sui iuris fuisse dicatur, ex quo pater ab hostibus captus est. Cum ex contrario nihil sit apertius quam fieri id ex mera rei factiq. veritate, quoniam verum est & seruum hostium esse eum qui ab hostibus captus sit, & eum qui in aliena potestate sit, alios in sua ut iam diximus, habere non posse. Non quidem prorsus abruptum est ius patriae potestatis propter spem postliminij quae omnia iura in suspensio retinet. *l. illa institutio. 2. §. i. de hered. instit.* Sed tamen quandiu fictio postliminij locum non habet, ac multo magis ex quo constat locum amplius habere eam non posse patre apud hostes mortuo, veritati necessario standum esse & eo saltem tempore quo filij status pendere desit, admittendum incunctanter, exinde filium sui iuris factum esse ex quo pater hostium potius sit. **†** Neque verò Papinianus sic loquitur ut dicat intelligi filium morte patris sui iuris effectum, in quo isti omnes falluntur, sed patris captiuitate, quae mortuo postea illo apud hostes, postliminij fictio delere non potuerit: ut inferamus viuo patre exiisse filium de potestate, & consequenter pupillares tabulas euauisse. Id enim proculdubio Papin. significat, cum ait nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit: eas scilicet nullo casu valere siue reuerso siue non reuerso patre, in eoque cum Accursio, & veteribus omnibus contra Cuiacium (quae iam superioribus annis mea fuit opinio) sentiendum arbitror, & ut Cuiacius loquitur, confessum velit dicere quod à tot tantisque interpretibus nondum bene exploratum sit & intellectum? **†** Atqui, inquit, negari non potest, quin mortuo tandem apud hostes patre locus sit fictioni legis Corneliae quae faciat ut pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligatur ex quo captus est. Sic enim idem Papinian. scribit in *l. proxim. in princ. supr.* quam nos in praecedentibus explicauimus. Et hoc certè praecipuum est quod interpretes omnes praecipites egit, non animaduertentes, quod tamen verissimè est, nihil ista habere communia. Et quamuis verum sit patrem apud hostes defunctum mortuo iam in ciuitate filio retrofingi decessisse prima hora captiuitatis, non inde tamen fieri ut filius post patrem decessisse existimetur. An ratione illa quam Accursius attigit, & quae non insubtilis videri possit, quod fictio legis Corneliae non prius locum habeat quam defunctus sit is qui ab hostibus detinebatur, tunc autem cum locum habere incipit iam non supersit persona filij super qua fingi quicquam possit? arg. *l. huic scriptura. 15. ad leg. Aquil.* Sed obstat quod imò verò interdum euenit ut fictio quae nodum nata fuerat moriente filio perinde vires suas exerat illo iam mortuo, ut cum filius in ciuitate decessit ante quam pater ab hostibus rediret. Retrofingitur enim decessisse filius familias quamuis reuera sui iuris decesserit, ut scriptum est in hac *l. & d. l. penult. de suis & legit.* Videlicet propter ius postliminij paterni, quod patri saluum & negrum superesse oporteat, non ex filij morte quae medio tempore contigerit, immittuntur, *l. i. C. de post. m. reuers.* **†** Cur non ergo similiter

lex Cornelia hoc ipso quod fingit partem quandocumque apud hostes mortuum iam tum decessisse videri cum captus est, finget etiam filium medio tempore defunctum in ciuitate patri fuisse superstitem? Illa igitur ratio probabilior mihi videtur quod leg. Corneliae fictio tota eò duntaxat pertineat ut & hereditatem captiuo mortuo faciat & heredem, non etiam ut hunc vel illum heredem constituat. Faciat, inquam, tum demum cum captiuum apud hostes defunctum esse innotuit. Ex eo namque fit ut si quis captiuus filius aut proximus agnatus fuit primo captiuitatis tempore qui durante captiuitate decesserit, licet, si voles, hereditatem captiuus quasi iam mortui adierit, nihil tamen ad heredem transmississe videatur, quia neque ex lege duodecim tabularum captiuus hominis heres esse potuerit, neque ex lege Cornelia priusquam mortuum esse constaret. *l. nec nos praeterit. 3. C. de postlim. reuers.* Itaque is demum ex lege Cornelia admittetur qui tum proximus fuerit quo captiuus decesserit, aut potius quo decessisse captiuum apparuerit. Finge institutum filium aut agnatum proximum aut extraneum medioque tempore mortuum: lex Cornelia non confirmabit testamentum quod herede praemortuo destitutum est, sed inducet legitimum heredem eum qui tum ex agnatis proximior sit, & legitimam confirmabit hereditatem. Hoc cur ita? Quia mortuum heredem facere non potest, nec fingere viuum mortis tempore eum qui in rebus humanis erat cum paterfamilias capiebatur, tametsi iungat tempus mortis tempori captiuitatis. *l. penult. in fin. de vscap.* quandoquidem subducto medio toto tempore quod in captiuitate transactum est non aliter fieri possit coniunctio illa extremorum, quam si vtriusque temporis, hoc est tam quo paterfamilias captus quam quo mortuus est, aequè ratio habeatur, ut non magis intelligatur captiuus tum mortuus cum captus, quam tum captus cum mortuus est. Qui ergo non reperitur viuus eo tempore quo paterfamilias apud hostes moritur, nec tum fuisse intelligendus est cum is captus fuit: ideoque nec ad legis fictionem vllomodo pertinet, quia non magis heres esse potest quam si nunquam in rerum natura fuisset. **†** Hoc verò si ita est, sequitur, filium impuberem in ciuitate defunctum antequam pater apud hostes moreretur, siue institutus fuerit siue exheredatus, non pertinere ad legis Corneliae fictionem, non quia fictionis natura prohibeat ne personam quae amplius non est, possit afficere, (potest enim si aliud nihil prohibeat, siue persona siue res ipsa esse desierit, *d. l. penult. de suis & leg. l. quadam sunt. 15. in fin. de rebus dub. l. in ratione. 11. §. i. ad leg. falcid.*) Sed quod nec si velit possit eum heredem facere qui in hominum natura esse desierit, quod vnum tamen ei propositum est ut heredem faciat. Sed etsi fingeres pro arbitrio fictioni Corneliae hinc locum esse, numquam tamen efficere posses ut filius impubes ante patrem reuera mortuus, possit eum mortuus videretur. Quid enim aliud consequare nisi ut retrofingatur pater mortuus iam inde à quo tempore in hostium potestatem peruenit? Atqui vel fingere vis eo ipso instanti filium quoque iam mortuum fuisse, vel, ut re vera fuit, adhuc superstitem. Si mortuum, prior ergo filius quam pater decesserit, atque ita substitutio pupillaris corruiet, cum filius familias testatus decedere non possit. Si superstitem, Quae quo postea tempore defunctum eum velis fingere? An medio illo tempore quo reuera decessit inter instans primum captiuitatis & mortis paternae? At hoc facere non possis, quoniam si fictio ista iungit tempus mortis primo instanti captiuitatis, consequens est ut

medium tempus nullum agnoscat: alioqui extrema non iungerentur. Porro si medium tempus nullum est, fieri certè nequit vt retro fingatur pater ante filium mortuū inspecta scilicet prima hora captiuitatis, quin filius contraria siquidem, sed tamen ad eundem modū formata ratione fingatur patri superstes eo quoque tempore quo pater moritur. Atqui lex hoc non fingit, nec potest fingere. Si enim fingeret illud quoque euenire necesse esset vt huic filio deferret hereditatem quam vtique defert superstiti filio aut agnato proximo, d. l. 3. C. de postlim. l. lege Cornelia. 12. qui testament. sac. poss. l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupil. substit. Atque ita deferret lex Cornelia hereditatem veram heredi reuera mortuo. Ergo neque ex contrario fingit patrem ante filium decessisse, vtrumque hac vna ratione quod fictiones istę omnes inanes & inutiles essent filio reuera defuncto quo tempore verus heres captiuo faciendus & inducendus est. Semper enim necesse est personam esse cui detur eo tempore quo datur, nec sufficiat antea fuisse si tunc non sit, ne prius iuris ratio quam persona quærenda sit, vt elegat Scæuola scribit in l. quidam referunt. 14. de iur. codicil. Planè cum filius institutus patri superstes fuit, legis fictio locum habet, vt in priore proximæ legis specie, quoniam non inducit eo casu mortuum heredem, sed viuū & verum, proinde substitutio pupillaris valet si instituto impuberi facta sit non item si exheredato, vt ad eum locum docuimus, nec in tanta facti iurisque diuersitate possis cum Cuiacio argumentum sumere ab vno casu ad alium nisi vltro velis cum ipso impingere. Cessante igitur legis Corneliæ fictione eo casu quo filius in ciuitate decesserit patre adhuc apud hostes superstiti relinquitur, vt veritati locum esse oporteat, secundum quam verum est dicere, præsertim extincta per mortem patris spe postliminij, filium sui iuris effectum esse viuo patre, & exinde quo pater captus fuit, quo amisso substitutionem quoque pupillarem euancescere omnino necesse est. Sicque proculdubio intelligi Papiniani ratio debet. Quæ cum tam bona & elegans sit, vt nec melior nec elegantior alia proferri possit, an non ridiculè faciunt interpretes, qui quasi hæc non sufficere non potuisse aliam inquirunt? Hanc autem afferunt, quod quædiu pater apud hostes fuit, eius hereditatem adire filius non potuerit, d. l. 3. C. de postlim. reuers. non adita verò patris hereditate pupillares tabulæ corruant, l. 2. de vulg. & pupil. substit. l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. D. ad S. C. Trebellian. Quid ergo si impubes cui substitutus datus est, non institutus fuerit, sed exheredatus extraneo herede scripto qui moriente apud hostes patre adhuc superstes fuerit in ciuitate, delatamque hereditatem adierit? Vtique dici non poterit, non aditam fuisse patris hereditatem licet exheredatus filius in ciuitate interim decesserit. Quid enim commune exheredato cum aditione hereditatis? Et tamen substitutio pupillaris non valebit. Generalis siquidem est Papiniani sententia, vt filio in ciuitate ante patrem captiuum mortuo nihil sit, quod de secundis tabulis tractari possit, id est nullo casu secundæ tabulæ valeant, nec proinde distinguendum sit, an institutus filius fuerit, an exheredatus, sicut nec in posteriore prioris legis specie cui lex hæc coniungitur. Generalis item ratio illa est, quæ pupillares tabulas destruit, quod filius viuo patre sui iuris effectus videatur. Ad eod vt nec si filius patri superstiti pupillares tabulas valere patitur exheredato filio, sed eo tantum casu quo filius ipse sit institutus. Non igitur germana illa ratio est, quod filio insti-

tuto præmoriente non sit adita patris hereditas, sed illa quæ Papiniano probatur, quod siue adita sit patris hereditas siue non, semper verum sit filium impuberem de viui patris potestate exisse. Nobis aliquando placebat filio in ciuitate aut patrem mortuo, idcirco videri non posse filium ex lege Cornelia post patrem decessisse, quod ad filij personam legis Corneliæ fictio non pertineat. Sed in eo errabamus, quoniam imò verò pertinet cum filius est institutus, vt quo tempore lex Cornelia hereditatem facit, mortuo videlicet patre, faciat etiam heredem, quem porro alium facere nequit ex testamento quam qui institutus est. Alioqui etiam instituto filio patri superstiti perinde pupillares tabulæ corruerent atque corruunt filio exheredato, quod Papinian. negat in l. prox. supr. in princ. Rursus in eo errabamus, quod filio patri superstiti pupillaris substitutionis confirmandæ rationem illam afferebamus, quia filium patri superstitem verum non sit exiuisse de patris viui potestate, qui ab hostibus quancumque rediens filium in potestate habere potuerit, ex postliminij fictione. Nam imò verò mortuo postea illo apud hostes etiam post filium, atque ita extincta spe postliminij, dici potest, licet audenter, vt Scæuola loquitur in l. Gallus. 29. §. videndum in fin. filium decessisse suum heredem esse viuo patre cum pater apud hostes mortuus nec redierit, nec redire amplius possit: multo igitur magis defendi potest, patre apud hostes mortuo priusquam filius in ciuitate moreretur, filium decessisse suum heredem esse viuo patre. Addebamus, cum filius patre apud hostes viuo moritur postliminij spem extinguere, & iam inde ab eo instanti quo filius moritur, certum esse incipere patrem quancumque redeuntem nunquam filium in potestate habiturum. Indèque fieri quod Papinianus ait vt filius sui iuris fuisse videatur ex quo pater ab hostibus captus est: in eo quoque nos & turpius errabamus. Obstat enim ex diametro quod ab ipso Papiniano scriptum est in d. l. pen. de suis & legit. & ab alijs alibi passim patre ab hostibus redeunte, filium interea defunctum in ciuitate filiumfamilias decessisse intelligi, quod & in hac ipsa lege quam interpretamur Papinianus exprimit, illis verbis. *sive quoniam viuo patre filiusfamilias moritur intelligitur. Patre videlicet reuerso, vt sequens pars distinctionis ostendit.* Ratio autem illa, *sive quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videtur fuisse ex quo pater hostium potitus est, non fictione vlla aut legis Corneliæ aut postliminij nititur, sed sola rei veritate, quæ vt seipsam tueatur fictione nulla indiget, quamuis Papin. adiecerit verbum videtur, non vt veritatem abeille significaret, sed quod propter spem postliminij, quæ moriente filio adhuc durabat, verum quoque sit filium quandiu vixit non fuisse in plenum patria potestate liberatum, vt idem Papinianus loquitur in d. l. penult. id est absolute & ita ne in potestatem inuitus recidere possit. Sed quemadmodum spes illa postliminij postea deficiens patre apud hostes mortuo, non impedit ne filius in ciuitate interea defunctus paterfamilias decessisse videatur habeatque heredem ab intestato, d. l. penult. quoniam deficiente principali extremo fictionis postliminij, id est reditu captiui in ciuitatem, perinde est ac si nulla vnquam postliminij spes fuisset cum ex euentu appareat nullam vnquam fuisse aut si qua fuit inanem extitisse arg. l. huic scriptura. 15. in fin. D. ad leg. Aquil. ita nec facere potest quominus pupillares tabulæ corruant, tanquam effectore vera filio sui iuris viuo patre. Quod si Papiniani rationem ad fictionem aliquam referre velles, non tamè de postliminio tractandum esset patre nunquam re-*

uerso,

uerso, sed potius de lege Cornelia, quæ sanè ad eum casum fictionem suam accommodaret nisi ratio illa iuris & fictionis obstaret, quam nos iam satis superque exposuimus. Denique in eo errauimus quod scripsimus filium in ciuitate mortuū patre adhuc viuo apud hostes substitutum pupillarem habere eadē illa ratione non posse qua herede ab intestato habere potest, nempe quod paterfamilias decessisse credatur. Nam imò vt substitutum pupillarem habere possit necesse est eum patremfamilias decedere. Sed differentia in eo est, quod vt habeat heredem legitimum sufficit, quancumque factum eum patremfamilias siue viuo patre siue per eius mortem id contigerit, vt verò habeat heredem ex testamento patris, omnimodo necesse est, vt per mortem duntaxat patris non etiam viuo eo paterfamilias factus sit. Dixi, ex testamento patris, quoniam cum de pubere agitur qui testamentum alioqui facere sibi possit, non illa ratio impedit ne heredem ex testamento habeat, sed alia quod de suo statu incertus sit quædiu pater viuut & postliminij spem habet, vt pluribus infra tractabimus. Quæ tamen ratio, si superior non esset, tabulis pupillaribus non obstaret, vt pote quas non filius ipse, cuius status pendet, sed pater ei fecerit.

CAPVT VII.

Alia Scæuolæ à Papiniano dissensio in quaestione §. vlt. d. l. quod si filius, & emendatio l. si pater captus. 29. de vulg. & pupil. substit.

SVM MARIA.

- 1 An, si pater & filius ambo apud hostes sint, ibique decedant, sed pater prior substitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur?
- 2 An patrem in specie d. §. vlt. priorem captum fuisse ponendum sit?
- 3 An, si non appareat vter prior in hostium potestatem peruenit, pupillaris substitutio valeat?
- 4 Ratio Scæuola in quaestione d. §. vlt. à Papiniano dissentientis.
- 5 Quam ratione nitatur Papiniani sententia?
- 6 Vulgaris Interpretatio Doctorum ad illa verba Papiniani, non aliàs quàm si patre, & c.
- 7 Vera dictorum verborum constructio & explicatio.
- 8 Verba illa d. l. si pater. 29. nisi reuersus in ciuitate impubes decedat, in textum irrepisse.
- 9 Cur ea verba è d. l. tollenda sint?
- 10 Respondetur obiectioni contra dictam emendationem formatam, & in fine d. l. si pater pro quoniam legitur quanquam.
- 11 Quomodo Papinianus sententiam suam d. §. vlt. confirmauerit?
- 12 Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem constitui, non testamentariam.
- 13 Ratio dubitandi nata ex verbis Scæuola in d. l. 29. pro ut à Cuiacio leguntur.
- 14 An patre & filio apud hostes mortuis, filius ex Scæuolæ sententia videri possit per legis Corneliæ fictionem in ciuitate decessisse.
- 15 Noua coniectura & emendatio d. l. si pater. 29. conciliatur Scæuola & Papiniani sententia.
- 16 Superioris coniectura confirmatio, & dubitandi ac decidendi ratio in d. l. 29.
- 17 Conciliatio d. l. 29. cum l. 28. eod. tit.
- 18 Vis horum verborum in d. §. vlt. l. quod si. sufficit lex Cornelia substituto.
- 19 Vulgaris Doctorum ad dictas leges interpretatio reij-

citur, & interpretationis ratio resutatur.

Hic quoque vt aliorum ita & nostri errores detegendi sunt ac corrigendi. Quarta species est à Papiniano tractata ad legis Corneliæ fictionem & pupillarem substitutionem pertiniens, si pater & filius ambo apud hostes sint ibiq. decedant, sed pater prior, an substitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur. Sic autem Papinianus scribit, *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decedat, sufficit lex Cornelia substituto, non aliàs, quàm si apud hostes patre defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Ponit Papin. priorem patrem decedere, quoniam si verum est quod proximè docuit, filio in ciuitate ante patrem captiuum mortuo, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, multò minus de iis quærendum fuerit, filio ante patrem apud hostes defuncto, quia non magis potest legis Corneliæ fictio efficere vt filius ante patrem apud hostes mortuus ei heres extitisse videatur, quam si filius in ciuitate decessisset: quinimò tantò minus quod fieri nequeat vt filius qui apud hostes est vllomodo sit heres patris, aut alterius cuiuslibet. Patrem igitur priorem decessisse ponendum est. An & priorem captum? Sic Scæuola fortasse existimauit qui in l. si pater captus. 29. de vulg. & pupil. substit. eandem tractans quaestionem ita scribit, *si pater captus sit ab hostibus mox filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit.* Sed si non admittit Scæuola confirmari pupillarem substitutionem ex lege Cornelia, etiam cum filius post patrem captus est, multò minus admissurus fuerit confirmari eam filio simul & eodem instari capto cum patre: quia nec præmortuus fingi potest pater quem simul cum filio captum esse constat, sicut nec si post filium captus esset. Idemque hoc casu contingere necesse est, quod eueniret si vtrumque eodem temporis momento mortuum esse constaret, filium nempe nunquam sui iuris fuisse qui patri superstes nec in ciuitate nec apud hostes fuisset, atque ita pupillares tabulas quasi à filiofamilias factas intercidere. Itaque licet Papinianus generaliter & indistinctè tractet de patre & filio ab hostibus captis, non expresso eo vter prior captus sit, ita tamen intelligi necessariò debet vt de patre prius capto senserit. Ne alioqui euidenter falsum sit quod ait, posse legem Corneliæ sufficere substituto, quæ sanè nec sufficere potest nec auxilio vllò extrinseco suppleri ad confirmandas pupillares tabulas siue filius ante patrem, siue simul cum patre captus sit. De illo fortasse probabilibus dubitari possit, si vterque ita captus sit vt nò appareat an vterque simul, an vter prior in hostium potestatem peruenit, an pupillaris substitutio valeat. Sed tamen verius est non valere, nò solum quod substituto prætendenti pupillares tabulas incumbat onus probandi filium superuixisse arg. l. ex facto. 17. §. si quis autem ad S. C. Trebellian. quod de pariter. 16. cum duobus sequ. de nob. dub. Verum etiam quia quod dici patrem ante filium decessisse videri, tametsi in bello decesserint, l. qui duos. 9. §. cum bello eod. non habet locum si filius impubes fuit etiam cum de naturali & vera morte agitur, d. l. qui duos. §. vlt. l. si mulier. 23. eod. l. inter sacerum. 26. de pact. dot. nec igitur si de morte ficta agatur quæ per captiuitatem contingit, siue quod facilius sit hosti capere impuberem tueri se non valentem, quam patrem, siue quod naturæ ordo ille qui ex voto parentum prius ad mortem vocat parentes quàm liberos, l. nam et si. 15. de inoff. testam. l. scripto. 7. §. vlt. vnd. lib. facillimè interrumpatur cum captiuitas incidit, quæ sicuti contra naturam est, ita naturæ ordinem sublequi non potest. Ergo vt quaestioni locus esse possit non tantum

4 primo loco defunctum patrem, sed etiam prius captum fuisse ponendum est. † In hac autem quaestione non dubito quin Pap. à Scæuola dissentiat. Nam Papin. aperte scribit legem Corneliam sufficere substituto, Scæuola verò negat legem Corneliam ad pupilli substitutionem pertinere. Dissentiendi à Papiniano causam eandem habuisse Scæuola videtur, quam Papinianus dissentendi à Iuliano in quaestione *s. ult. l. pater. ro. de capt. & postlim.* Nempe quod lex Cornelia de secundis tabulis nil locuta sit, at eius tantum personam demonstrauerit, qui testamenti factionem habuisset, cuiusmodi non est impubes. Noua igitur lege aut Imper. constitutione opus esse putabat Scæuola ut impuberis hereditas testamentaria induceretur, & confirmaretur. A deo fuit ille stricti iuris religiosissimus. nihil interesse existimās an filius solus an cum patre captus sit, cum perinde utroque casu captiuus sit, & consequenter heredem ex testamento habere nequeat. Quod si ita est, consequens erit solo illo casu confirmari per legem Corneliam pupillares tabulas, quo filius in ciuitate post patrem captiuum decesserit. Et quidem institutus à patre, non exheredatus ne ea obtent quæ scripsimus ad Papinianum in *dict. l. pater in princ.* † Papinianus verò quamquam admittit legem Corneliam quæ de secundis tabulis nil locuta est ad pupillarem substitutionem non pertinere, cum solus filius, siue institutus siue exheredatus, mortuo patre captus est, esseq. illo casu necessarium substituto auxilium non quidem alterius legis aut constitutionis, sed Prætoris tanquam eius qui verus æquitatis custos fit & arbiter, filio tamen cum patre capto, & post patrem mortuo magis probat ut sufficiat substituto lex Cornelia, id est, ut non sit ei necessarium Prætoris auxilium ad consequendas viles in hereditatem actiones qui directas ex ipsa lege habere possit. Ratione illa, ut arbiter, quod patre capto necesse sit legem Corneliam inducere ad confirmandum patris testamentum, quo confirmato pupillares quoque tabulas tanquam accessorias partemque patris testamenti, aut potius idem ipsum testamentum confirmari oportet. Quid enim refert an in ciuitate, an apud hostes pupillus fuerit, cum patris testamentum per legem Corneliam confirmetur? Nam etsi in ciuitate filius post patrem decederet, non eò magis substitutus admitteretur ni lex Cornelia patris apud hostes mortui testamentum confirmaret. Cum igitur ex sola patris testamenti confirmatione pupillares tabulæ vires accipiant, nec eò minus confirmetur patris testamentum quod filius quoque apud hostes decesserit, cur nõ perinde admittamus hoc quoque casu pupillares tabulas ex lege Cornelia substituere, atque si filius in ciuitate decessisset? † Id enim est quod Papinianus sibi vult iis verbis, *non alias quam si patre apud hostes defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Quæ tamen longè aliter ab interpretibus omnibus hucusque accepta fecerunt ut iam vulgò creditum sit non solum diuersam, sed & planè contrariam esse Papiniani sententiam, eam nimirum ut ita demum in proposita specie pupillaris substitutionis admittatur si filius qui cum patre captus fuerat postea reuersus sit ab hostibus, & in ciuitate decesserit. Quasi Papiniani verba constructionem & interpretationem eadem admittant ac si scripsisset ille, *non alias, aut, ut quidam libri habent, non aliter sufficiet lex Cornelia substituto, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Cur tam tortuosa constructionem & interpretationem, licet à nobis in prioribus Coniecturis probata, aliud nihil causam dedit, nisi quod ea sola Papiniani cum Scæuola conciliandi ra-

tio superesse videretur. Ita fit vt Papiniani sententia quæ pro substituto facit euidentissimè contra substitutum retorqueatur, & quæ affirmatiua est cum ita leges, *sufficiet lex Cornelia substituto, negatiua sit cum ita conitrues, nõ alias sufficiet lex Cornelia, &c.* Sed præter id quod improbabilius dici nihil potest & à Papiniani verbis alienius, videamus etiam quam abhorreat à proposita quaestione, noua ista construendi aut verius destruendi contextus ratio. † An non Papinianus eam speciem tractat in qua vterque & pater, & filius, sed pater prior apud hostes decedat? utique. Sic enim scribit, *si ambo apud hostes, & prior pater decedat.* Quomodo igitur fieri potest vt ad propositam quaestione Papinianus respondeat, sufficere quidem posse legem Corneliam substituto, sed ita demum si filius quem iam posuit apud hostes decessisse, (neque enim reuersum eum fuisse vllomodo exprimit) in ciuitate moriatur? Aut quis credat Papinianum vno casu proposito de alio respondere? Aut denique, si Papinianum sic interpretari vis, vt de proposito casu respõdeat per ambages sufficere scilicet legem Corneliam substituto ita demum si filius postea in ciuitate decesserit, vt inferre possis, Ergo in proposito non sufficere ambo- bus apud hostes mortuis, Rogo, quid necesse erat verba illa addere, *apud hostes patre defuncto.* An non id satis erat expressum prioribus illis, *sed si ambo apud hostes & prior pater decedat.* Quid tam infulsa verborum multiplicatio cum Papiniana breuitate & elegancia comune habet? Aliam itaque & nouam speciem iis verbis perstringit, vt cum dixerit nihil referre an vterque apud hostes, sed pater prior decesserit, an pater solus apud hostes, postea verò filius in ciuitate, facile cuique sit intelligere cur illo casu legem Corneliam sufficere arbitretur. Et verò verbum illud, *decessisse,* vulgari interpretationi non conuenit, secundum quæ, si Grammaticos Papinianus amauit, scribere debuit, *decedat, aut, decesserit.* At cum verba illa, *non alias quam si apud hostes, &c.* ad sententiam affirmatiuam iamque absolutam & virgula aut commate notandam addita hunc sentum habeant ac si pluribus & apertius scriptum esset, *non secus quam contingeret si apud hostes, &c.* commodissimè subiunctum est, *decessisset,* in præterito, vt Grammaticum agam, plusquamperfecto cum de eo ageretur qui iam decesserat. † Qui autem primi ex interpretibus Papinianum sic interpretati sunt vt cum Scæuola conciliarent, nihil actum existimantes ni Scæuolæ quoque sententiam quam per constructionem violare non poterant, audaciorè & ineptiore interpretatione ad sensum suum detorqueret, sic Scæuolam intelligi voluerunt vt quod ille ait legem Corneliam in proposita quaestione ad pupilli substitutionem non pertinere, hanc exceptionem admittat, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat,* quæ verba tandem sequentium interpretum aut excerptorum imperitia in textum irreperunt. † Quid enim apertius, quam videre, Scæuolam sic scribere non potuisse? quippe qui in præcedentibus, disertis verbis exprimat tractare se de filio qui cum patre apud hostes decesserit, nec ab iis vnquam reuersus sit vt in ciuitate mori potuisset. Sic enim ait, *si pater captus sit ab hostibus mox filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat lex Cornelia ad pupilli substitutionem nõ pertinabit.* Quid igitur sibi vult exceptio illa, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat.* An poterit in ciuitate iterum decedere filius qui iam apud hostes mortuus sit? An non per- uulgatum est, exceptionem debere esse de regula & casu cui subicitur? An non denique perinde ridicula est illa exceptio ac si quis diceret, *mortuos homines sepe-*

lucendos

liendos esse præterquam si qui uiuant? Fateamur ergo quod res est dissentisse omnino hac in specie Papinianum à Scæuola; nisi aliud quidpiam præterea in Scæuolæ textu emendes. Nam etsi exceptionem illam quam tollimus Scæuolæ esse uoles, præter id quod ridiculum facies Iuricolis alioquin acutissimum, non tamen assequere vt Papinianus Scæuolæ consentiat, nisi eam quoque ad Papinianum interpretationem probes, quæ à cæteris omnibus laudata quidem est, sed à nobis hoc capite uerissimè & cumulatissimè refutata. † Nec te moueat quod ratio illa quæ apud Scæuolam sequitur, *quonia est ambo in ciuitate decessissent, ueniret substitutus,* præcedentibus nil conuenit si tollatur exceptio ista, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat,* ad quam solam accommodari optimè potest. Nam & iam ante nos vir doctissimus Iacob. Cuiacius, licet Scæuolæ mentem nunquam assequutus sit, benè tamè obseruauit corruptam esse lectionem, & pro, *quoniam,* legendum, *quamquam,* congruum enim fuit Scæuolam si responsi sui rationem aliquam reddere uoluit, eius partis reddisse quæ præcipua erat, & dubitabilior, nõ exceptionis quæ certa erat & indubitata. Siquidem filio qui post patrem captus fuerat ab hostibus reuerso, & in ciuitate defuncto, quis dubitare poterat quin sublata per postliminij fictione filij captiuitatis memoria, patrisque testamentum per legem Corneliam confirmato, pupillaris substitutio ualere, ac si ambo in ciuitate decessissent? † Et ob id nimirum Papin in *d. s. ult. quod si filius,* vt sententiam suam de casu magis dubitabili confirmare per comparationem alterius casus minus dubitabilis, adiecit, *non alias quam si patre apud hostes functo filius in ciuitate decessisset.* Non dixit, *non alias quam si ambo in ciuitate decessissent,* quia licet non aliter ad propositam quaestione respondeat, quæ responsurus erat si ambo in ciuitate decessissent, facilius tamen fuisset contradicenti rationem illam conuellere. In promptu namque esset dicere amobus in ciuitate mortuis nihil obstare quominus pupillaris substitutio ualeat, si modò fili? & in potestate & post patrem decesserit. † At in casu proposito filium captiuum decessisse. Et quamuis ex lege Cornelia retrotingatur in ciuitate decessisse, id tamen illò pertinere vt legitimum heredem habere possit non testamentarium, Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem constitui non testamentariam, propterea quod in testamentariis hereditatibus confirmandis eius personam demonstrauerit qui testamenti factionem habuisset: pupillum verò testamenti factionem non habere. Quæ omnia diluuntur ratione sic, vt à Papiniano est, concepta. Ita enim esto vt captiuus impuberis hereditatem ex testamento lex Cornelia non confirmet, sufficit, inquit Papinianus, patris testamentum confirmari vt pupillares quoque tabulæ in necessariam consequentiam ualeant. Quis verò dixerit eò minus confirmari patris captiuus testamentum quod filius quoque captus fuerit & apud hostes decesserit? Nihil igitur interest siue de paterno siue de pupillari testamento agas, an pater solus an filius quoque cum patre decesserit. Sed tantum an de solis pupillaribus tabulis confirmandis tractetur, an paternum quoque testamentum confirmari oporteat. † Quod si cum Cuiacio sic legas apud Scæuolam, *quamquam est ambo in ciuitate decessissent ueniret substitutus,* eleganter facias rationem dubitandi propter quam uidebatur in proposita quaestione pupilli hereditatem ex lege Cornelia ad substitutum pertinere, cum lex Cornelia fingat in ciuitate decessisse eos qui apud hostes moriuntur. Ex quo magis apparebit, quam imperi-

tè faciant qui rationem hanc ad illum casum accommodant quo filius ab hostibus reuersus in ciuitate decesserit. † Nam & amobus apud hostes mortuis non possit negare Scæuola, uideri filium quoque ex lege Cornelia decessisse in ciuitate. Cum & si solus filius captus esset legitimam saltem ipsius hereditatem lex Cornelia confirmaret. Quomodo autem confirmaret, nisi retrofingeret in ciuitate decessisse? Itaque si ad inducendam legis Cornelie potestatem pro confirmandis pupillaribus tabulis nihil aliud requireretur nisi vt ambo in ciuitate decessissent aut decessisse uiderentur, iret proculdubio Scæuola in Papiniani sententiam. Sed quia longè aliud est fingere filium impuberem in ciuitate decessisse qui cum patre apud hostes decesserit, aliud verò ipsius testamentum confirmare: idè nec putat Scæuola rationem illam sufficere ad confirmandas tabulas pupillares, quod ambo in ciuitate decessisse uideantur, quodque si reuera decessissent in ciuitate, ueniret substitutus. † Videamus tamen an commodius Scæuolæ uerba emendari possint, & intelligi vt à Papiniano nullomodo dissentiat, à quo nec iustam dissentendi causam habet. Id uerò assequemur facile, si re- tenta uulgari lectione, *quoniam est ambo,* &c. sublataque illis, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat,* quæ non nisi ineptè retineri posse probauimus, præcedentia sine negatione sic legamus, *lex Cornelia ad pupillarem substitutionem pertinabit.* Potuit enim negatio facillimè irreperere ex affinitate postrema syllabæ dictionis præcedentis *substitutionem* facto non ex- nem cum librarius priores illas syllabas *substitutum.* iuncto puncto, sufficere existimaret ad scribendum breuius *substitutionem* aut etiam ex audacia imperiti interpretis conciliare fortasse uolentis Scæuolam cum Papiniano, quem sic intelligebat vt filio post patrem capto ab hostibus ita demum locus sit legi Cornelia si reuertatur filius, & in ciuitate decedat, sicut & ab eodem interprete factum esse credibile est vt in *l. proxim. præced.* legatur hodie in Pandect. Florent. *non commode* pro eo quod in aliis libris omnibus legitur & longè rectius *non incommode,* ne scilicet Iulianus cum Papiniano pugnet qui tamen pugnat euidentissimè in *s. ultim. dict. leg. pater.* Nec est improbabile cum ad uerbum *pertinabit* quidam fortè glossator, vt facere solent, adnotasset (imò non *pertinabit nisi reuersus in ciuitate impubes decedat, vt leg. quod si filius. s. ultim. de capt. & postlim.*) & glossa illa plerisque placeret Papinianum malè intelligentibus postea euenisse vt ea glossa in textum conualesceret, quod & innumeris aliis iuris locis accidisse legitimus. Sic uerò fiet vt Scæuolæ sententia eadem sit illa Papiniani *sufficiet lex Cornelia substituto,* & apprimè congruat seq. ea ratio, *quoniam est ambo in ciuitate decessissent ueniret substitutus,* quæ etsi differat aliquantulum ab illa quam Papinianus reddit, *non secus quam si patre apud hostes defuncto filius in ciuitate decessisset, vi tamen ipsa eodem recidit, cum & pater apud hostes defunctus in ciuitate decessisse uideatur.* Nisi quod Papiniani ratio subtilior est & ad diluendam obiectio- nem quæ contra hanc sententiam fieri posset, vt docuimus, accommodatior. † In hanc uerò coniecturam præ- ter ea quæ supra dicta sunt, non parum me mouent 16 uerba illa præcedentia, *quamuis prior pater decedat,* quibus palam est dubitandi rationem significari quæ obstare uidebatur, vt proinde aliam dubitandi rationem addere nil necesse fuerit in seqq. Decisionis uerò causam aliquam in re præsertim non aperta subiungere fuit conuenientius, quæ tamè nulla erit si in seqq. pro-

Ff

quoniam reponas *quamquam*. Illa porrò dubitandi ratio, *quamuis prior pater decedat*, non videbatur facere vt lex Cornelia ad pupillarem substitutionem pertineret, sed potius vt non pertineret. Cùm enim patre iam defuncto impuberis apud hostes moritur, difficilius est vt impuberis captiui hereditas testamentaria ex lege Cornelia confirmetur, solètque hoc casu necessarium esse Prætoris auxilium, *d. l. pater. §. vlti. de capt. & postlim.* Sed id procedit cùm pater prior decessit in ciuitate, non cùm apud hostes. Hoc enim casu confirmato per legem Corneliam patris testamento & in necessarias consequentias exinde confirmatis quoque pupillaribus tabulis nil curandum est an postea filius in ciuitate an apud hostes decedat, quoniam quæ semel sunt confirmata noua confirmatione non indigent. Igitur cùm dubitandi rationem illam quæ suadere videbatur non pertinere legem Corneliam ad pupillarem substitutionem, Scauola minus sufficientem esse putet, consequens est vt ex contrario & affirmatiuè responderit, *lex Cornelia ad pupilli substitutionem pertinet*, tum statim rationem subiecerit, *quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*: atque ita Scauola sententia & cùm iuris ratione & cum Papinianio consentiet, † nec rursus tam euidenter pugnabit cum Iuliano, qui in *l. pro. preced.* defendit, etiam cum patre mortuo in ciuitate filius in hostium potestatem peruenit, nihilominus pupillarem hereditatem ex lege Cornelia ad substitutum pertinere, quamuis Scauola non obscure innuat contra se sentire iis verbis, *quamuis prior pater decedat*, quibus sanè nulla dubitandi causa cõtineretur, si etiam illo casu quo pater prior in ciuitate, deinde captus filius apud hostes decederet pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari existimabat. Alioqui non erat cur ea verba adderet ad excludendum casum contrarium quo pater post filium moreretur, quasi sentiret illo casu legem Corneliam facilius pertinere posse ad pupillarem substitutionem, cùm, vt initio capitis præfati sumus, filio ante patrem siue in ciuitate siue apud hostes decedente certum sit non solùm legi Corneliæ locum non esse, sed ne quidem quæstioni, vt Papinianus scribit in principio huius legis, cùm ait, *nihil esse quod hoc casu de secundis tabulis tractari possit*. † Cæterum obseruandum est quod Papinianus in hoc §. sic loquitur, *sufficiet lex Cornelia substituto*. Ad differentiam nimirum eius casus de quo dixerat in §. *vtim. l. preced.* & in quo Prætoris auxilium necessarium esse scripserat. Ex quo magis apparet verum esse quod nos ad eum locum adnotauimus in illa specie non deferti hereditatem substituto pupillari ex lege Cornelia vt Iulianus putabat, in eoque Papinianum à Iuliano dissentisse quicquid in contrarium contendat Cuiacius, qui vt argumentum hoc effugiat, pessima interpretatione quod lex ait, *sufficiet*, intelligit ita vt, *non deficiat*, quasi paria sint in omnibus, *sufficere*, & *non deficere*. Aut quasi non deficiat lex Cornelia cum ad Prætoris auxilium confugiendum est. Imò verò *sufficere*, hic nihil aliud est quam alieno auxilio non indigere. † Non possum temperare quin subiiciam, vulgares interpretes qui Scauolæ & Papiniani sententiam illam esse putant vt patre & filio captis & apud hostes mortuis licet patre ante filium, filius tamen heredem testamentarium ex patris testamento habere non possit per legem Corneliam, falsa etiam niti ratione vt falsam propositionem confirmant. Aiunt enim id fieri quia filius quâuis superstes patri, ipsius hereditatem adire non potest quando fuit apud hostes, non adita autem patris hereditate pupillares tabulæ corrumpunt, *l. 1. de vulg.*

& *pupill. substit. l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus ad SC. Trebel.* Quod omnino ad rem non pertinet. Patris enim hereditatem adire necesse non est filio instituto & patri superuiuente licet apud hostes moriatur, quia fictio legis Corneliæ pupillares tabulas in paterni testamenti consequentiam confirmantis sicuti facit vt pater ex eo instanti decessisse videatur quo captus est, *d. l. pater in princ. l. 1. in fin. C. de postlim. reuers.* ita efficit quoque vt filius post patrem captus exinde mortuus retrofingatur ex quo in hostium potestatem peruenit. Id verò si ita est, sequitur vt idem filius qui sine rei veritatem siue fictionem consideres patri superuixit patri heres fuisse intelligatur, non quidem suus aut necessarius propriè (quem verum est non fuisse in parentis potestate mortis tempore) sed tamen inuitus, vt Iulianus loquitur in *l. lege Cornelia 12. qui testament. fa. cor. pass.* ac proinde cui nec aditione vlla opus fuerit nec scientia mortis paternæ ad acquirendam sibi hereditatem & in successores suos transmittendam, *l. apud hostes. §. C. de suis & legit.* vbi abundare dictionem, *sua*, iam supra diximus, additam quippe ab interprete existimante fieri non potuisse vt filia ignorans & ipso iure heres extitisset patri quin extitisset sua, nec animaduertente imò sufficere vt fuerit heres inuita licet nec sua, nec necessaria, nihilque ob stare quominus inuitus heres sit filius aut seruus qui tamen nec suus sit nec necessarius propter eam rationem quam attulimus sup. Ergo si ratio illa falsa est qua mouentur nostri vt excludant substitutum, quidni etiam falsum erit quod volunt excludi eum quem Papinianus discretissimis verbis scribit non solùm admitti debere, sed etiam ex lege Cornelia, ita vt nec Prætoris ope indigeat? Potuitque fortassis ea quoque res vt iuris ignorantia causam præbere mendo quod nos purgamus apud Scauolam & illi ad Papinianum interpretationi quam nos refellimus. Cetera quæ hic tractari possent, an decedente impubere filio ante patrem ita corrumpant pupillares tabulæ vt neque ex vulgari tacita substitutus admittatur ad bona patris, quoniam longiore tractatu indigent consulto prætermittimus, vt in alio loco conferamus.

CAPVT VIII.

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

SVMARIA.

- 1 Huius iuris rationem à Iuliano redditam, non bene ab interpretibus acceptam fuisse.
- 2 Cur legis Corneliæ fictio, quæ inducit vt cuius Romanus apud hostes mortuus, fingatur in ciuitate decessisse, ad filiumfamilias non pertineat?
- 3 Reipsa & citra fictionem verum esse, cum qui primo instanti captiuitatis filiusfamilias fuit, nulla bona in ciuitate reliquisset, & apud hostes mortuum heredem habere non posse.
- 4 Legem Corneliam, ne quidem citra de intestati causâ queritur, filiosfamilias ab hostibus captos sanere.
- 5 Deteriorem esse eo casu filijfamilias siue puberis siue impuberis, quam patrisfamilias conditionem.
- 6 Postliminiæ fictionem, quæ est patre filio reddito, & patri filium pristinum ius potestatis reddere, non nouum dare.
- 7 Filiumfamilias ab hostibus captum, & apud eos mortuum, patremfamilias decessisse non videri.
- 8 Cur filius hic apud hostes mortuus ante patrem decessisse non fingatur?

9 Cur

- 9 Cur Iulianus in d. l. lex Cornelia. 28. dicat dictum filium idè heredem habere non posse, quod bona nulla in ciuitate reliquerit?
- 10 Cur donatio omnium bonorum futurorum & presentium non valeat?
- 11 Filium eius qui non vult sibi acquiri, acquisitionis capacem quidem esse, bona tamen nulla habere, sed duntaxat peculium.
- 12 Filiumfamilias iure nono in aduentitijs heredem ab intestato habere posse.
- 13 Vera & germana ratio sententiæ Ulpiani in d. l. 2. §. si quis. ff. vnd. legit.
- 14 Filium captiuu testari non posse, nec si testatus sit, testamentum valere, siue pater ab hostibus redeat, siue apud hostes moriatur?
- 15 Differentia inter effectum restitutionis Principalis in deportato, & postlimini in captiuo.
- 16 Tollitur e d. §. si quis, versiculus ille, quia nondum intestatum eum esse, &c.
- 17 In danda bonorum possessione inspicendum esse, an qui defunctus est bona aliqua reliquerit.

† Nepta † fortassis videri possit hæc quæstio, cùm rationem quam quærimus apertis verbis Iulianus reddat, *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit. quia*, inquit, *non efficitur per legem, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit heredem habeat*. Sed tamen quoniam hæc ipsa ratio malè ab omnibus interpretibus, vt ego quidem existimo accepta est, digna res visa fuit de qua separatim diceremus, non quò meliorem rationem quæreremus, sed vt appareret longè aliam Iuliani sententiam esse quàm vulgò credatur, nec minus in hoc quoque errasse magistros nostros, quàm in cæteris omnibus de quibus hucusque diximus, ad tractatum legis Corneliæ pertinentibus. Sic enim sentiunt, idè nulla bona in ciuitate reliquisset videri filium, quod per legem Corneliam retrofingatur decessisse filiusfamilias & viuo patre, qui scilicet eo tempore quo captus est, & quo mortuus fuisse intelligitur patrem in ciuitate viuum habuerit, tamen si pater ille viuo postea apud hostes filio decesserit. Quod si verè diceretur, poterat Iulianus & breuius & elegantius eam ipsam rationem vsurpare qua Papinianus, licet aliam speciè tractans, vsus est in *l. quod si filius. 11. de captiu. & postlim. quia filiusfamilias mori intelligitur*. Sed non ita scripsit, quia nec sic intellexit. † Neque enim verum est fictionem illam legis Corneliæ quæ inducit vt cuius Romanus apud hostes mortuus fingatur in ciuitate decessisse, ad filiumfamilias vllomodo pertinere, quia scilicet neque hereditatem habere possit, neque heredem. Cùm legis Corneliæ propositum vnum illud sit vt cui Romano ab hostibus capto & hereditatem constituat, & heredem, *l. filiusfamilias. 18. D. ad legem falcid. l. 1. C. de postlim. reuers.* quemadmodum pluribus comprobauimus ad §. *videndum. l. Gallius supra*. Et verò quid necesse est legis Corneliæ fictionem in filijfamilias persona inducere, vt efficias quod Iulianus ait nulla eum bona in ciuitate reliquisset? An non re ipsa & citra fictionem verum est eum qui primo captiuitatis instanti filiusfamilias fuit, & in patris sui potestate, nulla bona in ciuitate reliquisset? Ab eo autè tempore quo captus est & seruus hostium factus, quid, quæso, sibi aut in ciuitate aut extra ciuitatem potuit acquirere? At si nec sibi quicquam habuit nec habendi capax fuit, quem heredem siue ex testamento siue ab intestato, aut quam hereditatem habere possit? Si denique heredem habere non potest, cur ad eum legis Corneliæ fictio protrahatur quæ nihil aliud agit nisi

vt heredem det captiuo, ei scilicet qui heredem habere possit. † Nam quemadmodum factò testamento nõ confirmat lex Cornelia hereditatem testamentariam nisi factionem testamenti habuerit is de cuius testamento cõfirmando agitur: ita & nullo factò testamento fieri nequeat vt confirmetur successio intestati eius, cuius hereditas nulla sit. Idque idem Iulianus apertius declarat sequenti illo versiculo, *Quare etiam si pubes filius*. (Sic enim legendum esse, vt vulgo, non *impubes*, vt Cuiacius vult, probauimus, *lib. 3. caput. 9.*) *viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit patris hereditas lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet*. Nimirum vt doceat non magis legem Corneliam fauere filiofamilias capto ab hostibus cùm de causa intestati queritur quàm cùm de causa testati factis per patrem pupillaribus tabulis. † In eoque deteriorem esse conditionem filijfamilias siue puberis siue impuberis, quàm sit patrisfamilias impuberis. Huius enim legitimam hereditatem lex Cornelia cõfirmat, quam lex duodecim tabularum erat confirmatura si is in ciuitate decessisset. An filijfamilias hereditatem quæ nulla esset in ciuitate, fieri non potest vt lex Cornelia confirmet? An quia filiusfamilias decessisse videatur qui viuo patre captus, eo demum mortuo in ciuitate defunctus est? Minimè. Certum enim est filium à quo tempore captus & seruus hostium factus est exiuisse de patris potestate, cùm nec fieri potuerit vt eodem tempore in duorum potestate esset, & patris & hostis. Et fictione opus esset vt filiusfamilias mori intelligeretur. Fictioni autem nulli locus est, quia nec alia vlla occurrit cui locus esse possit quàm Corneliana, quæ tamen, vt dixi, nunquam in filijfamilias persona locum habet. † Postliminiæ fictioni in eo dissimilis, quæ & patrem filio reddit, & patri filium siue pater siue filius ab hostibus reuertatur, *d. l. quod si filius de captiu. & postlim. l. 1. Cod. cod. l. penultim. D. de suis & legit.* & quidem pristino iure potestatis reddito, non nouo dato. Inde enim fit quod Paulus scribit in *l. si pater 9. & sequenti de iniust. rupt.* Si pater ab hostibus captus, filio manente in ciuitate reuerso patre non rumpi patris testamentum, sicut nec si filius postliminio redeat, quod haud dubiè rumpetur, si nouum ius potestatis esset quod patri ex postliminio acquireretur quasi noui sui heredis agnatione. † At si filiusfamilias decessisse non intelligitur qui cum talis esset primo captiuitatis Instanti postea decessisset apud hostes, an paterfamilias decessisse videbitur? Multò minus. Nam sicut Scauola scribit in §. *vt. l. Gallius*, filium emancipatione suam heredem fieri non posse, ita nec captiuitate paterfamilias qui fieri potest, cum captiuitas, & familiam & libertatem omniâque pristina libertatis & ciuitatis iura adimat, ob idque ad ea recuperanda postliminiæ fictionem inducere necesse fuerit. Quid ergo? Seruus hostium reuera moritur is qui quo tempore captus est filiusfamilias fuit, nec fictione vlla adiuuatur, quominus seruus decessisse existimetur. Idè autem nec fictione adiuuatur, quia inutilis & frustratoria esset fictio, quæ nihil aliud efficere posset quàm vt is filiusfamilias defunctus esse intelligeretur, ac proinde talis qui nec heredem nec hereditatem habere posset. Vnde fieret vt seipsam fictio destrueret, namque fingendi causam fuisse probaret. † Ex quo apparet Antonium Goueanum malè hinc argumentum sumere contra Bartolū, vt probet decedente impubere filio ante patrem expirare pupillares tabulas. Neque. n. hic filiusfamilias viuo patre decessisset, sed post patrem licet apud hostes, viuo quidè

340

patre captus fuerat. Sed cum fictio legis Cornelia in eius persona locum non habeat, ut diximus, non facit ea res ut ante patrem decessisse videatur, non magis quā ut in patris potestate. † Sed illud fortasse quis miretur quod Iulianus ait fieri non posse ut qui bona nulla in ciuitate reliquit, heredem habeat, cum hereditas sit nomen iuris nec requirit ut quicquam sit in hereditate. Finge in opem patrem familias apud hostes mortuum, qui nihil prorsus in bonis habeat, aut qui plus in aere alieno habeat, quam in bonis, quæ nec bona dici possunt, nisi deducto aere alieno, *l. subsignatum. 39. §. bona. l. propriè. 83. non eò minus hereditatem reliquit* videbitur ut & heredem habere possit, licet bona nulla reliquerit, *l. l. 3. in princip. & §. 1. de bonor. possess.* Nempe quia acquisitionis capax fuit, & quo instanti mortuus est, ei etiam ignorantia acquiri potuit, aut per seruos, si quos habebat, aut ex causa legati aliaue simili per quam soleat ignorantia quoque acquiri. At Iulianus de filiofamilias loquitur qui non solum bona nulla habet, sed nec habere potest, impediente iure patriæ potestatis propter quod omnia acquiri patri, *l. placet. 79. de acquirend. hered. l. 1. in princ. D. si a parent. quis manum.* Eum autem qui nec bona vlla habeat nec habere possit quis dicat habere heredem posse? † Quo etiam argumento & quidem fortissimo defendi semper, non valere donationem bonorum omnium præsentium, & futurorum, quod is qui sic donauit seipsum acquisitionis prorsus incapax fecerit, vbi que proinde habendi heredis facultatem ademerit: nec enim heres esse potest sine hereditate, hereditas autem licet esse possit etiam cum bona nulla sunt, non tamen cum bona nulla esse possunt, ut vel maxime probat is Iuliani locus quem nunc tractamus. † Quid? An non filiusfamilias capax est acquisitionis, patre nolente sibi acquiri? Ita sanè. In eoque differebat iam olim à seruo ut scripsimus *li. 7. cap. 11.* At etiam tum cum pater non vult sibi acquiri per filium, filioque acquiritur, verum tamen est filiumfamilias bona nulla habere, sed duntaxat peculium quod aduentitium dicitur, in quo constat nec heredem habere eum iure veteri potuisse, adeò ut et si castrense peculium haberet de quo tãquam de proprio patrimonio testari ex constitutionibus poterat, intestatus tamen moriens nec heredem patrem haberet, nec bona vlla reliquisset videretur, quia castrense peculium non hereditatis, sed peculij iure patri acquiratur, *leg. 1. & 2. D. de castrens. pecul.* Aliud enim est, bona, aliud peculium habere. Bona habent soli patresfamilias: peculium verò ij soli, qui in alterius, patris videlicet aut domini potestate constituti sunt. Proinde semper & omni casu, vtrumque verissimum est quod Iulianus ait filiumfamilias neque bona, neque heredem habere posse. † Hodie tamen aliud est, quod ad legitimam hereditatem pertinet, postquam placuit Iustiniano ut in aduentitiis etiam filiusfamilias heredem ab intestato habere possit, ut pluribus à nobis tractatum est in Disputationibus forensibus: dixi, quod ad legitimam hereditatem, quia in causa testati nihil hac parte immutatum est: subsistente semper regula illa iuris veteris & noui, quæ potestati alienæ subditos testari nullo modo patitur, *leg. qui in potestate. 6. D. qui testament. facer. poss. † Superioribus fere conuenit quod Vlpianus scribit in l. 2. §. si quis decesserit. D. und. legit. Si quis decesserit de quo incertum est, vtrum paterfamilias an filiusfamilias sit, quia pater eius captus ab hostibus adhuc viuat, vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis esse non peti possit bonorum eius possessio vnde legitimum, nempe*

quia prius est ut bona esse constet quàm ut honorum possessio peti possit. Et quemadmodum lex Cornelia facere non potest ut heredem habeat qui bona nulla in ciuitate reliquit, ita nec Prætor, ut is habeat bonorum possessorem. Vera enim & germana Vlpiani sententia ratio hæc est, non illa, quæ in textu sequitur: *quia nondum intestatum eum esse apparet cum incertum sit an testari possit.* Nam imò verò certissimum est intestatum decessisse eum qui nec testamentum fecisse proponatur, nec si fecisset testari tamen potuisset, eaque nimirum dubitandi ratio erat propter quam videbatur competere ius petendæ possessionis vnde legitimum, quæ non nisi ab intestato datur, quod certum esset filium intestatum decessisse. Illud verò æquè falsum, cum incertum sit an testari possit. † Si quid enim in iure certum, illud sanè certissimum est, filium captiui testari non posse quandiu postliminij patris spes durat, nec si testatus sit valere testamentum, siue pater ab hostibus redeat, siue apud hostes moriatur, quia testamenti tempore, quod præcipue spectandum est, non solum incertus fuit de suo statu, sed etiam fuit re vera incerti status, quod vnum maxime testamenti factionem impedit, *leg. qui testament. 14. cum l. sequ. D. qui testament. facer. poss. l. si quis filio. 6. §. h. autem omnes De iniust. rupt. iunct. l. in bello. 12. §. 1. l. bona. 22. §. quod filius. D. de captiu. & postlim. l. penult. D. de suis & legit. vbi Papinianus scribit patre ab hostibus non reuerso filium interea defunctum in ciuitate, videri quidem decessisse patremfamilias, ideoque & heredem habere posse: scilicet legitimum de quo titulus ille est, sed tamen non fuisse in plenum quandiu vixit patria potestate liberatum. Quod si ita est quomodo fieri possit ut testandi ius habeat? † Quin & dubitatum olim fuit an valeret testamentum quod filius fecisset patre deportato, si patrem postea Principis indulgentiam ciuitatem restitui contigisset, fuitque opus Iustiniani constitutione in *leg. ultim. Cod. de sentent. pass. & restit. ut valere iuberetur.* Quamuis certi status sit filius deportati, nec dubitari possit quin sit sui iuris sublato per deportationem vinculo potestatis, nihil obstante quod restitui pater possit, spes enim illa restitutionis nullius effectus est, quia nullo iure nititur licet cum restitutio Principis impetrata est comparetur postliminio. *l. 2. Cod. Theodos. de repud. hæc tamen nimirum ut condemnato omnia restitueret quæ condemnatio abstulerat, leg. 1. Cod. de sentent. pass. & restit. tantumque ad restitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem sententia valuit quomodo Iustinianus loquitur in *dist. l. ultim. antequam* Constitutionem non censebatur pater ius patriæ potestatis recuperasse quantumcunque generali restitutione impetrata, nisi & hoc quoque specialiter impetrasset, *l. in insulam. 6. l. si pater. 6. Cod. eod. At spes postliminij vtroque nititur & gentium & ciuili, ideoque effectum illum habet, ut iura omnia nec minus patriæ potestatem quàm cætera suspendat, leg. illa instituit. 32. §. 1. de heredit. instit. Denique deportatus fere in omnibus pro mortuo habetur Captus ab hostibus, in nullo, nisi quia seruus est: serui autem pro nullis habentur æquè ac si essent mortui. Igitur siue pater qui captus fuit redeat ab hostibus siue non testamentum quod filiusfamilias medio tempore in ciuitate fecerit valere non potest, non tanquam factum à filiofamilias, sed tanquam ab eo qui & de suo statu incertus, & re vera incerti status fuerit, nisi miles aut veteranus proponatur, *leg. Ariste. 9. D. de iur. codicill. l. ex milit. ante. §. 1. de testam. milit. † Quod cum ita sit non video quare ratione Vlp. adscribi possit totus ille versiculus, qui no-****

dum intestatum eum esse apparet cum incertum sit an testari possit, ac non potius nouo interpreti iuris prorsus imperito qui nec ita scribere debeat, an testari possit, cum tractaret de mortuo quem cõlati testari amplius non posse, sed ita potius, an testari potuerit, idque apparet euentibus ex iis quæ apud Vlpianum sequuntur. Subiicit enim, *Cum igitur caperit certi status esse tunc demum petenda est bonorum possessio, non cum certum esse caperit intestatum esse, sed cum esse certum caperit patremfamilias esse.* Nam si versiculus ille quem tollimus Vlpiani esset, conueniens erat sic eum ex contrario subiicere, cum igitur certum esse caperit intestatum esse, petenda est bonorum possessio: quod tamen non nisi ridiculè dici potuisset. Quid enim refert quod ad ius petendæ possessionis attinet an intestatus decesserit filius si bona nulla reliquerit quorum possessio peti possit? Finge reuersum ab hostibus patrem: Filius licet iam mortuus incipiet certi status esse. Apparebit enim decessisse eum filiumfamilias propter fictionem postliminij quæ mortuum quoque afficit *d. l. penult. de suis & legit.* Sed & apparebit decessisse eum intestatum, tamen si ponas quod tamen Vlpianus non ponit factum fuisse ab eo testamentum, cum testari non potuerit, non illa tantum ratione quæ testamentum impediret si pater apud hostes decessisset quod fuerit incerti status cum testaretur, sed illa etiam quia filiusfamilias fuit nec proinde testamenti factionem habuit. Sed an idcirco legitimum heredem habere poterit aut bonorum possessorem? Minimè, quia nec bona vlla vnquã habuit. † Non igitur in danda bonorum possessione vnde legitimum illud inspiciendum est, an qui defunctus est, intestatus decesserit, sed an paterfamilias fuerit, ut hoc primum sciatur, an bona aliqua reliquerit de quorum possessione concedenda vel deneganda tractari oporteat. Sicut enim cum de iure personæ cui legatum est quæritur, prius esse debet cui detur, deinde quæri an datum consistat, ut non ante iuris rationem quam persona quærat, *leg. quidam referunt. 14. de iur. codicill.* ita & cum de bonorum possessione agitur prius bona esse oportet quæ possideri queant quam de possessionis iure tractatur. Et ut Philosophi dicunt quærendum prius est, an sit, quàm, quid, quale, quantum, cuiusve sit.

CAPVT IX.

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

SUMMARI A.

- 1 Posthumus Cornelianus ab Interpretibus quis dicatur?
- 2 De prima questione d. l. qui vxorem, & lauoleni ad eam responso.
- 3 Quomodo in dicta questione lauolenus respondeat, rumpi testamentum per legem Corneliaam, cum lex Cornelia de confirmandis testamentis lata sit?
- 4 Emendantur verba illa d. l. qui vxorem, quin per legem Corneliaam.
- 5 Quomodo fieri possit, ut in prima dicta legis specie testamentum post legem Corneliaam continuo rumpatur?
- 6 An ibidem admittendum sit, reuerso patre confirmatum fuisse ex lege Cornelia testamentum?
- 7 Legis Cornelia fictione ius postliminij infringi, aut diminui non posse.
- 8 Legis Cornelia potestatem nullam esse ante veram captiui mortem.
- 9 Quomodo fieri possit ut per agnationem posthumi rumpatur statim testamentum, quod iam per captiuitatem

- tem irritum factum est, necdum per legem Corneliaam confirmatum?
- 10 De differentia horum verborum conualefcere, & confirmari.
- 11 Testamentum de quo queritur fictione postliminij & legis Cornelia considerata, irritum factum non esse.
- 12 An sola postliminij fictio testamentum illud confirmare possit?
- 13 Cur sola legis Cornelia fictio ad confirmandum illud testamentum non sufficiat?
- 14 Cur plerumque sola postliminij fictio non sufficiat ad impediendum ne ab ipso captiui at is instanti testamentum irritum factum dicatur?
- 15 Dicitur testamentum eo ipso instanti rumpi, quo posthumi nascitur.
- 16 Testamentum posthumi agnatione non rumpi, si dictus posthumi præteritus a patre postea deportato nascatur post patris deportationem.
- 17 Secus esse, si testamentum illud per patris deportati restitutionem conualescat.
- 18 Ratio repetitur, cur in prima specie à lauoleno tractatum testamentum posthumi agnatione statim rumpatur?
- 19 Quenam sit in d. l. vis horum verborum, post legem Corneliaam?
- 20 Probatur postliminij fictionem lege Cornelia antiquiorem esse.

Posthumum † Cornelianum appellant eum, qui in ciuitate nat' sit capto iam ab hostibus, patre eodemque postea apud hostes defuncto, quasi post patris mortem natus videatur qui eo tempore natus est quod pater iam mortuus fuisse, per legem Corneliaam retrofingitur. Sic enim & veteres & recentiores scribunt ad *l. qui vxorem. 15. de iniust. rupt. testam.* quo loco lauoleno proposita quæstione de eo qui prægnantem vxorẽ habens in hostium potestatem peruenerat, quærit, Filio deinde nato, id est patre adhuc viuo apud hostes, quo tempore testamentum in ciuitate factum rumpatur. Item si filius ante moriatur quam pater, An scripti heredes hereditatẽ habere possint. † Ad primã verò quæstionẽ respondet his verbis. *Non puto dubium esse quin per legem Corneliaam quæ de confirmandis eorũ testamentis qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum qui in hostium potestate sit, rumpatur.* † In quo sanè mirum est quod ait rumpi testamentum per legem Corneliaam quæ de confirmandis testamentis lata est. Nam si confirmat quomodo rumpit? An non dicamus per legem Corneliaam rumpi testamentum, quod perinde agnatione posthumi rumperetur si pater in ciuitate decessisset? ut Iulianus ait in *l. bona. 22. §. ult. de captiu. & postlim.* Patre siquidem in ciuitate defuncto legem Corneliaam locus non esset. Quin potius ratio dubitandi apud lauolenum & Iulianum illa esse poterat, quod pertineret hic casus ad legem Corneliaam cuius potestas illa est ut testamenta confirmet, non ut rumpat. Sed decidendi ratio illa est quã Iulianus exprimit in *d. §. l.* quo lex Cornelia non possit facere ut testamentum ante captiuitatem conditum magis valeat, minùsve rumpatur, quàm si testator in ciuitate mansisset. At si numquam ab hostibus captus pater fuisset, æquè testamentum eius agnatione posthumi ruptum esset, siue viuo siue mortuo patre natus posthumi fuisset, *l. 1. & 3. l. posthumi. 12. & pass. hoc tit. de iniust. rupt.* Ergo & patre capto æquè rumpetur. Non tamẽ per legem Corneliaam, sed per agnationem posthumi. † Itaq. nõ dubito quin locus hic medofus sit, legique debeat post non per in illis verbis, per legem Corneliaam. Ut sensus sit post legem Corneliaam rumpi testamentum patris captiui natiuitate posthumi, quod ante legem Corneliaam rumpi non poterat, cum

iam irritum factum esset per capitis diminutionem & quidem maximam, l. si quis filio. 6. §. irritum eodem. Neque enim quod iam ruptum aut irritum factum est, magis rumpi aut irritum fieri potest, sicut nec quod nullum est, l. nam et si. 5. vers. post defectum eo. quia & quod ruptum vel irritum factum fuit, cum ab initio valeret perinde ex eo tempore nullum dici potest, ac si nunquam valuisset: sicque Iulianus loquitur in d. §. ult. Lex autem Cornelia, quae confirmat captiuo patris testamentum hoc ipso facit, vt rumpendum sit, & consequenter non vt rumpatur, sed vt rumpi possit. † Verum hic illa rursus incurrit haesitatio, quomodo fieri possit, vt post legem Corneliam, & ex eo solo, quod confirmat testamenta captiuorum, testamentum hoc de quo agimus, continuo, vt Iauolenus ait, rumpatur, cum non continuo & statim atque testator ab hostibus captus est lex Cornelia id confirmet, sed eo demum tempore quo captiuum apud hostes mortuum esse innotuit, l. l. nec nos. 3. Codic. de postlim. reuers. Alioqui si statim confirmaret, euenire necesse esset, vt patre quoque ab hostibus reuerso non eod minus confirmatum per legem Corneliam testamentum crederetur. Nisi diceres confirmatum sub ea conditione, Si postea captiuus apud hostes moreretur quod tamen ridiculum esset, quia legis proprium est pure & absolute imperare, & constituere, non conditione vlla potestatem suam suspendere. † Rursum si admitteres reuerso quoque patre confirmatum fuisse ex lege Cornelia testamentum, nullus superesset locus fictioni postliminij, sed & fictio ipsa postliminij infringeretur, quae cum faciat, vt qui ab hostibus rediit nunquam captus intelligatur, faciat etiam, vt nulla confirmatione indigeat testamentum, quod ante captiuitatem factum fuerat, sed postliminij iure vires suas recipiat, vt nec conualescere dici debeat, quod semper valuisse existimatur, d. l. si quis filio §. pen. hoc tit. Neque sane possit vere testamentum confirmatum dici ante mortem, cum quandiu testator viuit incertum sit, an aliud testamentum facturus aut fortassis fictionem amissurus sit. † Porro fictione legis Corneliae postliminij ius infringi aut diminui absurdum fuerit, quandoquidem fictio postliminij iure gentium primum inducta longe est antiquior & potior, quia & fauabilior, l. postliminij. 29. in princip. de captiu. & postlim. Cum enim duae sint species postliminij, vt aut nos reuertamur, aut aliquid recipiamus, l. cum dua. 14. cod. vtraque fauet superstiti, lex autem Cornelia, non nisi mortuo & haecenus duntaxat vt & hereditatem habeat & heredem. Quare nec eam legem ferri necesse fuit nisi vt eo casu prouideret quo postliminij fictio locum habere non poterat, id est captiuo apud hostes defuncto. † Denique lex Cornelia id vnum facit vt iungat tempus mortis tempori captiuitatis, subducto toto eo tempore quod in captiuitate transactum est, leg. penult. in fin. D. de v. i. cap. Atqui coniunctio illa fieri non potest antequam re vera mortuus sit is qui captus erat. Consequens ergo est vt ante veram captiuam mortem nulla sit legis Corneliae potestas, ac proinde vt ne ante id tempus testamentum quod in ciuitate factum fuerat confirmare possit. † Quod si ita est, quero à Iauoleno quomodo fieri possit vt per agnationem posthumi rumpatur statim testamentum, quod iam per captiuitatem irritum factum est, necdum per legem Corneliam confirmatum? Respondent nostri id fieri propter spem conualescentiae. Male, siue verbum ipsum quo vtuntur, siue rem & effectum consideres. † Et enim, vt iam monui, conualescere dici non potest testamentum quod semper

valuit nec vnquam infirmatum fuit: in eoque quod magis miror, etiam Cuiacius lapsus est qui ad leg. lex Cornelia. 12. qui test. fac. poss. scripsit conualescere testamentum quod vires suas recipit: confirmari quod vires suas retineat. Posterius quidem verum est, sed prius si tam generaliter intelligatur, non item. Vires quippe suas recipere dicitur etiam, quod profus infirmatum & irritum factum fuerat, puta testamentum eius qui deportatus, dein restitutus est, dicit. l. si quis filio. §. penult. Quod autem postliminij iure valet vires quidem suas recipit, quia incipit certo & absolute valere, quod antea in suspensio erat (non an valere necne, sed an propriis viribus subsisteret, an confirmatione legis Corneliae indigeret.) At non idcirco conualescit, quia nec vnquam inualidum fuit, quod adeo semper valet, vt non valere non potuerit, nisi ad eum modum quo caetera ciuium Romanorum testamenta. Si vero rem ipsam & effectum consideres, absurdum sane sit dicere rumpi testamentum, quod iam sic inualidum propter spem conualescentiae & ob id solum ne possit vnquam conualescere. Omnimodo enim necesse est, vt valeat prius quam rumpi possit, sicut & rumpi aut aliter infirmari priusquam possit conualescere. † Dicendum igitur est testamentum hoc de quo querimus si solam iuris rationem inspicias non etiam postliminij & legis Corneliae fictionem, irritum quidem factum esse per maximam capitis diminutionem, sed si vtramque fictionem consideres, quomodo nunc consideranda est, & ex vtriusque consideratione informanda iuris ratio) irritum factum non esse, quod aut postliminij iure vires suas recepturum sit aut ex lege Cornelia confirmatione accepturum. Nam si irritum factum dici posset aut valere desisset, confirmari postea non posset, sed aut rescindendum esse aut pro reiecto & nouo habendum. Et vero cum captiuitas ea sit quae irritum facit, & vtraque fictio tam postliminij quam legis Corneliae omnem captiuitatis labem memoriamque deleat, apparet fictionem inspicientibus, testamentum nunquam non valuisse. † Quin & sola postliminij fictio sufficere posset ne testamenti vis profus abrumperetur, vtque ius habendi heredis sicut & caetera omnia ciuitatis iura saltem in suspensio retineretur, & captiuo testatori conseruaretur, l. illa institutio. 22. §. 1. de hered. instit. Indequo nimirum euenit, vt quo instanti extinguitur spes postliminij moriente apud hostes testatore, & succedente fictione legis Corneliae confirmari possit testamentum eiusdem legis potestate, propterea quod testamenti validitas in id vsque tempus per suspensio iuris constitutionem in suspensio manserit. † Quae si iam corruisset nec tantisper sustineri potuisset, proculdubio deficeret legis potestas, nec magis captiuo testamentum confirmare posset, quam facere vt filius qui primo captiuitatis instanti in patris erat potestate, in eadem perpetuo mansisset potestate retroingeretur, aut vt filius durante patris captiuitate mortuus suus illi heres fuisse videretur, quorum tamen neutrum facit d. l. lex Cornelia. 12. qui test. fac. poss. l. 3. Cod. de postlim. reuers. Nam quemadmodum nulla est potestas legis Corneliae ad retrofingendum ius patriae potestatis, quia nullum amplius est, sed iam extinctum, quo tempore captiuus moritur, nec ad hereditatem filio deferendam, qui patre adhuc captiuo decesserit, quoniam tunc non sit is in rerum natura cum fictio locum habere incipit, vt heres fieri possit, ita neque confirmare posset testamentum quod eo tempore nullum esset, quo fictionem interuenire oporteret, quae sola neque hereditatem legitimam confirmaret, de qua scilicet non nisi post patris familias mortem queri oporteat, (vt proinde nec

vivo

vivo captiuo possit ius habendi legitimi heredis extinctum videri) quaeque licet tunc nulla sit cum captiuus moritur, facile tamen & absque impedimento vilo inducitur coniunctio mortis instanti cum instanti captiuitatis, quoniam ab ipso mortis instanti fictio incipit, atque ita priusquam hereditas constituta sit, quae non nisi iam mortuo patris familias vlla esse vnquam potest, l. de hered. vel ab. vendit. l. qui superstitis. 94. de acquir. hered. Testamentariae hereditatis, vt dixi alia ratio est, non quod ante testatoris mortem possit esse hereditas, sed quia vt testatore mortuo non tantum hereditas sit, sed etiam testamentaria, necesse est ante testatoris mortem factum esse testamentum, idque tale esse cum testator moritur, vt non minus quam ipsa hereditas per legem Corneliam confirmari possit. Facto enim testamento prius est, vt testamentum lex confirmet, quam hereditatem testamentariam. Atqui tale non esset, si esset irritum, cuiusmodi tamen necessarium esset, si non postliminij fictione validitas eius suspenderetur. † Rursum si legis Corneliae fictio non esset sola postliminij potestas non sufficeret, ad impediendum ne ab ipso captiuitatis instanti irritum factum testamentum diceretur cum ex euentu appareret postliminij spem inanem fuisse, l. penult. de suis & legitim. dicit. l. in bello. 12. §. 1. dicit. l. bene. 22. §. quod filius de captiu. & postliminij. atque ita intestato patris familias decedente locus non esset quaestioni, an medio tempore natus in ciuitate filius testamentum iam irritum rupisset. At vtraque fictione coniuncta, rectissime dicitur testamentum rumpi agnatione posthumi, quia verum est, nec dum omnino irritum factum esse, nec vnquam ex sola captiuitate profus irritum fieri posse. † Quidni ergo rumpatur? & quidem statim & eo ipso instanti quo posthumi nascitur? Et rogo si tum non rumpatur, quoniam alio tempore rumpi posset: siquidem qui non rumpit cum nascitur, fieri non potest, vt is vnquam agnascendo rumpat. Neque tamen id ita accipi velim, quasi absurdum esse putem non rumpi testamentum posthumi praeteriti agnatione. † Nam si poneres praeteritum à patre qui postea esset deportatus, & natum post patris deportationem, defendere audacter non rumpi agnatione posthumi testamentum quod iam per mediam illam capitis diminutionem irritum factum esset: quia non sicut spes postliminij, ita restitutionis, quae à Principe obtineri potest, suspendit vires testamenti quominus statim irritum factum dici debeat. † Planè conualescente postea testamento per restitutionem non negarem tum demum rumpi testamentum, non quod melioris conditionis esse non debeat pater qui post testamentum deportatus est, quam qui ciuitatem retinuit (quid enim commune habet delictum cum viribus testamenti? vt contra Papinianum Vlpianus disputat in quaestione l. Papinianus. 20. de minor.) sed quia sicut restitutum reddit patri non solum liberos, sed etiam ius patriae potestatis ex Iustinianae constitutione in d. l. ult. C. de sentent. passita facit, vt patri nouus suus heres eo demum tempore agnasci videatur: quae iam olim dubitandi ratio erat ad l. si pater. 9. & seq. D. h. t. de iust. rupt. † Illud igitur cotendo, in specie illa quam Iauolenus tractat rumpi testamentum agnatione posthumi, & quidem statim, quia nunquam fuit profus irritum aut pro irritum habitum, nepe quod in suspensio manserit propter spem postliminij in id vsque tempus quo cessante & finita postliminij spe, ac succedente legis Corneliae potestate per eam legem confirmari potuerit, eamque esse Iauoleni sententiam,

& eius sententiae rationem. † Nam quod ait, post legem Corneliam, ostendit si lex Cornelia non esset aliud eum responsum fuisse, scilicet non rumpi agnatione posthumi testamentum, quod iam esset irritum nihil obstante postliminij fictione, quae eo casu de quo agimus, hoc est patre apud hostes mortuo, nullas profus vires haberet. Quod ait, rumpi continuo nato filio, ostendit, si testamentum eo tempore quo posthumi nascitur iam profus irritum esset, futurum, vt rumpatur quidem agnatione sui heredis, sed non statim, tum igitur cum conualesceret. † Sed & quod ait, post legem Corneliam, si bene ponderetur, ostendit verum esse, quod in superioribus diximus, postliminij fictionem antiquiorem esse lege Cornelia, & turpiter errare eos qui putant fictionem postliminij inductam primo capite legis Corneliae. Perinde namque est ac si diceret, antequam lata esset lex Cornelia, quae testamentum hoc in eum casum, qui euenit confirmare posset, non potuisse solam postliminij fictionem efficere, ne per captiuitatem irritum illud fieret, vt agnatione posthumi rumpi posset: at nunc post legem Corneliam non quidem solam, sed accedentem iuri postliminij & supplementem quod illi deerat, dubitandum non esse quin testamentum & rumpi possit, & statim rumpatur nato filio: ita fiet, vt ruptum agnatione posthumi in neutrum casum postea valere possit siue pater ab hostibus reuertetur, siue non, cum tamen si posthumi natus non esset omnimodo & in vtrumque euentum valiturum erat siue reuerso patre propter postliminij fictionem, siue non reuerso eo propter legis Corneliae auctoritatem.

CAPVT X.

An Cornelianus posthumi Velleianus dici possit.

S V M M A R I A.

- 1 Ratio propter quam interpretes Cornelianum posthumi Velleianum dici non posse putant, resutatur.
- 2 Cur dictus posthumi, qui ante patrem captiuum in ciuitate decessit, Velleianus dici debeat?
- 3 Prima ac praecipua differentia inter fictionem postliminij, & legis Corneliae.
- 4 Legis Corneliae fictionem ex eo rerum & personarum statu aestimandam esse, qui sit tunc quum paterfamilias moritur, non autem quum ab hostibus captiuus.
- 5 Varia secutura absurda, si ex eo rerum & personarum statu, qui captiuitatis tempore fuit, legis Corneliae fictio aestimaretur.
- 6 Reperitur sententia l. lex Cornelia. 12. ff. qui test. fac. poss.
- 7 De potestate & fictione legis Corneliae in d. l. lex Cornelia.
- 8 Cur in d. l. filius vel seruus eius qui in hostium potestate decessit, hereditati inuitus obligetur, nec tamen suus aut necessarius lege Cornelia fingatur?
- 9 Ius habendi heredis vivo captiuo non amitti.
- 10 Cur per legem Corneliam non possint testamentariae hereditates confirmari, nisi postliminij fictio vires testamenti per captiuitatem irriti in suspensio retineret?
- 11 Cur in l. qui uxorem, verum & personarum status aestimandus sit quo tempore lex Cornelia locum habet, id est captiuo mortuo.
- 12 Cur posthumi, de quo Iauolenus tractat in d. l. qui uxorem, per legem Corneliam patri superstiti non fingatur.

- 13 *Ius fuitatis efficere non posse ut filius sit heres uiuentis patris.*
 14 *An, si dictus posthumus heres non fuerit, & sic agnatis proximis obfuerit, bona uacantia fiant?*
 15 *Posthumum in d.l. licet Velleianum non tamen eo minus rumpere patris captiui mortui testamentum.*
 16 *Quando illud testamentum rumpatur, an uiuo, an uero mortuo patre?*
 17 *Quomodo dictus posthumus, qui nec suus heres, nec in parentis potestate fuisse intelligitur, Velleianus dici possit?*
 18 *Posthumus suus, & alienus quis dicatur?*
 19 *Dictum posthumum Cornelianum, conceptionis tempore suum fuisse, licet non suus natus sit, & prateritum patris testamenti rumpendi ius habuisse.*
 20 *Requiri tamen ueram natiuitatem.*
 21 *An is posthumus testamentum rumpere possit, si post testamentum conceptus sit?*

Altera † & præcipua ad Iuolenum dubitatio est, an posthumus hic quem Cornelianum appellamus, Velleianus dici possit, & Velleiani iure censeretur. Quæstio in eo est, An uiuo patre, an post ipsius mortem natus uideatur: siquidem Velleianum posthumum intelligimus, qui post testamentum uiuo testatore nascitur, l. Gallus. 29. §. nunc de lege Vellea. de lib. & posth. Non est ex interpretibus aut ueteribus aut neotericis qui non pro certo & confesso habeat, Velleianum dici non posse, quia licet patre apud hostes uiuo & natus reuera & mortuus sit, retrofingatur tamen pater ante eius natiuitatem mortuus, quippe qui perinde habeatur, ac si eo ipso instanti quo captus est in ciuitate decessisset. Ego uero quanquam non inficior, eum qui patre iam capto natus est, si in ciuitate aut apud hostes post patrem moriatur, haberi pro nato post mortem patris ex fictione legis Cornelie, ideoque nec Velleianum dici posse, hunc tamen de quo Iuolenus tractat, id est qui ante patrem licet in ciuitate decesserit, alio iure censeretur contendo, Velleianumque omnimodo dici debere. † Mouet me, quod iam sapius repetere fuit necesse, quod fictio legis Cornelie sicuti ad ea iura non pertinet, quæ quo tempore pater apud hostes moritur iam extincta per captiuitatem reperiuntur, ita nec ad eas personas, quæ eo tempore mortis patris amplius in rerum natura non sunt: Vtrumque eadem ratione, quoniam cum fictio Corneliana ab eo demum instanti mortis incipiat, ut id ipsum iungat instanti captiuitatis, l. penultimum in fin. D. de usufructu. fieri nullo modo potest, ut effectum vllum parere possit, quod ad eas res & personas attinet, quæ iam tum esse desierint, sicut nec ad eas pertineret, quæ iam tum esse desissent cum pater capiebatur. Coniunctis enim duobus illis temporibus mortis & captiuitatis euenire necesse est, ut ea omnia, quæ esse desierunt, eo instanti, quo captiuus ueram & naturalem mortem obiit, nec eo quoque instanti fuisse uideantur, quo cæpit captiuitas ac si vnum idemque instans esset mortis & captiuitatis. Nec similiter à contrario possis dicere. Omnia igitur quæ reuera in rerum natura erant primo captiuitatis tempore, licet durante captiuitate aut propter captiuitatem perierint, perinde tamen superesse adhuc & subsistere uideri quo instanti captiuus moritur. Nam dissimilitudinis ratio est, quod fictio incipit à morte non à captiuitate, cum nec ob id fictio locum habeat quod paterfamilias ab hostibus captus sit, sed quod apud hostes decesserit. † Eaque prima ac præcipua differentia est inter fictionem postliminij & le-

gis Cornelie, quod fictio postliminij licet non nisi reuerso captiuo ius tribuat, ab eo tamen tempore quo spes est posse captum reuerti, hoc est à primo ipso instanti captiuitatis incipit vires suas exerere & omnia tenere in suspenso quandiu spes illa durat, id est, quoadiu captiuus uiuit in id usque tempus quo mori incipiat eiusque morte spes illa cum fictione intercidat. Alioqui præpostera essent omnia si postliminij fictio inciperet à die reditus, & tamen ante reditum & à die captiuitatis omnia propter postliminij fictionem in suspenso retinerentur. Reditus captiui in ciuitatem non principium est fictionis postliminij, sed implementum, ut ita dicam, condicionis sub qua datū erat captiuo ius retinendi omnia libertatis & ciuitatis priuilegia hæcenus scilicet ne ea prorsus amississe uideretur. At fictio legis Cornelie ibi incipit ubi fictio postliminij definit, id est eo instanti quo moritur is qui apud hostes erat. Fictio postliminij extendit in futurum & protrahit iura libertatis & ciuitatis in fauorem captiui ac si adhuc in ciuitate esset in eum usque diem quo fieri amplius nequeat ut reuertatur. Fictio legis Cornelie contra retrotrahit omnia à tempore mortis ad tempus captiuitatis, & ut retrotrahat retrofingit in præteritum, sed in futurum nihil fingit nec in præsens ut uideatur nunc uiuere qui iam mortuus est. † Et sanè absurda & incommoda innumera sequerentur si fictionem legis Cornelie restimarem ex eo personarum & rerum statu qui sit tunc cum capitur ab hostibus paterfamilias, non cum moritur. Ita enim fieret ut heres institutus ab eo cuius testamentum confirmaretur, heres testatoris fuisse diceretur siue extraneus esset siue filius siue seruus, tamen si durante captiuitate decessisset. Atque ita fieret heres ipso iure non solum homo mortuus, quod perabsurdissimum est l. quidam referunt. 14. de iur. codicill. sed etiam talis mortuus qui uiuens nec si uoluisset acquirere tamen sibi hereditatem uiui hominis potuisset. Nullo autem facto testamento sequeretur agnatum qui tum proximus fuisset cum paterfamilias capiebatur, non eò minus futurum illi heredem ab intestato quod eo adhuc apud hostes uiuo decessisset, aut saltem si quod ante aditam hereditatem decessisset heres esse non posset, obstatum illi sequentis gradus agnato perinde ac si reuera paterfamilias superuixisset, cum in agnatis iure ciuili uetere non sit successio, §. placebat Insti. de legit. agnat. success. atque ita fore bona uacantia, quod ante id tempus testamentum quod in ciuitate factum fuerat confirmare posse tamen utrumque negat lex, Nec nos præterit. C. de postlimin. quæ exclusio etiam filio qui captiuitatis tempore superstes ante matrem decessisset, quique inter eam quasi sibi delatam matris hereditatem adierat, de qua ea cum agnatis matris transegerat, uocat ad matris postea defunctæ successionem agnatos illos, qui eo demum tempore quo mortuam esse apparuit proximiores reperiuntur. † Sequeretur etiam filium qui in patris potestate fuisset quo tempore pater capiebatur eo saltem casu quo patri superuixisset retrofingendum mansisse semper in potestate, atque ita suum heredem fieri patri, quod tamen diserte negat Iulianus in d.l. lex Cornelia. 12. qui test. fac. poss. Et uero si ita uisus esset ut superstes dici deberet suus heres patris, consequens esset non eo minus debere eum retrofingi suum heredem fuisse quod uiuo reuera patre decessisset, cum in suis heredibus nec aditio nec immixtio uilla necessaria sit ad acquirendam hereditatem, sicque eueniret necessario ut lex Cornelia heredem faceret mortuum, quique sequentibus in gradu siue liberis,

liberis, siue agnatis captiuo superstitibus obstat ne heredes esse possent, quia nec in suis erat successio delata semel suo heredi hereditate, l. §. sciendum. de suis & leg. Ac proinde ut quæ lex nihil aliud agit nisi ut heredem inducat, eadem ipsa impediret ne heres quisquam aut ex testamento aut ab intestato esse posset. Consequens etiam esset non eo minus confirmari per legem Corn. pupillares tab. quod filius impubes prior in Ciuitate quam pater apud hostes decessisset, quod tamen Papin. negat in l. quod si filius. 11. in princ. de cap. & postlim. Eadem in persona serui tractari possunt qui à domino heres institutus si aut in domini potestate semper mansisse aut ei necessarius heres fuisse retrofingatur qualis futurus erat, domino ante captiuitatem moriente, legitimis heredibus obstat, quamuis ipse ante dominum mortuus heres illi esse non posset. † Ideoque Iulianus in d.l. lex Cornelia negat apertissime retrofingendum eum fuisse in domini morientis potestate, adeo ut nec cum domino superstes fuit admittat dici eum debere necessarium proprie, licet non minus eum vel inuitum obliget hereditati quam si esset necessarius. Nec est quod cum interpret. cauillaris Iulianum cum negat filium aut seruum captiuo apud hostes mortui fuisse in morientis potestate suumque illi heredem aut necessarium, respicere ad rei ueritatem non ad legis Corn. fictionem. † Nam imò uero cum ita scribit, tractat de fictione & potestate legis, quam & tantam esse uult ut non solum inducat & constituat heredem homini captiuo qui reuera nec hereditatem habere potuit, sed etiam talem heredem, qui uel inuitus heres sit, si mortuo patre uel domino inuitus ei heres futurus erat, hæc sola differentia quod nec suum nec necessarium heredem facit, qui aut suus, aut necessarius fuisset patre uel domino in ciuitate defuncto. † Hoc ipsum autem ideo quia nec retrofingit filium aut seruum fuisse in morientis potestate, propterea quod & patria & dominica potestas iam extincta reperitur quo tempore captiuus moritur, à quo demum tempore, ut dixi, fictio incipit, solumque superest ius habendi heredis quod sicut uiuo non competit (neque enim uiuus heredem habere potest) ita nec uiuo captiuo amissum uideri debet, ut proinde legis Cornelie fictione quæ ab eo tempore incipit quo de heredem tractandum sit, id induci nihil prohibeat: quamuis uerum sit dicere captiuum citra leg. Cornel. non fuisse habiturum heredem, non quia uiuus amississet ius habendi heredis, sed quia mortuo eo non potuisset propter captiuitatem uilla ipsius hereditas constitui aut intelligi quam tamen eo demum tempore constitui, & ut ita dicam, creati suumque esse tum primum accipere oportebat. † Quod si uiuo captiuo ius habendi heredis exemplo ceterorum de quibus diximus amitteretur, proculdubio nec potuisset lex Cornelia fictione uilla inducere captiuo heredem, ut nec hereditatem, quoniam nec nisi à tempore mortis facere id potuisset, nec rursus ab eo tempore fictionem suam accommodare ad ius hoc quod iam tum sublatum & extinctum esset. † Propter quam causam dicebam superiore cap. non potuisse per eam legem fieri, ut testamentaria hereditates confirmarentur nisi postliminij fictio testameti, quod alioqui per captiuitatem irritum factum esset vires & robur in suspenso retineret ac sustineret in id usque tempus quo cessante postliminij fictione legis Cornelie potestas possit succedere, nempe quia hereditas testamentaria nulla esse potest eius qui testamenti actionem amiserit, quæ porro non à mortuo, sed à uiuo testatore

amittitur. † Denique cum lex Cornelia, ut sapius dictum est iungat tempus mortis tempori captiuitatis, ob idque necesse sit ea omnia, quæ medio tempore mutationem aliquam habuerunt siue propter captiuitatem, siue durante captiuitate mutatio contigerit, alterutro modo æstimari aut qualia erant, cum paterfamilias capiebatur, aut qualia reperiuntur cum is moritur, (medij namque temporis, quod per legem prorsus tollitur ratio nulla haberi potest) apparet eo modo æstimanda esse quo æstimari possunt quo tempore lex Cornelia locum habet, id est captiuo mortuo, ut nec eius instantis quo paterfamilias captus est, ratio uilla habeatur nisi hæcenus, ut ad id mortis quoque instans retrotrahatur. † Ergo, ut ad rem nostram redeamus. Quando posthumus hic de quo Iuolenus non tractat, solum uiuo apud hostes patre natus sit, sed etiam eodè adhuc superstiti præmortuus, fieri non potest, ut lex Cornelia quæ mortuum eum reperit quo tempore fingere incipit defunctum in ciuitate patrem, fingat eum patri superstitem, alioqui eadem fictione faceret eum heredem ab intestato licet mortuum, quod esset ridiculum, ut diximus. Nec possis inculcare potuisse filium posthumum retrofingi heredem quia suus heres fuerit. † Nam præter id, quod dixi & uerissimum est ius fuitatis extinctum per captiuitatem nunquam per legem Corneliam restitui dicit. l. lex Cornelia, non potest etiam ius fuitatis efficere, ut filius successionis iure heres sit uiuentis patris nec facere heredem filium eo casu quo extraneus per aditionem heres fieri non posset, argu. l. eum bonis. 37. de acquir. hered. Atqui extraneus non posset adeundo captiuo hominis adhuc uiuentis hereditatem sibi acquirere, imò nec filius matris suæ successionem nec si ceteri matris agnati consentiant, dicit. l. nec nos 4. C. de posthum. reuers. Ergo neque huic posthumo ante patrem mortuo prodesse poterit, quod eum falso retrofingas iuum heredem patri extitisse & in ipsius potestate semper mansisse, ut inferas acquisitam illi hereditatem parentis uiui qui post eum decesserit. † Et tamen si heres non fuit, non eo minus obstat agnatis proximis, quoniam, ut dixi, nec in suis nec in agnatis est successio, atque ita uacans fiet hereditas, quod tamen per legem Corneliam fieri non potest. Facit enim illa heredem & hereditatem, ut uocet heredes scriptos aut legitimos, non bona uacantia, ut inuitit fiscum: quamuis si ex lege Cornelia nemo heres extiterit, id est si suus heres aut agnatus proximus cui lex Cornelia detulit hereditatem heres esse noluerit aut qua alia ratione impeditus hereditatem sibi non quaesierit, perinde fiant bona uacantia ac si hereditatem lex 12. tabul. detulisset: quomodo intelligi Iulianus debet in d.l. bona. 22. §. 1. de captiu. & postlim. in illis uerbis: Quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit bona publica fient. Ac sanè Iuolenus in fine huius legis cum ita scribit, sequitur ex eo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perueniat: non obscure significat pertinere eam non ad posthumum (qui si rupto per natiuitatem suam testamento ab intestato patri successisset iure sui heredis, frustra Iuolenus secundam illam questionem proposuisset, & si filius ante mortem patris scriptus heredes hereditatem haberet). Filio enim rumpente & ab intestato succedente, quam obsecro pro scriptis heredibus dubitandi ratio afferri poterat? sed ad legitimos captiuos heredes. † Hoc igitur probato & constituto fictione legis Cornelie in proposito casu locum esse non posse, quod ad filij personam attinet, ut pater ante mortuum retrofingatur, omnino consequens sit.

quod volumus posthumus hic Velleanus dici debeat & viuo testatore & natus & mortuus, vt re vera est ita esse intelligatur: neque tamen eò minus rumpat, quoniam Velleanus quoque posthumus rumpit, nisi vel institutus sit, vel exheredatus, l. 3. §. 1. hoc tit. Idque Iuolenus apertissime sentit, cum postquam quæsiit quo tempore testamentum hoc rumpatur, id est, an viuo patre cum eo viuo posthumus reuera nascatur, an eò mortuo quod non nisi mortuo demum patre testamentum confirmetur per legem Corneliã: prius autem esse videatur, vt confirmetur quàm vt rumpi possit & vt rumpi possit quàm vt rumpatur, Respondet nato filio continuo rumpi. † Id enim alium sensum admittere non potest, quàm vt viuo adhuc patre rumpatur. Alioqui non continuo rumperet, qui non nisi mortuo patre rumperet. Sed nec tunc rumpere posset, qui iam tum & ante patrem mortuus esset. Quoties enim posthumus post patris mortem rumpit rumpendo sibi locum facit & ab intestato succedit, l. nam etsi 5. vers. rumpendo de iniust. rupt. ab intestato autem succedere non potest, qui iam reuera mortuus est, vt supra diximus. Sed & quod Iuolenus ait testamentum hoc continuo rumpi notandum est contra Iacobum Cuiacium, qui ad l. 7. de liber. & posthu. scribit testamentum, quod posthumi agnatione viuo patre testipitur, non nisi post patris mortem effectu ipso rumpi videri. Hoc enim, de quo agimus, & viuo testatore & continuo rumpitur ne si mortis patris tempus expectandum esset, nunquam rumperetur præmortuo intereã posthumo. † Sed hic rursus dicat aliquis, fieri non posse, vt hic Velleanus sit posthumus, si verum est quod diximus, nec suum heredem eum nec in patris sui potestate fuisse intelligi: nam Velleanus ille est qui & suus, & in parentis potestate nascitur. l. Gallus. 29. §. nunc de lege. cum seq. de lib. & posthu. Quod si Velleanus non sit, id est, nec suus nec in potestate cum nascitur, quo iure potest rumpere tanquam præteritus, siue viuo, siue mortuo patre natus eum intelligas? Respondeo hoc vno differre posthumum Cornelianum de quo agimus qui viuo patre & natus & mortuus sit à Velleano, quod neque suus heres neque in patris potestate aut nascitur aut natus ex lege Cornelia retrofingitur: † nec tamen eò minus rumpere, quia verum est suum esse posthumum cum si eo tempore natus retrofingitur eo tempore, vetustissima scilicet illa fictione quam & Caius in Instit. lib. 1. tit. 4. §. vlt. regulam iuris appellat, quæ facit, vt qui legitime concipiuntur ex tempore conceptionis statim sumant. Suum enim posthumum dicimus, non eum qui nascitur in patris potestate (nã & qui mortuo iam patre nascitur licet primum gradum teneat in causa succedendi non tamen nascitur in potestate, cum patria potestas morte finiatur) neque eum qui eum nascitur heres esse possit (Velleanus siquidem suus est nec tamen quo instanti nascitur, succedit, qui viuum adhuc patrem habeat) sed qui eo tempore quo concipitur suus heres nascetur: & in patris tum morientis potestate esset, adeoque primum in familia, & causa hereditatis gradum obtineret. Itaque suum posthumum appellamus etiam eum, qui natus est ex emancipato, si modò ante emancipationem conceptus sit l. 1. §. si pater in potestate in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius. Et ex contrario alienum, qui ex emancipato conceptus est, licet fieri possit, vt in aui potestate sit cum nascetur, §. posthumo alieno. Inst. de leg. Et vt Vlpianus scribit in fragmentis tit. 22. qui hered. inst. poss. §. eos qui in vtero sunt & in §. posthumi. 15. posthumos suos esse dicendū

est, qui in vtero sunt si tales sint vt nati in potestate nostra futuri sint, id est qui si cum nascerentur in potestate nostra futuri essent, vt non natiuitatis, sed solius conceptionis tempus spectemus. Alioqui nunquam posthumus suus diceretur, qui in vtero esset, at is demum qui iam natus esset, quique natiuitatis tempore in potestatem reperiretur. Quod tamen absurdum esset, & contra supradictam iuris regulam, quæ eos qui in vtero sunt pro iam natis haberi vult. l. qui in vtero 7. l. penult. D. de stat. homin. † Hic ergo posthumus Cornelianus licet non nascatur in patris potestate, quæ per captiuitatē, secuta apud hostes morte, non minus quàm per mortem finita est, nec eò tempore quo heres esse possit, quia neque viui neque captiui hominis hereditas vlla est, suus tamen fuit cum conceptus est, ac proinde talis cui præterito quæsiit sit ab eo instanti ius rumpendi paterni testamenti quâdocunque nasceretur: non attento eo, an cum nascetur suus sit & in parentis potestate, necne. In eo enim qui iam pro nato habeatur ex quo conceptus est cur secundæ natiuitatis tempus spectemus quasi iterum nasci possit? † Planè requirimus vt nascatur, non quod veræ natiuitatis tempus spectari oporteat, sed vt ex postfacto & rei euentu appareat esse hominem qui pro nato iam inde à conceptionis tempore haberi debuerit. Alioqui cur pro prius nato haberemus eum, qui nunquam natus esset? De ficiēte scilicet extremo à quo, sine quo ad extremum ad quod perueniri non possit. † Quamuis autem testamenti tempore conceptus non fuerit, quâdocunque tamen post testamentum conceptus perinde acquirit sibi ius rumpendi testamenti, atque si conceptus fuisset quo tempore pater testabatur. Non quod retrorahatur dies conceptionis in diem testamenti, sed quod qui testatus est, quâdum viuuit nec mutat testamentum, videatur per singulos dies testamentum confirmare & hoc ipso iniuria afficere partem ex postfacto conceptum, cuius rationem nullam testamento habuerit, quem tamen ex se in posterum posse concipi præuidere debuerat, eumque vel instituere vel exheredare, vt se à rumpendi testamenti metu & periculo liberaret. Consequens igitur est, vt tanquam posthumus suus & præteritus rumpat quâdocunque nascetur siue viuo patre siue inortuo, siue in ciuitate, siue apud hostes existente.

CAPVT XI.

Conciliatio l. qui vxorem 15. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. cum l. posthumus 12. eod.

SVM MARIA.

- 1 An, si supradictus posthumus viuo patre nascatur, bonorum possessio secundum tabulas heredibus scriptis detur, atque ita ad eos non ad agnatos hereditas pertineat?
- 2 Quid respondeant Interpretes ad Hadriani constitutionem ab Vlpiano relata in dict. l. posthumus.
- 3 Potiorem esse, ex Iuoleni sententia legitimorum, quàm scriptorum heredum causam.
- 4 Iuolenum in proposita questione cum Vlpiano non pugnare, sed Hadriani constitutionem, de qua Vlpianus in d. l. posthumus, nouum ius continere.
- 5 An Iulianus, qui Hadriani temporibus vixit, in proposita questione idem cum Iuoleni senserit?
- 6 Sensus §. vltim. l. 22. ff. de captiui. & postlimin. reuert.

- 7 Quo sensu Iulianus in d. §. vlt. testamentum eius qui apud hostes mortuus est, nullum dicat?
- 8 Iuoleni & Iuliani sententia conciliatur.
- 9 Iuoleni responsum Hadriani constitutionem correctum non esse, & eam constitutionem ad supradictum posthumum non pertinere.
- 10 Cur testamentum illud rumpi necesse sit?
- 11 Dictam Hadriani constitutionem ad ea testamenta non pertinere, quæ non solum agnatione rupta, sed per captiuitatem irrita facta sunt.

1 QVonia proxime diximus posthumum hunc Cornelianum de quo Iuolenus tractat in l. qui vxorem. 15. de iniust. rupt. test. Velleanum dici posse ex ea parte, qua viuo patre natus est nec per legem Corneliã, post patrem natus fingitur, inferre quis fortasse non improbabiler possit: Eo igitur ante patrem mortuo hætenus conualescere testamentum debere, vt bonorum possessio secundum tabulas heredibus scriptis detur atque ita ad eos non ad agnatos proximos hereditas perueniat. Sic enim contra nimiam iuris scrupulositatem ab Hadriano ex æquitate constitutum esse Vlpianus refert in l. posthumus. 12. hoc tit. de qua & nos supra scripsimus. Nec sane nostri dubitant quin idipsum in hac specie respondendum esset si posthumus Velleanus dici posset. † Nihil enim aliud habent quod ad illam Hadriani constitutionem respondeant, nisi quod posthumus hic quamquam re vera viuo patre natus, post ipsius tamen obitum natus fingitur ex lege Cornelia. In quo posthumorum genere qui verè & proprie sunt posthumi l. 3. §. 1. eodem. hoc est qui post parentum mortem nascuntur, receptum est, vt non solum agnascendo rumpant, sed & ita rumpant ne vllomodo conualescere testamentum possit licet proximo post natiuitatem instanti moriantur, l. 2. & 3. Cod. de posthum. hered. institut. Cum ergo probauerimus Velleano potius quàm vero posthumo comparandum, nisi quod nec suus nec in parentis potestate nascitur, an ideò admitteremus meliorem scripti heredis conditionem esse debere, vt agnato proximo præferatur? † Id verò diserte Iuolenus negat, qui ad secundam quæstionem illam quâ iis verbis proposuerat, Et si filius ante quam pater moriatur, an scripti heredes hereditatem habituri sint, sic respondet in fine legis, sequitur ergo vt ex eo testamento hereditas ad neminem perueniat. Inferens nimirum ex eo, quod dixerat agnatione posthumi rumpi testamentum: potiorem igitur legitimorum quàm scriptorum heredum causam esse debere: † An ergo Iuolenus cum Vlpiano pugnat? Minime: quia constitutio illa Hadriani de qua Vlpianus in dict. l. posthumus, nouum ius cõtinet, vt ad eum locum scripsimus, neque ante Hadrianum ita respondere aut constituere quicquam ex prudentibus potuisset. Non quod æquitas, sed autoritas deesset ad inducendum, vt bonorum possessio secundum tabulas heredi scripto data ex testamento rupto, esset cum re, heredisque legitimi ius lege duodecim tabularum constitutum, & confirmatum infringere: at Iuolenus floruit ante Hadrianum, nec ad eius tempora peruenit, vt constitutionem Hadriani scire & ex ea respondere potuerit. † Illud longè magis mirari quis possit, Iulianum qui Hadriani temporibus vixit eoque imperante perpetuum edictum composuit, & ex cuius consilio ac auctoritate credibile sit Iulianum pteraq; noua iura constituisse, Iulianum inquam, in l. bona. 22. §. vltim. de cap. & post. vbi eandem quam hic Iuolenus speciem tractat, sic scribere, quasi nihil referre existi-

met, an in ciuitate, an apud hostes mortuus sit pater, quo viuo in ciuitate posthum. natus sit decesserit. † Sic enim ait, Si quis cum pregnantem vxorem haberet in hostium potestatem peruenerit, nato deinde filio & mortuo ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia & eorum qui in ciuitate manserunt, hoc casu testamentum rumpuntur. Sensus est, non confirmari hoc casu testamentum captiui per legem Corneliã, quia nec confirmaretur per legem duodecim tabularum, si testator in ciuitate decessisset, ne alioqui melior sit conditio captiui, quàm ciuis Romani contra mentem legis Corneliæ, quæ parem vtriusque causam & conditionem facere voluit, non captiui meliorem. † Quod verò ait, testamentum eius nullum est, non eo sensu dictum videri debet, quasi testamentum nullum sit, in quo præteritus est posthumus. Si enim nullum esset, nec rumpi posset, l. nam etsi. 5. vers. scilicet. post defectum. de iniust. rupt. Sed quia testamentum, quod ab initio valuit, posteaquam posthumi agnatione ruptum fuit, nullum est, quia ruptum, quod antequam rumpere- tur valebat, vt rumpi posset. † Cæterum quemadmodum nulla apud Iulianum mentio sit constitutionis Hadriani, ita credibile est sic eum sensisse cum Iuoleni, vt ex testamento quod ruptum fuit hereditas ad neminem peruenire possit, & consequenter vt legitimis heredibus deferatur quorum interuentu etiam fiat ne bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere scripti heredes possint. Aliter namque interpretantibus fiet, vt de iuris tantum scrupulositate, non item de rei effectu Iuolenus & Iulianus respondisse videantur. Cum nihil interfit heredis scripti an hereditatem iure ciuili & tanquam heres nanciscatur, an iure bonorum possessionis secundum tabulas, quæ cum re sit, vel inuitis legitimis heredibus defuncti bona retineat. An ergo Iulianum quoque dicemus ignorasse Hadriani constitutionem? sed id non est probabile, quamuis nesciri possit, vtrum ante vel post constitutionem illam, Iulianus sexagesimum secundum Digestorum librum scripserit, ex quo locus ille sumptus est. † Itaque verisimilius fuerit dicere, etiam hodie incorrectum manere Iuoleni responsum, nec ad hunc Cornelianum posthumum de quo agimus Hadriani constitutionem pertinere: ratione illa, quod posthumus hic præteritus non solum agnascendo rumpat, sed etiam rumpendo faciat, vt testamentum, quod alioqui captiuitas prorsus irritum factura erat, si non legis Corneliæ potestas idipsum fuisset aliquando confirmatura, hoc ipso irritum omnino fiat factumque intelligatur, quod per legem Corneliã confirmari posse definit ex quo ruptum est. Non enim lex Cornelia confirmat rupta testamenta, sed ea tantum, quæ captiuitas irrita faceret si non confirmarentur. † Proinde rumpi testamentum ne esse est ad hoc ne per legem Corneliã confirmari amplius possit, quæ quoniam quâdum confirmare potest, efficit, coniuncta cum postliminij fictione, vti ne prorsus irritum per captiuitatem factum esse videatur, efficit quoque vt tandiu agnatione rumpi possit: quia quâdum ruptum non est, in eo est, vt nil obstante captiuitate confirmari per legem Corneliã possit, quâdocunque mortuo apud hostes testatore. † Porro quemadmodum lex Cornelia non confirmaret testamenta rupta, quæ nec lex duodecim tabularum confirmaret si captiuitas nulla interuenisset, ita neq; Hadriani constitutio pertinere potest ad ea, quæ non solum agnatione rupta sunt, sed & per captiuitatem facta irrita, in quibus tamen vitiū rupti tollas eo pretextu æqui-

tatis, quod mortuo ante patrem posthumo qui rupe-
rat, potuerit pater iterum velle cum eodem testa-
mento decedere atque ita nouas ei vires ex noua &
posteriore voluntate tribuere, non possis tamen e-
dem praxextu tollere vitium irriti, quod captiuitas
attulit, quæ inò verò etiã facit, ne ruptum testa-
mentum ex noua voluntate queat conualescere, quia
impeditur voluntatem vllam, quod ad testandi ius
pertinet habere possit is, qui in hostis potestate est, a-
deo vt nec si ab hostibus redierit, testamentum tamen,
quod in captiuitate fecerit conualescat l. eius
qui d. D. qui test. fac. poss.

CAPVT XII.

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

SYM M A R I A.

1. Papinianum & Vlpianum idem cum Paulo in specie
d. §. si filium. sensisse.
2. Vlpiani rationes pro dicta sententia.
3. Destitui testamentum quando dicatur?
4. Suos heredes etiam legitimos dici posse.
5. Male à nonnullis additam esse negationem in l. filius
22. ff. de suis & legit.
6. An omnis qui suus heres non est, non sit agnatus? &
quis sit sensus horum verborum Papiniani in d. l.
scripto. & alioqui si non suus heres est, &c.
7. Nepotem in specie d. l. scripto. proximum agnatum
non fuisse.
8. Ratio propter quam dictus nepos suus heres auo & a-
gnatus esse debeat.
9. Diuersam esse in d. §. si filium. filij captiui & apud ho-
stes mortui. & filij exheredati rationem.
10. Variè in contextu d. §. lecta esse ab Interpretibus ver-
ba illa Pauli, quod moriente auo filij ius pe-
penderit.
11. De Florentina lectione proximè relata, & Cuiacij ad
dicta Pauli verba interpretatione.
12. An ex lege Cornelia fiat, vt filio testamenti tempo-
re captiuo & postea apud hostes defuncto, nepos præ-
teritus in sui heredis locum succedat, & succedendo
rumpat?
13. An non captiuitate ius filij apud hostes mortui abrum-
patur?
14. Cur à prima captiuitatis hora ius illud abrum-
patur?
15. Exheredationem filij non tollere ius iuitatis, nec in spe-
cie d. §. filij ius per eam exheredationem abscissum
intelligi.
16. An ius filijfam. & apud hostes postea defuncti pepe-
disse intelligatur?
17. Legis Corneliae fictionem ad filiumfam. captiuum non
pertinere.
18. Cuius status pendere & incertus esse dicatur?
19. Filium in d. §. si filium. iam viuo patre pro mortuo &
nullo haberi debuisse, & per consequens ius eius non
pependisse.
20. Neque per postliminij, neque per legis Corneliae fictio-
nem fieri posse, vt status patrisfam. captiui pendere
videatur.
21. An rei veritate inspecta captiui status pendeat?
22. Quid in captiuis inducat fictionem diuersitas?
23. Quibus casibus filijfamilias, potius quam patrisfam.
captiui status pendeat?

24. Non captiuorum, sed liberorum quos in ciuitate reli-
querint, statum propriè pendere.
25. Refutatur Corrasij opinio existimantis ius captiui,
quandiu apud hostes est non pendere, sed liberorum
eius.
26. Ius persona, à statu differre.
27. Que sit Pauli sententia in d. §. si filium. versicul. di-
uersum.
28. Quenam sit differentia ratio in dicto versiculo, inter
filium exheredatum, & eum qui apud hostes est te-
stamenti tempore.
29. Emendantur in dict. versic. hæc verba, filij ius pepen-
derit.
30. Multum in dicto versiculo interesse, an dicta verba de
filij. an de nepotis iure intelligantur?
31. Differentia inter nepotem ex filio exheredato, & nepo-
tem ex filio captiuo, & de vtriusque iure. in d. versic.
diuersum.
32. Corrasij obiectio diluitur.

Non esset † obscura loci huius sententia, nisi iam
inde à tot seculis corrupta lectio non solum dif-
ficilem eam faceret, sed etiam aut falsam, aut inex-
plicabilem, Si filium, inquit Paulus, exheredauero,
nepotemque ex eo præterituro, & alium heredem insti-
tuero, & superuixerit filius post mortem meam, licet an-
te aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem, ru-
pturum testamentum Iulianus, Pomponius & Marcellus
aiunt. Quæ etiam Papiniani sententia est, in l. scripto.
7. Vnd. liber. & Vlpiani in l. si quis filio. 6. de iniust. rupt.
& irrit. fact. vbi addunt, quod & Paulus in fine hu-
ius §. subiicit, nepotem hunc licet rumpere testamē-
tum non possit, quia nec exheredari ab auo debuit
cum pater eum testamenti tempore præcederet, suū
tamen auo heredem fore ab intestato si institutus,
qui viuo filio exheredato de adeunda vel repudian-
da hereditate deliberabat, post filij mortem repu-
diauerit aut ante aditam repudiatamve decesserit:
nec ei filium in causa intestati obstaturum, qui in
causa testati obstitisset. † Vtrumque inquit Vlpianus,
non minus eleganter quam aperte propriis
rationibus. Nam adgnascendo quidem is rumpit
quem nemo præcedebat mortis tempore, ab inte-
stato verò is succedit cui priori defertur hereditas,
id est ante quem non sit alij delata. Id enim faciunt
verba legis duodecim tabularum à Paulo hinc
relata, si intestato moritur, quæ licet nullo facto
testamento ad tempus mortis referantur, quia iam
tum certissimum est decedere intestatum eum, qui
testamentum non fecit aut tale fecit, quod vel ab i-
nitio nullius momenti vel ex post facto ruptum vi-
uo testatore aut irritum factum fuerit, factum tamen
testamento, quod mortis tempore subsistat, non ad
mortis tempus referri possunt, sed ad id demum quo
testamentum destituatur herede amplius adire non
valente. † Destitui enim dicitur testamentum ex quo
hereditas adiri non potest, l. in quantitate 73. ad legem
Falc. l. ult. de cond. inst. quod cum sit tum demum cer-
tum esse incipit intestati successionem locum habere,
quæ nec prius alij cuiquam delata sit, nec deferri po-
tuerit quandiu heres testamento sperabatur. Quæ ratio
facit, vt idè quoque dicendum sit, si filius non exhe-
redatus, sed sub conditione quæ in ipsius arbitrio fuit
institutus sit & non impleta conditione decesserit.
Nec enim videbitur obstitisse nepoti, aut si nepos nō
sit, pronepoti, aut si neuter, proximo agnato quomi-
nus heres ab intestato esse possit qui tum cum is mo-
rietur aut suus aut agnatus proximus, reperietur, si
modo

modo mortis testatoris tempore vel in rebus huma-
manis, vel saltem conceptus fuerit, vt ex Iuliani &
Marcelli sententia, Vlpianus scribit in l. i. §. sciendum
in si. de suis & leg. † Obseruandum autem est, vt hoc
quoque obiter notemus, nepotem hunc quem nos cum
Papiniano & Vlpiano suum heredem auo esse dici-
mus, legitimum heredem vocari à Paulo, iis verbis,
sed est heres institutus omiserit hereditatem, erit legiti-
mus heres, vt intelligamus suos heredes etiam legiti-
mos dici posse, nempe quia per legem duodecim ta-
bularum æquè ac cæteri legitimi ad intestatorum he-
reditates vocantur nisi quod priorè loco, & ante cæ-
teros vocatur, l. de bonis. 6. §. huius autem de Carbo. edict.
l. ult. Cod. de codic. habentque proprium & elegantius
nomen per quod à cæteris agnatis ac legitimis here-
dibus discernantur, Suorum scilicet, quod aliis non
conuenit quàm qui in defuncti familia & potestate
fuerunt, l. in suis. II. D. de liber. & posth. † Erraruntque
proculdubio Alciatus & Hotoianus qui in l. filius. II.
de suis & legit. negationem addiderunt, vt efficerent,
quod falsissimum est, filium patri agnatum proximum
non esse, decepti iis Papiniani verbis, quæ extant in
d. l. scripto, & alioquin si non suus heres est quo iure heres e-
rit qui sine dubio non est agnatus? quo nomine iam ante
nos rectè reprehensi sunt à Cuiaciò. † Sed in eo quo-
que Cuiacius ipse labitur, quod vt Papiniani verba
effugiat hanc eorum sententiam esse vult vt qui non
est suus non sit agnatus, nec suum neget Papinianus
esse agnatum, sed eum qui non sit suus. In quo sanè
facit ridiculum Papinianum. Quamuis enim admit-
tam suum esse non posse qui ne legitimus quidem sit,
non tamen perinde ex contrario inferre possis, quod
vult Cuiacius eum qui non sit suus non esse agnatū,
alioqui fieret vt agnati omnes sui essent, sin minus
ne agnati quidem essent, & haud dubie Papiniani ra-
tioneinatio vt concludat, sic omnino accipi debet vt
nepos ille de quo tractat si nō sit suus heres auo mul-
tò minus agnatus dici possit. Respondere igitur de-
buit, Papinianum non de filio tractare quem patri
proximum adgnatum esse Pomponius ait in d. l. filius,
sed de nepote quem pater mortis tempore præcede-
bat, quique si suus heres dici non posset, multo minus
ad eam successionem vocandus esset tanquam ad-
gnatus; qui sine dubio, inquit, non est agnatus, videlicet
proximus qualem esse oporteret vt heres auo fieri
posset. Neque enim alij agnato lex duodecim tabu-
larum hereditatem defert quàm proximo, si suus he-
res, inquit, non erit agnatus proximus familiam habeto.
Tractare autem Papinianum de causa hereditatis o-
stenderunt proxima illa præcedentia quo iure heres e-
rit? † Hic verò nepos, proximus agnatus esse non
potest, qui proximum gradum, ita vt Papinianus fa-
tetur, nunquam tenuerit, quippe quem pater ipso et-
iam mortis tempore præcesserit. Et si autem Papinia-
nus simpliciter ita scribit, qui sine dubio non est agna-
tus non addita fictione proximus quam nos explica-
tionis gratia supplemus, id ipsum tamen quod volu-
mus satis exprimit dictio illa sola agnatus, non so-
lum quia quod ad causam hereditatis pertinet, qui
agnatus proximus non est eo tempore quo lex here-
ditatem defert nec pro agnato habendus sit, cum in
agnatis non sit successio, §. placebat. Institut. de legat. a-
gnat. success. sicut nec in suis d. l. i. §. sciendum de suis &
legit. sed etiam quia cum agnatus propriè & ex ety-
mo is dicatur qui propriè & iuxta natus est, conse-
quens sit vt propriè agnatus is esse intelligatur qui
& proximus est. † Id ergo Pap. sibi vult, nepotè hunc
de quo agit si suus heres idè dici non possit, quod

proximum gradum nunquam tenuerit, à patre nimirum,
licet exheredato, occupatum: heredem auo nul-
lomodò fore, quia sine dubio non est agnatus, proximus
qui in secundo gradu est, & à patre anteueritur. At-
qui fatentur ij, contra quos disputat, heredem illum
esse debere, quod pater qui eum præcedit heres esse
nunquam potuerit, nec quandiu vixit propter exhe-
redationem nec post mortem, quia mortuus: Fateri
ergo eos necesse est suum quoque illum esse, & conse-
quenter etiam agnatum, ne si suum negent eadem
ac longè faciliori ratione ab ijs extorqueatur, nec a-
gnatum proximum esse, atque ita fiat quod multo
fuerit absurdus, heredem ab intestato esse eum qui
neque suus sit, neque agnatus proximus. Hæc ad Papi-
niam. † Sequitur apud Paulum, Diuersumque est
si in hostium potestate filius sit & decesserit in eodem statu.
Rumpit enim his casibus nepos testamentum. Diuersa, in-
quit, ratio est filij captiui & exheredati. Exheredatus
namque impedit ne testamentum rumpere præteri-
tus nepos possit. Captiuus filius si deinde apud hostes
moriatur non impedit. Ratio autem diuersitatis illa
statim subiicitur, quod moriente auo filij ius pependerit,
non abscissum vt superiore casu fuerit. Hic verò locus est
qui proculdubio emendatione nec vulgaris chirurgi
manu indiget: tanto magis quod & à veteribus & à
nouis interpretibus aliter atque aliter legitur. † Ve-
teres enim, vt ex Accursij, Bartoli & aliorum Com-
mentariis apparet, pro illis verbis quæ nunc vulgò
extant, quod moriente auo filij ius pependerit, sic lege-
bant, Quod si moriente auo filius repudiauerit: quæ le-
ctio nihil nisi nugarum comminiscendarum mate-
riam iis præbere potuit, quas referre pudeat ne in iis
postea refellendis operam & laborem perdere neces-
se habeamus. Alij post Alciatum pro repudiauerit, le-
gunt, repediauerit, antiquo & misitato verbo signifi-
cantes captiuum in ciuitatem rediisse. Alij magis
probant vt legamus, filius pependerit, omnino ridiculè.
Quid enim superest nisi vt filium strangulent quem
tam miserè suspendunt? † Florentina lectio quam
primo loco retulimus quæque hodie passim recepta
est, magis placet Iacobo Cuiaciò existimanti hanc esse
Pauli sententiam, vt si filius qui apud hostes fuit
quo tempore pater testabatur in eodem statu dece-
ferit, nepotis præteriti successionem testamentum rumpatur,
qui scilicet ex lege Cornelia, inquit, viuo a-
uo ad filij condicionem redactus, & in filij ius suc-
cessisse intelligatur, nec post mortem testatoris ius fi-
lij abscissum & abruptum dici possit, quia captiuitas
nihil abrumpat sed tantum suspendat l. illa institutio
32. §. i. de here. insti. Sed hæc interpretatio neque in se
vera est, neque differentiam illam quam inter exhe-
redationem & captiuitatem Paulus apertè ponit, re-
ctè explicat. † Non inficior filio qui testamenti tem-
pore captiuus erat apud hostes postea defuncto, ne-
potem præterituro viuo auo in sui heredis locum suc-
cedere & succedendo rumpere leg. Gallus §. viden-
dum hoc ti. Sed ex lege Cornelia id fieri nego, & per-
nego, vt pluribus ad eum locum docui sup. † Nego et-
iam, quod ille ait, captiuitate non abrumpi ius filij
qui apud hostes decesserit. Fateor, quandiu viuus fi-
lius apud hostes, omnia ipsius iura in suspenso reti-
neri propter spem postliminij, quam suspensi iuris
constitutionem Papin. vocat in l. penul. de suis & legit.
Sed eo apud hostes mortuo atque ita extincta postli-
minij spe adeoque fictione, dico iam inde à captiui-
tatis primo instanti abscissum prorsus fuisse & abru-
ptum ius filij, non secus ac si ab eo tempore mortuus
fuerit, † nō quia per legem Corneliã mortuus re-

trofingatur à prima hora captiuitatis, vt vulgo male
 creditur (neque enim legis Corneliae fictio ad filios-
 familias pertinet vt sapius in superioribus diximus)
 sed quoniam captus ab hostibus cum seruus hostium
 fiat si in eodem statu decedat exinde ex quo captus
 est pro nullo & mortuo habetur *l. quod attinet. 32. l. ser-
 uis. 208. de regul. iur.* Ideoq; nec institui eum aut
 exheredari necesse est à patre qui medio tempore te-
 stamentum in ciuitate fecerit *d. l. Gallus. §. in omnibus
 istum apud hostes penult. hoc tit. d. l. si quis filio. 6. §. Sed si
 pater de iust. rupt. & irrit.* Vnde illud etiam fit vt nō
 obstat, nepoti præterito quominus rûpat vt hic Pau-
 lus ait. † Tum verò secundum Cuiacij sententiam
 vulgarèque lectionem, verba illa, *vt superiore casu*
 quæ non nisi ad casum exheredationis referri possunt,
 probant omnino filij exheredati ius abrumpi & ab-
 scindi per exheredationem, quod falsissimum est. Ex-
 heredatio siquidem non tollit ius suicitatis, nec facit vt
 filius exheredatus minus obstat nepoti quàm si esset
 institutus sub conditione potestatiua, & ea non im-
 plata decessisset, *d. leg. 1. §. sciendum de suis & legit.* De
 quo pluribus & ex professo scripsimus sup. Nec est,
 quòd cum Cuiacio dicas, Viuo quidem testatore ius
 filij exheredati non abscondi, sed tamen mortuo pa-
 tre abscondi quòd eo demùm tempore exheredatio
 vires accipiat, *l. filium. 20. §. videamus de bonor. poss. cont.
 tabul.* Nam neque verum est ex die mortis patris con-
 firmari exheredationem, sed tantùm ex die, aditæ he-
 reditatis, *d. §. videamus. & l. si patronus. 12. §. ex testamē-
 to de bon. libert.* At in eo casu quem hic Paulus tractat,
 ponit mortuum exheredatum antequam patris here-
 ditatis adiretur, nec vnquam postea aditam fuisse. Fieri
 ergo non potest vt filij ius per eam exheredationem
 abscessum intelligatur. † Denique falsum est quod
 Cuiacius pro vero & constanti habet, captiui homi-
 nis ius pendere, præsertim filijfamilias, apud hostes
 postea defuncti. Nam quandiu captiuus est apud hos-
 tes constat eum esse seruum hostium in quorum est
 potestate, & eum defunctum verissimum est seruum
 decessisse *l. 3. §. vlt. de verb. signific.* Etsi autem lex Cor-
 nelia iungit tempus mortis temporis captiuitatis vt
 paterfamilias in ciuitate decessisse videatur, *l. pernil. §.
 vlt. de v. suca.* ad hoc vt hereditatem & heredem habe-
 re possit filiusfamilias *18. ad leg. falcid. l. 1. C. de postlim.
 reuerf.* non inde tamen fit vt captiui status pependisse
 videatur, qui scilicet quamdiu vixit fuerit reuera ser-
 uus, post mortem verò pro eo habeatur ac si liber & in
 ciuitate semper fuisset, ita fit vt & viuus & mortuus
 certum statum semper habeat, si tamè serui status vl-
 lus dici potest. Non enim seruus aut caput aut statum
 habere dicitur, *l. 3. §. vlt. & l. seq. de cap. minut.* † Sed
 nec ad filiumfamilias, vt dixi, Cornelianam fictio vllom-
 modo pertinet, quia neque hereditatem, neque here-
 dem habiturus erat si in ciuitate mansisset. Itaque fi-
 liusfamilias captus & apud hostes mortuus, de quo
 hic Paulus tractat, & vixisse & decessisse seruus in-
 telligitur. Quod si ita est, non video quomodo status
 eius pependit. Imò, inquires, quoniam quandiu vi-
 xit potuit ab hostibus reueri atque ita postliminij iure
 pristina omnia, & libertatis & ciuitatis iura recu-
 perare. Dic breuius, si voles, & apertius, captiuum si-
 ue paterfamilias, siue filiusfamilias sit, nullum statum
 habere quandiu captus est, quia reuera seruus est, nec
 fictio vlla dat ei statum, non paterfamilias, quia lex
 Cornelia fugit eum mortuum, ac proinde talem qui
 statum nullum habere possit, non filiusfamilias quia
 fictio legis Corneliae in eum locum non habet: eum-
 que relinquit qualis reuera est, id est seruus, & con-

sequentor loco nullo computandum. Fictio autè post-
 liminij quæ tam filiosfamilias quàm patrifamilias cō-
 munis est facit duntaxat vt captiuus in eo sit, vt sta-
 tum habere videri possit vno illo casu si ab hostib; re-
 dierit. Quem verò statum? Certum. Nempe libertatis
 & vt videatur semper fuisse, aut sui tantum iuris, aut
 alieni tantum. Eius scilicet cuius fuisset si in ciuitate
 mansisset. Non ergo facit vt captiui status pendeat,
 quia pendere dici non potest status qui necdum vllus
 est nec vnquam futurus est incertus. Sed facit tantū,
 vt pendeat an statum aliquè habere videatur. † Illius
 igitur demū status pendet & incertus est qui cū du-
 plicè statum habere possit vtrum habeat nesciatur. Ij
 verò sunt liberi captiuorum: quia ignoratur an pa-
 tresfamilias, an verò filijfamilias habendi sint, quam-
 diu parentes reueri possunt. † Verum iam dixi Pau-
 lum tractare de filio qui ab hostibus non sit reuerfus,
 & consequenter quem dici possit, licet audenter, vt
 loquar cum Scæuola in *d. §. videndum. l. Gallus* iam vi-
 uo patre pro mortuo & nullo haberi debuisse, quem
 scilicet ex postfacto appareat, nec rediisse nec redire
 posse, *d. l. si quis filio. §. sed si pater, de iust. rupt. & arg. l.
 huic scriptura. 15. in si. ad legem Aquil.* Mortui autem &
 nullius hominis statum pendere nemo dixerit. † Præ-
 20 terea postliminij fictio in eo qui cūm capiebatur pa-
 terfamilias erat, non facit vt pendeat, an liber sit vel
 seruus, sed an pro viuo an pro mortuo haberi debeat.
 Nam siue ab hostibus reuertetur, siue apud eos mori-
 eretur, semper fuisse liber videbitur, soloque hoc in-
 tererit, quòd si in captiuitate decedat, exinde retro-
 fingetur decessisse ex quo captus est, præter legem Cor-
 neliam, *l. pater. 10. in princ. de captiu. & postlim. l. 1. C. de
 Si reuertatur non solū vixisse sed & in ciuitate per-
 petuò vixisse intelligitur. Igitur non potest videri
 pendere status patrifamilias captiui, siue legis Cor-
 nelia siue postliminij fictionem consideres, quia li-
 cet sint contrariae, in eo tamen conueniunt quòd cap-
 tiuitatis memoriam obliterant vt libertatem sin-
 gant permanentem. † Quòd si rei veritatem in-
 spicias multò minus dici potest pendere statum cap-
 tiui cum is re vera seruus sit, & tanquam seruus
 nisi ad fictiones recurras statum nullum habeat.
 † Illa autem fictionum diuersitas, An capti-
 25 uus pro mortuo postea habendus erit ex lege Cor-
 nelia, an pro viuo propter postliminij fictionem, non
 inducit diuersitatē status, quia cūm statum nullū ha-
 beat qui mortuus est, inepta fuerit diuisio illa perso-
 narū si quis dicat, Hominū alios esse viuos, alios mor-
 tuos: imò summa & prima diuisio illa est, vt quidam
 sint liberi, quidam serui, *l. 3. De stat. homin.* In persona
 autem filijfamilias, qui Corneliae legis fictione adiu-
 uari non potest, postliminij spes ex contrario non fa-
 cit vt pēdeat, an viuus & liber, an iam olim mortuus
 fuisse retrofingendus sit, sed an liber sit vel seruus, quia
 si ab hostibus redierit semper fuisse liber intelligitur,
 si non redierit, semper ex quo captus est mansisse ser-
 uus, ideòq; pro mortuo habendus, non vt retrofinga-
 tur mortuus liber, quomodo contingit in eo quæ lex
 Cornelia fingit retromortuum, sed quòd, vt dixi, ser-
 uilis cōditionis homines pro mortuis habeantur. † I-
 27 taq; possit quis ex eo concludere filijfamilias potius
 quàm patrifamilias captiui statū pēdere, cū sit incertū
 liberne an seruus morturus sit. Et sanè ita est quā-
 diu filiusfamilias viuus quoniam reueri tandiu potest.
 Sed eo in captiuitate mortuo dico ex post factō appa-
 28 rere nunquam statum eius pependisse, fuisseque illum
 pateruò seruum ex die captiuitatis, *d. §. videndum. &
 d. §. sed si pater.* † Non ergo captiuorum status verè ac
 proprie*

proprie pendere dicendus est, sed liberorum potius
 quos illi in ciuitate reliquerint, quomodo Iustinia-
 nus loquitur in *§. si ab hostibus Inst. quib. mod. ius patr.
 potest. soluit.* & passim Iuriscōsulti vt in *l. in libello. 11. §.
 1. leg. bona. 22. §. quod filius de captiu. & postlim. leg. propo-
 nebatur. 9. in fin. de Castrenf. pecul. leg. penult. de suis & le-
 git. leg. 1. §. 1. de SC. Maced. leg. 2. §. penult. D. vnd. legit. a-
 liisque innumeris, in quibus scriptum videas patre
 captiuo apud hostes, in pendenti esse an filius in ciui-
 tate relictus sui iuris effectus sit an sit adhuc in pa-
 tria potestate. Patre enim reuerso, siue post mortē filij
 siue viuo eo filiumfamilias semper fuisse videri, patre
 nō reuerso patremfamilias ex die captiuitatis pater-
 25 næ factum intelligi. † In quo miror sanè incredibile
 viri, alioqui non imperiti, Ioannis Corasij inscitiam,
 qui ad *leg. qui in vtero de stat. homin.* scripsit captiui ius
 pendere quandiu apud hostes est, sed non liberorum
 eius, quòd absurdum sit, inquit, eos nec in sua nec in
 patriis esse potestate ex *leg. vlt. C. de sentent. pass.* Sic in-
 telligens quod Iustinianus ait in *d. §. si ab hostibus. pen-
 dere ius liberorum propter spem postliminij*, vt ad eos ipsos
 qui ab hostibus capti sunt non ad eorum liberos per-
 tineat, cūm tamen in contrarium apertissima sint ei-
 usdem Iustiniani verba illa: *si ab hostibus captus fuerit
 parens quamuis seruus hostium fiat, tamen pendet ius libe-
 rorum propter ius postliminij, quia hi qui ab hostibus capti
 sunt si reuersi fuerint omnia pristina sua iura recipiunt.
 Idcirco reuersus etiam liberos habebit in potestate.* Qui-
 bus verbis quid apertius potuit Iustinianus dicere vt
 significaret non solum captiui liberorum statum pē-
 dere, de quo ante Corasium nemo vnquam dubita-
 uit, sed & eorum duntaxat non etiam patris qui apud
 hostes sit statum in pendenti esse. Nam qui re vera
 seruus est nec proinde statum vllum habet, eius sta-
 tus quomodo pendere potest? Iura sanè captiui om-
 26 nia sunt in suspensio propter spem postliminij. † Sed
 differunt iura à statu. Et diuisio illa prima ac præci-
 pua iuris personarum vt quidam sint liberi, quidam
 serui, distinguit quidem generaliter statum homi-
 num, sed non statum illum quem ius ciuile agnos-
 cat, cūm, vt dictum est, quòd ad ius ciuile attinet,
 seruus, nec statum nec caput habeat in ciuitate. Il-
 la verò iuris ciuilis propria diuisio est quòd & perso-
 narum liberarum quædam sint sui quædam alieni iur-
 27 ris. Nam & hæc & illæ statum in ciuitate habent, &
 is demum incerti status esse dicendus est qui cūm
 duplicem statum habere possit neutrum tamen ad-
 huc certum habeat, non qui cūm præsentem nul-
 lum habeat in eo tantum est vt aliquando habere a-
 liquem, eumque certum, possit. † Igitur vt totam
 hanc disputationem concludam, puto sententiam
 Pauli illam esse, differre filium exheredatum ab eo
 qui sit apud hostes testamenti tempore quòd exhere-
 datus obstat nepoti ne possit is præteritus rumpere.
 Captus ab hostibus si in eodem statu decesserit, non
 obstat, quamuis si ab hostibus reuersus esset, obsta-
 ret. † Differentia autem eam rationem esse quòd
 28 moriente auo pependit ius nepotis ex filio captiuo:
 non item ius nepotis ex filio exheredato. Hoc enim
 profus abscessum est, quia fieri nullo casu potest vt
 nepos quem pater præcedit testamenti & mortis
 tempore institui debuerit aut exheredari. Nam fic-
 ti nunquam potest nepos duorum simul testamenta
 rumpere, patris scilicet & aui, quia nec duobus si-
 mul agnasci suus heres potest, *l. si filiusfamilias. 33.
 §. final. de testamen. milit.* ita neque cogi vllō casu a-
 uus potest vt & filium & nepotem simul vel insti-
 tuat, vel exheredet. Sed quo casu filium instituere*

aut exheredare compellitur eodem licet illi nepotem
 præterire citra periculum vllum rumpendi per nepo-
 tem præteritum testamenti, *l. 4. §. 1. de cont. tabul.* Nisi
 eo solo casu quo in sui heredis locum viuo auo succe-
 dat nihil ei proderit quod ad causam testati pertinet,
 sed tantum quòd ad causam intestati, *l. filium. 20. §.
 videamus in fin. de bonor. poss. contr. tabul. l. 1. §. post suos de
 suis & legi. d. l. scripto. 7. vnd. lib. d. l. si quis filio. 6. de in-
 iust. rupt.* At nepotis ex filio captiuo ius non profus
 abscessum est, quamuis testamenti & mortis aui tem-
 pore filius adhuc viuat, quia fieri potest vt in eodem
 statu decedat. Quo casu eueniente apparebit fuisse
 nepotem hunc suum heredem & in primo gradu, ac
 proinde talem qui debuerit institui vel exheredari,
 quasi qui viuo auo in sui heredis locum successerit, *d.
 l. Gallus §. videndum.* † An ergo Pauli verba quæ
 29 huic interpretationi nullomodo conueniunt sic emē-
 dabimus? vt pro *filij* reponamus *nepotis* in illis verbis,
filij ius pependit. At hoc nimis est improbabile. Quid
 igitur? Pro *filius* lego *illius*, quæ dictio non nisi ad ne-
 potem referri possit de quo proxime dictum est. Na-
 tum verò errorem ex inscitia scriptoris non intelli-
 gentis veterem illum scribendi morem, Florentino
 præsertim librario familiarissimum nec vno loco
 iam à nobis superioribus libris obseruatum, vt si
 quas litteras repeti necesse sit, eas non nisi simplici,
 sed maiusculo tamen caractere notet, hoc modo
i. I. IVS P Enderit pro eo quod pluribus litteris
 scribendum erat, *illius ius pependit.* Vnde illud
 quoque factum conijcio vt Florentina lectio quæ
 vt plurimum aut verior aut vera proximior est non
filij ius habeat vt cætera, sed *filius* addita tantum
 litera F ab eo fortasse qui vocem *illius* vnica L. Scri-
 ptam nullique alteri dictioni respondentem nul-
 lius significationis esse existimabat. Cūmque nec
 intelligi illud posset quid significaret vox illa *PE-
 30 derit*, cœperunt alij & magis communiter, *legere
 repudauerit*, alij *repedauerit.* Alij denique, & ij so-
 li rectè, *pependerit*: sed cum ferre non possent ita le-
 gi, *filius pependerit* pro *filius* legere *filij ius* maluerunt.
 Atque ita per varios emendationum gradus transla-
 tum est ad filium quod de solo nepote dictum fue-
 rat, sicque deprauatus locus elegantissimus qui nisi
 eo quo diximus modo restituatur nec emendari nec
 intelligi vllomodo potest. † Nec est quod quis di-
 31 cat nihil referre an de filij, an de nepotis iure ea ver-
 ba intelligas, cūm etiam pendente iure filij nepotis
 quoque ius pendere necesse sit. Id enim si aliud nihil
 in textu esset admitti fortasse posset. Sed quod Pau-
 lus ait, *non abscessum vt superiore casu fuerit*, non admit-
 tit vt præcedentia de filio intelligantur, sed tantum
 de nepote: quoniam, vt dixi, filij exheredati ius per
 exheredationem non absconditur cūm non eò minus
 maneat suus heres obstatque nepoti, cui non obsta-
 ret si ius quod habet in familia patris abscessum esset
 per exheredationem, *d. l. illud notandum. 4. §. 1. de bo-
 nor. poss. contr. tabul. l. 1. §. si pater in potestate de coniung.
 cum emancip. liber. eius.* † Hoc ipso autem quòd filij
 32 exheredati ius abscessum non est fit necessarior vt ne-
 potis ex eo suscepti ius profus ex contrario abscon-
 datur auo moriente, hoc est vt nulla amplius spes sit
 nepoti rumpendi auiti testamenti propter præteritionē,
 quamuis nō eò minus sperare possit hereditatem ab
 intestato, vho illo casu quo filius ante aditam heredi-
 tatem decedat tum hereditas à scripto herede omit-
 tatur. At nepotis ex filio captiuo ius non est absces-
 sum moriente auo, quoniam speratur imò certum esse
 futurum vt si filius ab hostibus non redierit nepos

352

iam inde viuo auctore in sui heredis locum successisse primumque gradum occupasse intelligatur. † Nec mouet quod Corasius obijcit absurdum esse nepotē nec in sua nec in patris captiui esse potestate ex *l. vlt. C. de sent. pass.* Loquitur enim illa lex de filio deportati cuius longē alia quā captiui ratio est. Deportatus namque iura sua omnia penitus amittit cum ciuitate, nec quod à Principe restitui possit, ei interea quicquam prodest aut liberis eius nocet ne patria potestate soluti videantur, quoniam spes illa restitutionis nullo prorsus iure aut gentium aut ciuili sed mera Principis indulgentia nititur. Captiuus contra licet reuerā sit seruus hostium, habet tamen postliminij spem quā iura ipsius omnia in suspenso retinet nec omnino abrumpi patitur *l. illa institutio 32. §. 1. de hered. instit.* quā quoniam iuris gentium & ciuili constitutio est adeoque naturali æquitate subnixa *l. postliminium. 19. de captiu. & postlimin.* captiui iura conseruat hætenus ne omnino ea perdidisse videatur *d. l. penult. de suis & legu.* Eamque deportati & captiui differentiam nominatim tradit Paulus noster in *l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert.* quam & nos in superioribus pluribus & locis & verbis explicauimus.

CAPVT XIII.

Ad §. ille casus l. Gallus.

SVM MARIA.

1. Maximam dubitationem in casu d. §. hanc esse, an nepos etiam institutus rumpat testamentum.
2. Dicitur nepotis institutionem nec ad ius antiquum, nec ad primum legis Velleæ caput pertinere.
3. Cur nec ad secundum legis Velleæ caput dicta institutio pertineat?
4. Casum siue institutionem in d. §. propositam, ad legem Velleam per extensionem ex sententia Iuliani protrahendam esse.
5. Quadruplex mendum è contextu d. §. tollitur.
6. Quando sit locus secundo capiti legis Velleæ.
7. Verba illa d. §. nullo iure, ita restringenda esse, ut ius Prætorium excipiat.
8. Hotomanni emendatio ad dictionem, vtiliter in d. §. reijcitur.

Difficile non est ex superioribus intelligere quānam huius §. licet alioquin satis obscuri, sententia sit. Sed quemadmodum superiores loci ferè omnes malè vulgo ab interpretibus accepti sunt, vt docuimus, ita hic quoque minis feliciter explicatus est, quia & indiget emendatione. Proponit Scæuola nouum casum quem in difficili esse ait, id est in quo dubitari maximè potest, an nepos etiam institutus rumpat testamentum, quia neque ad ius vetus neque ad alterutrum legis Velleæ caput accommodari posse videatur, casus ille est, si filium habeas & nepotē nondum natum instituas, isq; nascatur viuo patre suo ac mox pater viuo te decedat: † nam si ius antiquū inspicias, id est quod Galli temporibus & ante legem Velleam obtinebat, non valet posthumi huius nepotis institutio, quia testatore viuo natus sit. Nunquam enim, vt diximus, permilla erat posthumi siue filij siue nepotis institutio, nisi cum id exigere videbatur necessitas sustinendi testamēti quā nulla suberat nato posthumo in vita testatoris qui nouum condendo testamentum sibi consulere poterat ne intestatus moreretur. Rursus nec ad primum legis Velleæ caput institutio hæc pertinet, quia lex illa primo capite de iis quidem posthumis locuta est qui viuo testatore

nascerentur, sed adiecit, si modo cum nascerentur sui futuri essent, §. sequenti parte s. hac leg. Hic autem de quo agimus cum tibi natus est non fuit suus, quia filius tuus idēque ipsius pater eum præcedebat. Suus autem esse non potest qui proximum gradum non obtinet *l. scripto. 7. D. und. liber. l. si filius familias. 33. §. 1. de milit. testam.* † Ad secundum verò caput multo minus, quia non posterior alius succedendo prohiberi videtur rumpere quā qui iam natus erat tempore testamenti: hic verò nondum erat natus. Et vt cum Scæuola dicam apertius superiore & priore capite lex permittit vt instituere liceat nondum natos qui cum nascuntur sui erunt, quod huic sanè non cōuenit qui nascitur alienus, posteriore capite non permittit institui sed vetat rumpi, id est facit ne ob eam causam minus ratum esset testamentum, quod nepos in filij locum succederet. Porro præcedere debet vt vtiliter sit institutus, id est, vt loquar more interpretum, præsupponit secundum caput legis Velleæ, vtilem præcedere nepotis huius institutionem: alioqui frustra caueret ne idcirco rumpere testamentum quod nepos succederet si alio respectu rumpere nepos tanquam præteritus, caueretque potius lex debuisset ne hic nepos ob id rumpere, quod esset præteritus quā ne ob id quod succederet. Atqui nullo iure institui potuit, vt diximus, qui testamenti tempore nondum natus erat. Non igitur ad secundum caput legis Velleæ referri potest ea institutio de qua tractamus. † Quod cum Iulianus præcipue inter prudentes famæ & autoritatis animaduerteret, subtiliter non minus quā audenter existimauit ad hunc quoque casum protrahendam legis Velleæ potestatem non tam per interpretationem quā per extensionem, commixtis scilicet quasi duobus capitibus legis, quoniam ex qua parte nepos hic viuo auctore nascitur videtur aliquatenus ad primum caput pertinere, ex qua verò iam natus succedit in locū sui heredis viuo testatore pertinet quodammodo ad secundū, & hæc Iuliani sententia, quāquam noua & audax, à cæteris tamen prudentibus facile recepta est tanquā necessaria fauore testamentorum, quæ alioqui in proposita specie necessario rumpentur. † In contextu illud primum mendum est quod veteres libri sic habent, *illic casus indifficilis est, cū legendum sit vt in Flo. in difficili*: quæ lectio ridicula facit glossam Accursij, qui, *in difficili*, interpretatur, *valde difficili*. Vnde & Bar. occasione sumit tractandæ per distinctiones præclaræ illius materiæ de syllaba, *in*, & quando augeat significationē dictionis cui adiungitur. Aliud mendum est in illis verbis, *nec posteriori alij*. Legendum enim est, *nec posterior alius succedendo prohiberi videtur rumpere*. Siquidem loquitur Scæuola de eo, qui cum non esset suus testamenti tempore postea factus est suus succedendo in locum sui heredis, posteriorem appellatus eum qui in prioris gradum succedit, quia fieri nequeat vt succedat nisi qui vno gradu posterior sit. Succedit enim priori. In eoque deceptus etiā est Accursius qui posteriori interpretatur, capite, scilicet secundo legis Velleæ, quāuis non negē tractatū hunc de eo qui in locū sui heredis succedendo prohibetur rumpere, ad posterius illud legis Velleæ caput pertinere. Tertium mendum est eo loco, *porro procedere debet vt vtiliter sit institutus*. Neque enim dubito quin legendū sit, *præcedere*, vt sensus sit is quē iam docuimus, non posse locū esse secundo capiti legis Velleæ quō cautū est ne succedendo rumpat is qui in priori locū succedit quin ponas præcedere vtile ipsius institutionem. Quomodo enim non rumpere is qui cum suus heres fieret præteritum se inueniret? *l. posthuminum. 13. de iniust. rupt.*

Qui vulgarem lectionem sequuntur putant Scæuolam in hoc versiculo respondere ad propositam quæstionem, quasi dicat, ne testamentum rumpatur procedere debere, id est admittendum esse vt valeat, quo nihil est ineptius. Non enim ad quæstionem respondet Scæuola nisi ex Iuliani sententia in versic. *Iuliano tamen videtur*. Et id agit potissimum vt doceat quam necessaria fuerit in hanc rem Iuliani subtilitas & autoritas vt huius nepotis institutio valeret quæ non solum ex primo capite legis Velleæ defendi non poterat quod erat apertius, sed neque ex secundo, vt supra explicauimus. Postremum mendum in eo est quod sequentia illa, *quod nullo iure potuit qui nondum natus erat*, & per parenthesis & cum interrogatione leguntur Florentiæ, cum tamen & sine interrogatione & vnico contextu legi debeant, quomodo & Antonius Goueanus legisse videtur. † Appendix enim illa est præcedentis rationis, vt appareat non posse ad secundum caput legis Velleæ hunc casum aptari, quia non sit ei locus nisi tunc demū cum is, qui succedendo rumpere prohibetur vtiliter sit institutus, vtiliter autem institui non potuerit hic qui nondum natus erat tempore testamenti: quod ipsum tamen sic intelligendum est, vt nullo iure institui potuerit nondum natus testamenti tempore, si modo postea viuo adhuc testatore natus esset non suus, id est neque ex lege 12. tabul. neque ex prudentum interpretatione, neque ex lege Velleæ. Alioqui constat ex iure antiquo, id est quod Galli temporibus obtinebat ex interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum potuisse institui posthumi suum siue filium siue nepotem qui post testatoris mortem nasceretur, ex lege autem Velleæ in primo capite etiam eum qui post testamentum viuo testatore, tamen si testamenti tempore alienus esset dummodo nasceretur suus. † Sunt autem verba illa tam generalia, nullo iure, ita restringenda vt ius Prætorium excipiat quo inductum sanè fuit vt alieni quoque posthumi institutio defenderetur in eoque omnes consentiunt ex §. *posthumo Inst. de lega. unct. l. Titius. 25. §. 1. s. b. t.* Nisi quis malit dicere sic fortasse Scæuolam scripsisse priusquam ius illud à Prætoribus inductum esset. Vix enim dici potest quod primum tempore inductum fuerit. † Illud certè prætermittendum non est, Franciscum Hotomanum pessimè hunc locum sic emendasse, vt pro, *vtiliter*, legat, *inutiliter*, ita loci elegantiam sententiāque totam malè peruertens. Quod verò in hoc §. Scæuola scribit legem Velleam secundo capite non permittere institui nepotem sed vetare rumpi, quam sententiā habeat, quia obscurius est malèque & Accursium & alios omnes veteres nouosque interpretes cruciauit, nos supra pluribus explicauimus. Ideoque nec hinc repetemus.

CAPVT XIV.

Ad §. vlt. l. Gallus.

SVM MARIA.

1. An, si nepos, de quo in §. ille casus, actum est, ante patris mortem sit emancipatus ab auctore, sponte adire possit aui hereditatem?
2. An is nepos aliquo tempore suus fuerit?
3. Certam instituendi nepotis formulam lege Velleæ præscriptam non esse.
4. An in lege Velleæ, verba illa, si suus heres esse desierit, quibus testator usus est, emancipationem comprehendant?
5. Vera quæstio d. §. vlt.

6. Cur necessarium fuerit Iuliani sententiā ad casum in h. §. propositum extendere.
7. Nepotem de quo in d. §. agitur, nec institutionis, nec cōpunitatis tempore suum heredem fuisse, & per consequens tanquam voluntarium non tanquam necessarium adire.
8. Quid operetur Iuliani sententiā in specie d. §. vlt?
9. Quæ sit in d. §. vlt. Scæuola sententiā?
10. An, & quando emancipatione siue mutatione personæ vitietur institutio?

Appendix † est hic §. eorum quæ proximè diximus de casu Iuliani. Nam cum recepta sit Iuliani sententia de duobus legis Velleæ capitibus commissendis vt valeat institutio nepotis qui nondum testamenti tempore susceptus postea viuo patre natus & eo subinde mortuo, adhuc viuo auctore in sui heredis locū successerit, dubitari potest si nepos hic ante patris mortem sit emancipatus ab auctore, an sponte adire possit aui hereditatem. Dubitandi rationem illam nostri adferunt, quod neque ad Iuliani casum videatur hic nepos pertinere, cum in sui heredis locum successisse dici non possit qui viuo patre de aui exiit potestate. † Qua ratione moti nonnulli putant necessario ponendum esse nepotem hunc aliquo tempore suum fuisse, quod vix aliter contingere possit quā si ponas viuo quidem patre natum, sed eò demum mortuo emancipatum. Alij fatentur quidem & longè cōuenientius verbis Scæuolæ, nil esse necesse vt hic nepos fuerit suus: sed mirantur tamen quomodo valeat institutio ipsius ante patris mortem emancipati, cum institutus fuerit, vt Bartol. loquitur, in sui tate, id est quasi suus, non quasi extraneus quilibet. Sed respondent non vitari institutionem emancipatione, quia testator iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non de emancipatione cogitasse videatur sed de morte tantum, vel deportatione vel seruitute. In quo duplicem vtrorum errorem animaduerto. † Priorem illam, quod putant lege Velleæ præscriptam hanc instituti nepotis formulam qua vt testatores necesse sit, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit tunc qui in locum eius succedit heres esto*. Quod nos iam satis suo loco refutauimus. Neque enim necesse fuit Velleo legem condenti per quā derogare potuit iuris scrupulositati formulam vllam præscribere quæ cautionem induceret ad validandam nepotis institutionem ne non iure facta videretur. † Sed & si ponas vsum testatorem iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non video cur non de emancipatione cogitasse testatorem dicamus perinde ac de cæteris casibus per quos desierit filius suus heres esse. Pugnātq; id apertissimè cū §. & quid si tantū s. vbi casus emancipationis hac parte cæteris cōparatur. Et verò si testator de casu emancipationis non cogitauit, tantò minus sane valere debeat institutio eius qui scriptus sit tanquā suus, cum post emancipationem nec suus sit, nec eius conditionis in qua testator admittere eum voluerit, qui de ea nequidem cogitauerit. † Alter istorū error est, quod putant de illo querere Scæuolam, vtrum huius nepotis institutio valeat, de quo tamen nec dubitandum existimat. Ponit enim pro constanti valere post receptam Iuliani sententiā. † Et magis ridiculi sunt qui Iuliani sententiā illam minus hoc casu necessariam esse dicunt, quod nepos hic viuo auctore emancipatus rumpere ipsius testamentum non possit, quia neque in sui heredis locum succedere: & ob id nec ad legem Velleam pertineat. Nam hæc ipsa ratio, quod ad legem Velleam non pertinet, facit vt eo inualidior sit eius

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

endum sit ex Iuliani sententia, quoniam suus fieri potuit, absurdum sit idem minus valere quod per emancipationem deserit in locum sui heredis posse succedere: & ob id solum rumpi testamentum, quod definit rumpi posse. Cæterum in illo etiam errant nostri toto cælo, quod ex hoc loco colligunt, emancipatione, aut, ut Antonius Goueanus loquitur, mutatione personæ non vitari institutionem. Id enim verum quidem est in nepote de quo hic loquitur & in filia, sed non in filio qui haud dubie cum emancipatur rumpit patris testamentum, etiam in quo fuit institutus, ut sequenti capite docebimus. Pertinet enim id quoque ad absolutam huius legis explicationem, tollendæque difficultates innumeras quas nostri imperitè excitant ad §. & quid si tantum supra quas nec possunt dissoluere.

CAPVT XV.

De differentia filij & nepotis in questione §. & quid si tantum l. Gallus & ad l. verum §. 1. de iniust. rupt.

SVM MARIA.

- 1 Emancipato nepote qui suus institutus fuerat, non vitari eius institutionem.
- 2 Filio qui institutus fuerat quum suus esset, postea emancipato, institutionem vitari, & rumpi testamentum.
- 3 An idem, quod heredis instituti persona quodammodo mutetur?
- 4 Cur non indistinctè verum sit, persona mutatione non vitari institutionem.
- 5 An iniquitatis aliquid habeat sententia eorum qui volunt superueniente filij institui emancipatione eius institutionem vitari?
- 6 Vera & genuina ratio superioris sententia afferatur.
- 7 De trina filij emancipatione eiusque effectu.
- 8 Cur vna eademque institutio filij sui heredis, & post testamentum a patre emancipati, non impediat quominus testamentum rumpatur, quum filius per remanicipationem de extraneo sit suus?
- 9 Dissimile esse eo casu filij remanicipati, & extranei post institutionem adoptati rationem.
- 10 De vera Vlpiani sententia in d. l. §. 1. c. 1. de Cuiacis.
- 11 Vlpianum in d. §. 1. de testamento ante emancipationem facto agere.
- 12 Revertitur Hottomanni ad d. §. emendatio, & interpretatio.
- 13 Quomodo fieri possit ut filio & nepote iuxta Aquiliæ formulam institutis, tum emancipato filio, valeat nihilominus testamentum?
- 14 Nepotem ex præscripto Aquiliæ formulæ institutum, substitutum dici non posse.
- 15 An in superioris questionis specie filius & nepos admittendi sint in vitiosas, ex edicto de coniungendis cum emancipato liberis?
- 16 Cur nepos ex testamento concurrere non possit cum emancipato filio succedente ex Prætoris edicto?
- 17 Quo pertinet edictum illud de coniungendis cum emancipato liberis?
- 18 Superiori questionis locum esse non posse in filio & nepote, secundum Gallis consilium institutis.
- 19 An eadem questio tractari possit in nepote & pronepote similiter institutis?
- 20 Cur in proposito specie locus esse non possit edicto de bonorum possessione contra tabulas?
- 21 Nepotis institutionem eo casu fieri irritam, & pronepote totum assem habere.

Emanci-

Emancipato & nepote qui fuerat institutus non vitari institutionem constat ex iis, quæ proximo capite diximus. Nam ut Scæuola scribit in §. ult. l. Gallus superueniens emancipatio nihil aliud inducit, nisi ut qui suus heres & necessarius futurus erat, fiat voluntarius. Similiter instituto seruo ac postea manumisso, nemo dixerit institutionem corrumpere propter manumissionem, quamuis hæc immutetur eius potestas ut non nisi voluntarium heredem faciat quæ alioqui necessarium factura erat. §. seruus autem a domino Instit. de hered. instit. Sed si filius qui institutus fuerat cum esset suus postea sit emancipatus, dico quod nescio an adhuc quisquam dixerit vitari institutionem, rumpique testamentum. Idque non obscure significari à Scæuola in §. & quid si tantum l. Gallus, ubi tractans de nepotis institutione facta in casum mortis filij, quaerit quid dicendum sit si filius non mortuus sit, sed deportatus, nec addit, vel emancipatus, sed de casu emancipationis tractaturus, qui hac parte deportationi simillimus est, statim loqui incipit de nepote, his verbis, quid si nepos ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset. Hoc verò cur ita? nisi ut doceat similem quidem esse deportationi emancipationem, quod sefellit interpretes, sed tamen eodem casu posse emancipationem locum facere questionem, quo agatur de nepote non de filio. Alioqui cur à filio ad nepotem transfret si filio quoque emancipato testamentum subsistere posse existimaret? Neque verò aut in tota l. Gallus, aut alio vilo iuris loco reperias pro firmo & valido haberi testamentum in quo sit institutus filius qui postea fuerit emancipatus. Verum ne ab interpretibus per tot secula id obseruari potuerit ex hoc factum est, quod diuersitatis ratione inter filium & nepotem in promptu non habuerunt, quæ certè nec tam facilis est ut statim possit occurrere. Nam si dicas filij institutionem ob eam causam vitari quod heredis instituti persona quodammodo mutetur cum per emancipationem extraneus fiat & de familia exeat is qui antea suus erat: parata contradictio est, eadem igitur ratione dicendum fore, nepotis quoque institutionem vitari cum is emancipabitur. Nam & is fit extraneus aliusque homo si iuris civilis fictionem subtilitatè que inspicias. Item institutio extranei qui post testamentum in locum sui heredis adoptaretur æque per adoptionem infirmaretur, quoniam & personæ mutatio fit & alius homo videtur qui ex alieno & extraneo fit suus. Et tamen constat nec agnatione nec successione sui heredis rumpi testamentum cum extraneus heres institutus vel adrogatur vel in locum nepotis adoptatur, l. filio. 23. §. 1. de liber. & posthum. l. si qui heres. 18. de iniust. rupt. Denique si mutatio personæ corrumpere institutionem, quis defenderet institutionem serui à domino instituti ac postea manumissi: quam tamen defendi diximus. Nam quæ, rogo, maior personæ mutatio esse potest quàm quæ contingit in persona serui manumissi, qui cum ante manumissionem caput nullum haberet in ciuitate, post manumissionem habere incipit? l. 3. §. ult. de capit. minut. Rursus si dicas generaliter, & indistinctè cum interpretibus mutatione personæ non vitari institutionem: erit tibi difficilior rationem illam inuestigare, cur ergo emancipatione filij rumpatur testamentum in quo filius ipse sit institutus. Hoc enim ratio mirabilis est, quod idem filius qui rumpit propter emancipationem non eo minus succedit quod sit emancipatus scilicet iure Prætorio accepta bonorum possessione non solum ab intestato Vnde liberi, sed etiam secundum tabulas, & quidem cum re, quan-

do nemo est qui euincere illi hereditatem ab intestato possit. l. posthumus. 12. §. 1. in fin. de iniust. rupt. Quin & contra tabulas si ponas aliud testamentum post emancipationem factum quo filius hic sit præteritus, & alius heres institutus, cor. tit. de bonor. possess. contr. tabul. An non igitur absurdus videtur ex mutatione illa quæ in filij emancipati persona contingit vitari institutionem, cum mutatio illa non faciat quominus patri filius hic succedat, etiam inuito, nisi talis sit quem pater iuste & pro suo iure possit exheredare? Deinde quid iniquius quàm nocere patri qui erga filium tam benè affectus fuit ut heredem eum instituerit, quod eum præterea emancipauerit? aut filio quod præter institutionem, emancipationis quoque honorem à patre acceperit? Ut vel ex eo maximè appareat non nisi mera iuris ratione & subtilitate niti differentiam hanc, quam esse dicimus inter filium & nepotem. Ratio alia meo iudicio quaerenda non est, quàm quæ ab Vlpiano innuitur in l. verum. 8. §. 1. de iniust. rupt. ubi scribit ille, filium cum emancipatur vel nepotem quia vna emancipatione exeunt de potestate, non rumpere testamentum. De filio, inquit, nihil exprimit. Sed appertum est quid in filio à contrario sensu inferri possit, eum scilicet cum emancipatur testamentum rumpere, quoniam non vna, sed trina tantum emancipatione exeat de potestate. An quod prima illa emancipatione quæ filium facit extraneum, cum antea esset suus, vitiet institutionem? Minimè. Alioqui perinde filia neposque rumpere, qui haud dubie post emancipationem æque pro extraneis habentur. Sed quia cum per primam eam emancipationem non exeat omnino filius de potestate necesse sit remanicipari illum patri, ut iterum ab eo manicipari possit, adeoque patri denuò remanicipari, ut tertiæ postremæque emancipationis locus fiat, per quam tota emancipationis solennitas absoluat. Porro per huiusmodi remanicipationes, sicut in plenam liberamque patris potestatem filius reuertitur, ita fit rursus suus, qui per priores duas emancipationes factus erat extraneus. Quis ergo miretur rumpi ab eo vel inuito patris testamentum, quæ sui heredis noui agnatione? Nec ad rem pertinet quod cum tractemus de filio post testamentum emancipato, reperiat ille se institutum, cum per remanicipationem de extraneo fit suus, arg. d. l. filio. §. 1. & d. l. si quis heres: quia cum fuerit institutus eo tempore quo erat instituendus necessariò tanquam suus, tota illa prioris institutionis vis & potestas hoc ipso absumpta est, neque in id usque tempus extendi & porrigi potest quo rursus fiat suus. Non enim fieri queat ut vna eademque institutio sufficiat duabus explendis solennitatibus, cum propter eam interruptionem suicitatis quæ contingit per emancipationem necessariò eueniat, ut quæ admodum filius iterum & ex nouo iure suus factus est, ita denuò & ex nouo illius suicitatis causa institui debeat. Nam & Vlpianus in d. l. verum. §. 1. non obscure significat futurum ut filia etiam instituta cum emanciparetur, rumpere testamentum, itemque nepos si non vna emancipatione exiret de potestate, quamuis eorum institutio non illi effectum habeat ne possit rumpere (quando quidem etiam præteriti rumpere, haberentque duntaxat ius accrescendi) sed tantum ne ius illud accrescendi habere possint cum ipsi sunt instituti. Nampe quia dici nequiret voluisse patrem præterire filiam aut nepotem quam vel quem ipse instituerit: eoque solo casu receptum est ut filia præterita vel nepos nec rumpant nec iniustum faciant testamentum quo appareat consultè eos à patre vel auctore præteritos fuisse. Propter quam causam illud quoque co-

ritutum erat in posthumis, ut si inter ceteros exheredarentur, legatum iis relinqui oporteret, ne per oblivionem potius prateriti quam mala mente exheredati viderentur. §. *posthumi. Inst. de exhered. liber.* Ergo multò minus institutio filij impedit ne rumpat, cum quod fuit antea institutum factum esse necesse sit, ne ab initio testamentum nullum esset ac iniustum. † In eoque dissimilis ratio est filij remanipati & extranei post institutionem adoptati. Nam extraneus institutus si per adoptionem fiat suus non rumpit, quia reperit se institutum, d. l. *filio. §. i. d. l. si qui heres.* Neque enim dicere potest se institutum ex necessitate qui ex mera testatoris voluntate institutus est, & ab eo à quo etià per oblivionem impune prateriri poterat tempore institutionis. Proinde nihil causæ est cur non ea institutio sufficere debeat implendæ solennitati, cuius interponendæ necessitas ex adoptionis accessione superuenit. Præsertim cum ex illa etiam institutione appareat filij loco habitum dilectumque illum, qui, tanquam filius iam tum fuisset, ita scriptus est posteaque in filij locum adoptatus. At filio instituto quem ab initio institui necesse fuit, non debet ea institutionis solennitas in aliam planèque necessariam causam facta ad nouam istam & superuenientem accommodari de qua nec magis cogitabatur testamenti tempore quam de ipsa emancipatione. Rumpitur ergo testamentum per filij etiam instituti emancipationem quasi agnatione sui heredis prateriti, quoniam vnica emancipatione non exit de patris potestate, remanipatus redit in patris potestatem. Non rumpitur per filix aut nepotis emancipationem, quoniam isti vna emancipatione exeunt de potestate. Hoc verò à veteribus illis interpretibus cognitum non fuisse minus miror. † Sed ferre non possum antecessores illos clarissimos Iacobum Cuiacium & Franciscum Hotomanum in eadem caligine versatos esse. Nam Cuiacius ad Vlpiani titulum 23 sic intelligit, ut si post primam filij emancipationem pater testetur, & filium praterat, testamentum rumpatur per eiusdem filij remanipationem: cum tamen nihil sit apertius, quam Vlpiani sententiam illam esse, quæ admodum diximus, ut testamentum etiam quod ante primam emancipationem factum est rumpatur per emancipationem. Idque euincit ipsa filij cum filia & nepote comparatio. † Etenim quod Vlpianus dicit filiam non rumpere testamentum haud dubiè intelligendum est de testamèto facto ante emancipationem. Sic enim scribit. *Filia cum emancipatur, non rumpit testamentum.* Siquidem frustra quæras an rumpat cum emancipatur, si nullum adhuc eo tempore sit testamentum. Et sanè ridiculum sit dubitare An testamentum quod post emancipationem filix factum est per eam rumpatur, cum post emancipationem sit illa prorsus extranea, & talis quæ nec institui debuerit, nec exheredari. Præter id quod si vel instituenda esset, vel exheredanda de vitio iniusti tractari oporteret, non de vitio rupti de quo tamen Vlpianus tractat. Atqui emancipatio filix vnica emancipatione absoluitur. Fatendum ergo est tractare Vlpianum de testamento quod ante emancipationem illam factum sit, & in quo filia ipsa fuerit siue ex asse, siue pro parte instituta. Cõsequenter vt recta sit comparatio inter diuersa, quod dicimus filium cum emancipatur rumpere testamentum, propterea quòd vnica emancipationem non exeat de potestate, non tantum de illo testamento accipi debet, quod inter medias emancipationes factum sit, sed de illo maxime quod ante primam emancipationem: & quod est consequens, non de testamento in quo prateritus sit filius, sed in quo fuerit institutus prius-

quam manciparetur. Alioquin non posset rumpi quod ab initio nullum & iniustum fuisset, l. 5. *de iniust. rupt.* † Hotomanus verò longe turpius in eo labitur quod putat Vlpiani verba non solum adedò perplexa esse vt explicari nequeant, verum etiam corrupta, & ita emendanda vt legamus, *Filia vel nepos, quia cum emancipantur, vna emancipatione exeunt de potestate testamentum non rumpunt.* Vt sit sensus, non tanta tamque arcta necessitudine filiam nepotemve à iure ciuili cum patre auòve constringi quanta filius familias patri. Idque ex eo constare quia hic tribus emancipationibus, illi vna duntaxat liberantur: Quare mirandum non esse si ius ciuile facilius filiam nepotemve prateriri potiat quam filium, quasi pater non tantum iis quam huic debeat. Quæro enim si rationem reddere Vlpianus voluit, quamobrem facilius prateriri possit filia vel nepos quam filius: cur tractat de rumpendo testamento, quando nec filius prateritus rumpit, sed iniustum facit? Deinde falsum est filiam aut nepotem numquam rumpere nec iniustum facere. Nam imò verò iniustum faciunt nullomodo sint exheredati, id est, ne quidem inter ceteros. Ruperent verò eo casu quo essent instituti ac postea emancipati si prima emancipationem non exirent de potestate: vt non obscure Vlpianus hic inuit, quoniam quod non rumpunt nec iniustum faciunt cum sunt exheredati inter ceteros, tum demum procedit cum eos consultò prateritos esse testator voluit, quod ipsum dici non potest iis institutis. Apparet enim ex institutione præcedente non fuisse testatoris voluntatem vt eam personam prateriret, quam instituit. Et tamen non posset ea institutio facere vt filia quæ per remanipationem iterum sua fieret proutiliter instituta haberetur: quasi consumpta prioris institutionis potestate in eam solennitatis causam quæ testamenti tempore requirebatur, vt nouæ solennitati explendæ sufficere nequeat. Nec certior alia eius rei probatio quærenda est, quam quæ ex illa Vlpiani ratione colligi potest, quia vna emancipationem exeunt de patris potestate. Esset enim profus inepta si non aliud dicendum Vlpianus putasset, ita quoque posito iure vt vna emancipationem filia neposve non exirent de potestate. † Ex his verò apparet non posse locum esse illi quæstioni quæ interpretes nostros tam malè habet, præsertim veteres ad §. *quid si tantum* (ex recentioribus enim pauci attingere ausi sunt.) Quomodo fieri potest vt institutis filio & nepote iuxta formulam Galli Aquilij tum emancipato filio, valeat nihilominus testamentum. Nam id vnum dubitationem illis facit quod ex vna parte ita ius esse putant vt emancipatio nunquam vitiet institutionem: quo admissio fateri coguntur, filium igitur qui priore loco sit institutus, & quidem solus, totam hereditatem ex testamento retinere debere, ex altera verò parte vident, per filij emancipationem nepotem non minus fieri suum heredem auo, quam si filius decessisset aut deportatus fuisset, cum æquè per emancipationem ac per mortem aut deportationem exeat filius de patris potestate. Proinde nepotem hunc ad aui bona ex suis iure admitti debere, & quidem ex testamento, si testamentum factum sit in quo non fuerit ille exheredatus: ideòque futurum vt successione in locum sui heredis rumpat testamentum ex quo non possit aui hereditatem consequi. Atque ita videntur ista implicare contradictionem vt filij institutio etiam post emancipationem valeat, & vt nepos tamen succedendo non rumpat. Nam si solum filium voces ex institutione, facias iniuriam nepoti qui & suus est & institutus in eum casum quo suus fieret. Si verò solum nepotem quòd solus sit suus, facias

facias iniuriam filio cuius institutio etiam post emancipationem tenet. † Bartolus quem ceteri ferè omnes sequuntur, casum hunc mirabilem esse ait, in quo emancipatio faciat locum vulgari substituto, quoniam, inquit, substitutio ista facta sit in iustitate. Perpetuo errore substitutum appellans nepotem qui ex præscripto Aquilianæ formulæ sit institutus, quod nos iam sæpius refutauimus in superioribus. † Alij contra Bartolum disputant, verè quidem id dici quod vult Bartolus præferendum filio nepotem ex testatoris voluntate, sed tamen pro filio illud facere quod etiam post emancipationem vocatur à Prætoribus ad patris bona tanquam filius rescissa per Prætorum capitis diminutione beneficio bonorum possessionis contra tabulas, l. 1. *et tot. tit. de bonorum possess. contra tabulas.* Itaque concludunt locum hunc fore edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius, vt filius & nepos simul admittantur in viriles. Quo tamen absurdius, meo iudicio, dici nihil potest. Primum quia generaliter proditum est institutis filio & nepote ex præscripto Aquilianæ formulæ fieri nunquam posse vt ambo concurrant cum sint duo gradus, nec aliter nepos ad hereditatem vocetur quam si filius admitti non possit, l. *cum in testamento. 37. de hered. instituend.* Neque est quòd casum hunc excipiamus tanquam singularem & de quo iuris autores minus cogitauerint. Quid enim Iuriscõsultorum temporibus erat frequentius quam vt filij familias emanciparentur? Vtquè eo modo potius quam per deportationem exiret de potestate? † Deinde, sicuti non potest locus esse edicto de coniung. cum emancip. liber. eius, nisi cum filius emancipatus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, cuius potestas haud dubiè illa est, vt in totum rescindat tabulas: ita fatendum est fieri non posse vt cum emancipato succedente ex Prætoris edicto concurrat vllomodo nepos ex testamento, alioquin eueniret vt eodem tempore ex testamento pro parte, & contra testamentum pro alia parte succederetur. † Et verò edictum illud de coniung. cum emancip. liber. eius, non tam edictum est quam noua Iuliani clausula & appendix quædam ad caput illud edicti quod est de bonorum possessione contra tabulas, sicque appellatur in l. *qui duos. D. de coniung. cum emancip. liber. eius:* neque eò pertinet vt cum nepote instituto coniungatur pater eius emancipatus beneficio bonorum possessionis contra tabulas, sed prorsus ex contrario, vt rupto per bonorum possessionem contra tabulas testamento aperta que intestati successione, in qua potiores sint filij emancipati partes, coniungatur ei nepos ne filius iure Prætorio totum auferat nepoti qui iure ciuili totum etiam ab intestato habere deberet. Cæterum commissio edicto per filium, succedit nepos eodem iure quo filius, id est, beneficio bonorum possessionis contra tabulas, tamen si fuisset institutus: vt ridiculi sint qui defendunt etiam ex testamento locum esse edicto. Perinde enim est ac si dicerent rupto quoque testamento per contra tabulas adhuc succedi ex testamento posse. † Debuerunt ergo dicere interpretes, non posse locum esse quæstioni in filio & nepote secundum Galli consilium institutis, quia filio instituto post testamentum emancipato testamentum ruptum sit, factusque locus successioni intestati & consequenter edicto de coniung. cum emancip. liber. eius, cui, vt proximè dixi, non nisi ab intestato locus est, sed tamen nondum sublata dubitatio est. † Quod enim nostri malè tractant in filio & nepote, & tractari rectè potest in nepote & pronepote similiter institutis. Nam cum nepotis institutio non vitietur per emancipationem, & ea tamen emancipa-

tio sicut pronepote suum heredem proauo facit, ita faciat locum institutioni pronepotis, difficile est dicere vter ad hereditatem admitti debeat, neposne ex Prætoris edicto, de *con. tabul.* an pronepos ex testamento, an potius vterque in viriles ex noua illa clausula de coniung. cum emancip. Neque enim dubitandum est quin edictum de bonor. possess. contra tabul. habeat locum in nepote emancipato ex filio præmortuo, itémque noua clausula, ad coniungendos cum eiusmodi nepote pronepotes in familia retentos. † Verum respondendum est, ni fallor, non posse in proposita specie locum esse edicto de bonorum possessione contra tabulas, nec consequenter huic quæstioni: pertinet namque edictum illud ad emancipatos prateritos, & ad testamenta eaduntaxat quæ facta sint post emancipationem, non ad emancipatos institutos, aut ad testamenta ante emancipationem condita. Hic autem agimus de emancipato instituto, & quidem in eo testamento quod factum fuerit priusquam emanciparetur. Itaque nulla causa est propter quam Prætor se imponere debeat vt testamentum rumpat quod iure ciuili valet. † Nec obstat quòd nepos hic quanquam institutus ante emancipationem, excludatur tamen per pronepote propter emancipationem iuris ciuili rigore inspecto: Prætori autem propositum esse, vt caueat ne quid damni in patris successione filio aut nepoti per emancipationem inferatur: imputare enim sibi debet nepos qui cum esset institutus sub ea quodammodo conditione, si suus maneret, alio, scilicet pronepote instituto si nepos suus heres esse desineret, maluerit emancipari & sui heredis locum filio suo eidemque testatoris pronepotirelinquere. Nemo enim inuitus emancipatur: quia emancipatio beneficium est quod in inuitum non confertur. Et sanè iniqui vult fauore emancipati iudicia euertere cui nihil imputari possit, & qui nepotem instituerit eo tempore quo instituere debebat, eundemque postea non nisi volentem emancipauerit, magis quam si nepos hic institutus fuisset sub conditione si Capitolium non ascenderet: & is ascendere maluisset, tumque emancipatus peteret succurri sibi per bonorum possessionem contra tabulas. Eo solo prætextu quòd amplius ex testamento admitti non posset. Denique frustra Scæuola in d. §. & quid si tantum de illo quæreret, an sustineatur testamentum in quo nepos proneposque ex Aquilij consilio instituti sint, nepote postea emancipato, si ita ius esse putasset vt per bonorum possessionem contra tabulas testamentum rumpi posset, aut vt nepos etiam post emancipationem ex institutione succederet. Neque enim ignorauit Edictum Prætoris aut clausulam Iuliani, de quo etiam loquitur in §. *ille casus. §. vlt.* Cessante autem Prætoris Edicto consequens est, vt nepotis institutio per emancipationem, non quidem vitietur, sed fiat irrita quasi defecta conditione aut potius quasi inducens conditionem sub qua pronepos fuerat institutus, ipseque nepos exclusus. Ne fiat contra voluntatem si pronepos totum non habeat quem ex asse proauis heredem scripserat in eum casum quo fieret suus, arg. l. *verbis. 7. de vulg. & pupill. subst.* Atque ex his tandem absolutus maneat tractatus eorum omnium quæ pertinent ad legem Gallus. *Lans Deo.*

CAPIT. XVI.

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

SUMMARI A.

1. Duplicem quæstionem in d. l. proponi.

- 1. *Responsionem Marcelli ad priorem questionem in dict. l. propositam, quid sc. iuris exheredatus habeat, qui nepotes heredes scriptos suscepit?*
- 2. *An Marcellus exheredatum duntaxat excludere voluerit, an etiam exheredati liberos?*
- 3. *Quid in dicta questione Accursium caterosque interpretes fecerit?*
- 4. *Tolluntur e dict. l. 3. verba illa, post emancipationem susceptis.*
- 5. *Quando filius emancipatus & exheredatus obstat nepoti in aui familia retento & instituto?*
- 6. *Occasio introducendi edicti de coniungendis cum emancipato liberis.*
- 7. *Emancipatum, quod ad bonorum possessionem contra tabulas, de qua in d. l. 3. agitur, siue institutus sit, siue exheredatus, nepotibus liberis suis obstat.*
- 8. *Non esse hac parte separandos nepotes post emancipationem susceptos, ab iis qui iam ante suscepti erant.*
- 9. *Ratio cur verba illa, post emancipationem susceptis, e d. l. sublati sint & Accursij ad ea interpretatio.*
- 10. *Per vocem solus in d. l. 3. nepotem ex filio emancipato & exheredato a bonorum possessione contra tabulas excludi.*
- 11. *Quid Accursium in interpretatione superioris dictionis deceperit?*
- 12. *Ius triplex de bonorum possessione contra tabulas in d. l. 3. a Marcellis proponi.*
- 13. *Ex vetere edicto de bonorum possessione contra tabulas filium emancipatum omnimodo nepotes ex se susceptos excludere.*
- 14. *Quando ex nouo edicto filius emancipatus nepotem excluderet, vel nepos cum eo coniunctus fuerit?*
- 15. *An si pater exheredatus fuerit, nepotes patrio praterito iungantur?*
- 16. *Ad quos pertineat Antonini constitutio qua tertium ius induxit?*
- 17. *Marcellum in d. l. 3. de his tribus iuribus respondere.*
- 18. *Cur in specie dicta legis nepoti in potestate retento danda sit ex nouo edicto bonorum possessio contra tabulas?*
- 19. *Accursij interpretatio ad illa verba, d. l. 3. idque ei praterito praestari oportebit.*
- 20. *Illis verbis Marcellum respondisse ad secundam questionem, quid sc. iuris sit, si emancipatus, ex quo nepotes nati erant, prateritus sit?*
- 21. *Quis sit eorum verborum sensus?*
- 22. *Quid in secunda questione iuris sit ex Antonini constitutione?*
- 23. *Patrium & ambos nepotes in proposita specie admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, sed singulos alio & alio iure.*
- 24. *Ex quo iure nepos suus cum patrio praterito ad bonorum possessionem contra tabulas admittatur?*
- 25. *Qui duo filios habebat alterum ex his emancipauit, nepotem in potestate retinuit, emancipatus filium sustulit & a patre exheredatus est. Alius frater aequè emancipatus, prateritus fuit, nepotes autem ex priore emancipato eodemque exheredato instituti. Quaesitum est apud Marcellum quid de possessione iuris esset. Rursum quid interesset si emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati, non exheredatum, sed prateritum poneremus. Duplex igitur quaestio est: vna quid iuris exheredato filio qui nepotes istos heredes scriptos suscepit: altera, quid eodè filio, non exheredato, sed praterito. Ad priorem sic Marcellus respondet, si filium retento ex eo nepote emancipauerit, & emancipatus procreauerit filium, & heres uterque nepos institutus fuerit pater eorum exheredatus a-*

lius filius prateritus, solus filius prateritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit. Si solus, Ergo nec frater exheredatus petere poterit, nec nepotes ex fratre exheredato suscepti, quamuis instituti. De hoc ipso enim quaerebatur An solus ille filius prateritus admittendus esset ad bonorum possessionem contra tabulas. An etiam cum eo nepotes ex fratre exheredato heredes scripti. Nam de exheredato dubitare nemo, nisi stultus, poterat, cum esset iuris certissimi & indubitati, exheredatione notatos liberos & remotos ad possessionem contra tabulas non esse admittendos, solumque iis superesse auxilium querelæ inofficiosi testamenti, si immerenter sint exheredati, l. nō putauit. 8. in princ. & §. non quauis. l. si post mortem. 10. §. exheredati de bon. poss. contr. tab. Quod cum ita sit, ridiculus mihi videtur Accursius qui dictionem illam solus sic interpretetur, vt exheredatum duntaxat excludere Marcellus voluerit, non etiam exheredati liberos. Quasi verò si tam ineptus erat qui Marcellum consulebat vt de exheredato quoque dubitaret, non dubitauerit idem ille multò magis de liberis exheredati. Quin & ratio illa quam statim Marcellus subiicit, exheredatus enim obstat filiis suis. An non probat manifestissime Marcelli mentem illam esse cum admittit solum filium ad bonorum possessionem contra tabulas, vt non tam exheredatum quam liberos ipsius excludat? Siquidem ad solos liberos excludendos ratio illa pertinet, potius quam ad excludendum patrem, qui si exheredatus non esset, sed institutus aut aliter admittendus, non eò minus, imò tantò magis filiis obstat, l. i. §. qui habebat & §. filium & pass. de bonor. poss. contr. tab. l. i. §. si pater in potestate hoc tit. de coniung. cum emancip. liber. eius. Fecellit Accursium caterosque interpretes quod apud Marcellum sequitur: nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet. Putant. n. futurum vt is vericulus pugnet cum precedentibus si praecedentia sic intelligantur vt exclusus exheredati liberis solus prateritus accipere debeat possessionem. Sed scrupulum hunc facile tollemus: si prius monuerimus, quod alioqui per se euidentissimum est, interpretis esse, & quidem imperitissimi, verba illa intermedia, post emancipationem susceptis. Nam proculdubio exheredatus filius siue in potestate manens siue emancipatus obstat filiis suis, siue ante siue post emancipationem susceptis. Si ius ciuile inspicias filius in potestate manens & exheredatus obstat nepotibus ne viuo se fieri possint sui heredes auo, praterquam in casu singulari, l. si quis filio. 6. de iust. rupt. l. scripto. 7. vnd. liber. l. i. §. sciendum de suis & legit. quoniam exheredatio non tollit ius suutatis vt docuimus supra. Emancipatus autem non obstat quidem nepoti ante emancipationem concepto, & in aui familia retento, quia pro nullo aut extraneo habetur qui emancipatus est, nepos autem hoc ipso quod in locum sui heredis successit, suus heres factus fuit. Sed cum Praetor rescissa emancipatione eandem ratione habeat emancipatorum ac si in potestate mansissent, d. l. non putauit. §. v. l. cum emancipatus. 12. §. si pater & §. vlt. de bonor. poss. contr. tab. euenire necesse est vt emancipatus perinde obstat filiis suis siue ante siue post emancipationem susceptis, atque si mansisset in familia. Vnde fiebat ex vetere Praetoris edicto & antequam Iuliani autoritate additum esset caput illud de coniung. cum emancip. liber. eius. quam Marcellus hac lege nouam Iuliani clausulam appellat, emancipatus solus veniret ad bonorum possessionem contra tabulas & nepotes qui in potestate manserant, tanquam vno gradu remotiores prius excluderet. Id enim fuit quod necessariam fecit Iuliani clau-

ni clausulam hac vna aequitatis ratione subnixam, quòd iniquum esset nihil habere nepotem qui licet vno gradu remotior, attamen totum iure ciuili erat habiturus, l. i. §. i. & §. emancipatus. 13. hoc eod. tit. Ergo quod ad bonorum possessionem contra tabulas pertinet, de qua hic Marcellus quaerit, sitendum est emancipatum obstat liberis suis nò solum si institutus sit, sed etià si exheredatus, quia facit semper vt nepos sit vno gradu remotior: facit autem non tanquam exheredatus, sed tanquam filius. Nec quod a successione repellitur inducere potest ne obstat. Nam & iure ciuili filius in potestate manens, iustèque exheredatus omnino a successione excluditur, neque tamen eò minus obstat nepoti. Neque rursus mouere debet, quod Vlpianus scribit in l. i. §. si pater emancip. verf. sed & si pater hoc tit. in eadem, vt videtur, specie exheredatum pro mortuo habendum: id enim quomodo accipi debeat iam docuimus supr. Ita nimirum vt cum de nouo isto Edicto agitur quod est de coniung. cum emancipatis liber. eius, pater exheredatus pro mortuo habeatur, quia nec nepoti iungi potest, cui iungeretur, si non esset exheredatus, sed prateritus, nec proinde impedire quominus nepos cum patrio concurrens aequè semissem auferat ac si patrem non haberet. Ceterum ratio nulla est propter quam separadi sint hac parte nepotes post emancipationem ab iis qui iam ante suscepti erant, siue exheredatum nepotibus obstat dicas siue non obstat: nisi cum de nouo Edicto agitur, quia nepoti post emancipationem concepto nunquam subuenitur, d. l. i. §. si pater in potestate hoc tit. id est nunquam ille aut patri aut filio propter patrem iungitur, cui ex propria persona iungi non possit. Et verò non sic Marcellum scripsisse vt vulgò legitur, emancipationem susceptis, ex eo constat quod in proposita specie vnus tantum ex nepotibus post emancipationem susceptus proponebatur, alius verò ante emancipationem, ideòque in familia retentus. Quare & Accurs. ipse post Azoneum cogitur verba illa in plurali numero prolata ad singularem restringere, sicque interpretari, filijs, id est, filio, quod quam stultum sit nemo non videt. Pone enim sic Marcellum scripsisse, solus filius prateritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit: exheredatus enim obstat filio suo post emancipationem suscepto. Quid, obscuro, ineptius dici posset, si sic intelligeres vt alteri nepoti in potestate retento eadem bonorum possessio dari deberet? Debuerat enim secundum hanc interpretationem sic potius scribi, soli filio & nepoti in potestate retento bonorum possessio contra tabulas, &c. nò quomodo scriptum est, solus filius. Atqui, inquires, statim sequitur apud Marcellum, nepote tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet. Et hoc vnum nimirum est quod sicut Accursium caterosque omnes fecellit in interpretatione dictionis, solus, ita & nostrum hunc interpretem vt verba illa qua tollimus adiicienda existimari. Obseruare verò vterque debuit Marcellum consultum quid iuris esset, in proposita quaestione de triplici iure respondere. Triplex enim hac parte ius fuit. De bonorum possessione còtra tabulas. Primum, ex vetere edicto quo Praetor bonorum possessionem contra tabulas liberis omnibus pollicetur siue prateritis, siue institutis, alio tamen edictum committente propter prateritionem, dummodo non exheredatis. Secundum ex nouo edicti capite & Iuliani clausula De coniung. cum emancip. liber. eius. Tertium ex Diui Pij constitutione, De conseruanda virili portione illi ex liberis qui neque ex vetere edicto vocari possit, neque ex nouo iungi: quare Iuliani etiam sententia primò fuit l. filium. 5. §. sed & seporio, cum legib. seqn. de legat.

praest. l. vlt. hoc tit. Ex vetere edicto fit, vt filius emancipatus excludat omnimodo nepotes ex se susceptos siue institutos, siue prateritos, inique obstat licet in aui familia retenti sint ac si post emancipationem suscepti essent, quoniam vt dixi, capitis diminutionem rescindit Praetor, eodemque loco emancipatum habet ac si non esset emancipatus. Nec ad rem pertinet quod idem emancipatus sit exheredatus. Nam licet eò casu non admittat illum ad possessionem contra tabulas, quia nec iure ciuili turbaret iniustumque faceret patris testamentum, cum tamen perinde habeatur pro non emancipato ac si exheredatus non esset, confestim exheredatione, atque obstatet ciuili iure etiam post exheredationem. Ob idque si de inofficioso testamento conueniri velit dat ei Praetor bonorum possessionem litis ordinandae gratia, vt ostendat non habere se illum pro extraneo, l. posthumus. 6. §. vltim. l. Papinianus. 8. in princ. de inoff. testam. Ex nouo autem edicto efficitur vt emancipatus filius, siue institutus, siue exheredatus, siue prateritus, non obstat nepoti ex se in familia retento, sed si quidem prateritus sit instituto nepote aut contra institutus eodem nepote praterito, coniungantur ita vt vel totius hereditatis vel eius partis quae totam filium emancipatus, ex vetere edicto habiturus erat, dimidiam filius, reliquam nepos accipiat, d. l. i. hòc tit. de coniung. cum emancip. liber. eius. §. si pater natus. 13. de ventr. in possess. mittend. leg. si quis ex his. 5. D. vnd. liber. Nec solum patri coniungitur nepos, sed iis etiam cum quibus pater ipse admittitur, licet alioqui nepos solus & ex propria persona concurrere non potuisset. Neque enim fieri potest vt nepos patri coniungatur, quia iis quoque iungatur omnibus quibuscumque pater iungitur, sed hoc ipsum tamen ita vt ne alterius conditio deterior cuiusquam fiat praterquam patris. Vt ecce, in proposita specie, si vterque filius emancipatus prateritus esset, nepotes cum patre semissem bonorum haberent, alium semissem patrius, qui nec plus erat habiturus, etiam si nepotes non concurrerent. Quid ergo si pater nec prateritus fuit nec institutus, sed exheredatus? Iam dictum est non posse nepotes iungi patri. An igitur nec patrio iungentur? Consequens id videtur, ne plus ex patris persona nepotes habeant quam pater ipse habere possit: sed tamen non ita est. Postquam enim placuit nepotem in potestate retentum iungi patri praterito, & absurdum & iniquum fuerit duriorum ipsius conditionem fieri ob id solum quod pater sit exheredatus. Ita namque fieret vt exheredatio patris noceret nepoti, cum ex contrario ita positio iure vt nepos admittatur, nulla fiat iniuria aut patri qui est exheredatus, aut patrio, de cuius portione nihil diminuitur. d. l. i. §. si pater emancipatus, verf. absurdum hoc tit. Antonini autem constitutio, qua tertium ius induxit ad eos solos pertinet qui cum sint ex liberis, tamen neque ad bonorum possessionem contra tabulas vocantur ex edicto vetere, neque patri iunguntur nouo, quibus tamen cum sint instituti & ex liberis aequissimum visum est conseruari virilem portionem: His igitur sic explicatis, dico Marcellum, de iure consultum, de omnibus his tribus iuribus respondere sic quid pratermittere videatur: Ac primò ex vetere edicto solum filium institutum in proposito bonorum possessionem contra tabulas petere posse, id est nec exheredatum fratrem nec nepotes ex eo susceptos, nec proinde eum, qui in potestate retentus fuit, magis quam eum qui post emancipationem susceptus. Ex edicto autem notio danda est nepoti in potestate retento bonorum possessionem scilicet contra tabu-

ANTONII FABRI

360

las, propter id caput edicti, inquit Marcellus, quo à Iuliano introductum est, id est, ex noua clausula. Sic enim paulo post subiicit, interiecta tantum ratione vna quæ ostendit tantò clariùs non debuille isti nepoti retento in potestate dari bonorum possessionem, antequam nouum illud edictum conscriptum esset. Ratio namque illa est, quoniam si pater eius emancipatus præteritus esset simul cum eo bonorum possessionem accipere possit propter id caput edicti, &c. nec debet esse deterioris conditionis quia pater exheredatus est. Quæ ratio profus nulla est, si noui Edicti potestatem tollas. † Quod autem sequitur, idque ei præterito quoque præstari oportebit, malè etiã idem hic noster Accursius sic intelligit, vt si nepos in potestate retentus præteritus sit, ei soli dari possit bonorum possessio. Nam in proposita facti specie fieri nullo casu potest vt soli nepoti qui mansit in familia possessionem dari oporteat. Cur non enim & patruo quem præteritum ponimus ac primo gradu constitutum multò magis dari debeat? † Igitur dicendum est his verbis respondere Marcellum ad secundam quæstionem quam initio diximus propositam fuisse in illis præcedentibus, & quid intersit si emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati præteritum esse ponamus, ne aliqui fatendum sit, quod non fuerit improbable, manere illà indecisam. Nihil enim est in sequentibus quod ad eam pertineat dubitationem. † Sensus autem est, siue præteritus, siue exheredatus sit filius ex quo nepotes suscepti sunt, perinde dandam bonorum possessionem nepoti in potestate retento, non quidem ex vetere edicto (pater enim etiam exheredatus nepoti obstat ex illa parte vt diximus) sed ex noua Iuliani clausula. Quod fanè Accursius non ignorasset si dictionem præterito non accepisset in datiuo casu, quod fecit propter præcedentem articulum ei, sed in ablatiuo, quomodo accipere debuit subintellecta dictione patre, de quo proximè fuerat locutus. Ex his verò si aliud nihil esset apud Marcellum, inferri posset, excludendum prorsus alium nepotem post emancipationem susceptum vtpote qui neque ex vetere, neque ex nouo edicto admitti possit. Idque aperte Marcellus scribit, cum ait, sed fratris eius qui post emancipationem natus est, diuersa conditio est. † Verum concludit tandem Marcellus, huic quoque conseruandam portionem suam ex Antonini constitutione, & quidem vsque ad virilem partem, id est ad eam vsque portionem quæ portioni ad alium nepotem in potestate retentum pertinenti respondeat, cum quo ex æqua parte fuerat institutus. † Ita fit vt in proposito & patruus præteritus, & nepotes ambo tam qui post emancipationem suscepti, quam qui in familia retentus est admittitur, sed singuli alio & alio iure. Patruus ex vetere edicto solus admittitur, excluso fratre exheredato, exclusis item vtriusque nepotibus. Nepos in potestate retentus admittitur ex nouo edicto, & quidem solus. Non quòd non còcurrat cum patruo, cum quo etiam pater si exheredatus non esset, concurreret: sed quia edictum illud non coniungit fratris filium patruo, vt nec fratribus post emancipationem susceptis, ac soli patri: cui tamen hic iungi non potest, propter patris exheredationem. Nepos denique post emancipationem susceptus solus admittitur ex constitutione Antonini: non quòd totam hereditatem habere debeat, sed quia & patruus & frater in potestate retentus suam quisque portionem alio & proprio iure consequuntur. Solus filius exheredatus de quo ne quidem dubitatur, propter exheredationem omnino excluditur, qui si præteritus esset concurreret cum nepote in familia retento. † Cæterum quemadmodum sic Mar-

cellus in fine legis loquitur, vt diuersam esse dicat conditionem nepotis post emancipationem suscepti, ac si nihil aut minus dare illi vellet, quam nepoti qui mansit in potestate, quia nihil ei ex noua clausula dandum est, cui tamen mox subiicit dandum esse tantundem, sed alio iure: ita nec mirum videri debet quòd initio responsi dixerit solum filium præteritum petere posse còtra tabulas excludendi vtriusque nepotis gratia, scilicet à beneficio veteris edicti, & nihilominus statim subiiciat dandam nepoti suo bonorum possessionem, scilicet ex alia causa, nouaque Iuliani clausula. Nam & id verba ipsi probant. At quoniam postremis huius responsi verbis quibus virilem portionem dat Marcellus nepoti post emancipationem suscepto, solet obiici lex vlt. huius tituli, quæ tantò difficilior est quantò còrruptior, superest vt de illius quoque sententia & emendatione videamus.

CAPVT XVII.

Ad l. vlt. eiusd. tit.

SVM MARIA.

- 1 Speciem huius legis cum ea conuenire, quam Marcellum in fine l. 3. suprius explicatæ tractat.
- 2 In quo dissimilis sit hæc species superiori?
- 3 Quid ex vetere Prætoris Edicto filio præterito competat, si post emancipationem nepos ex eo susceptus fuerit?
- 4 Vtrum tertia, an quarta pars ex Antonini constitutione dicto nepoti competat?
- 5 Duobus argumentis probatur quartam duntaxat portionem dicto nepoti deberi.
- 6 Quid significent verba illa d. l. vlt. an ergo nunc in seiscunciam, &c.
- 7 Duplex emendatio dictionis seiscunciam.
- 8 A quibus verbis Tryphoninus ad propositam questionem respondere incipiat?
- 9 An in versiculo, dico vnam quartam, &c. alia & noua species proponatur?
- 10 Reijciuntur Accursij & Bartoli ad dictam legem interpretatio.
- 11 Marcellum cum Tryphonino optimè conuenire.

A Commodatè † post superioris legis explicationem de hac subiiciemus. Inde enim Tryphoninus incipere videtur, vbi Marcellus finem fecerat, si post emancipationem filij, inquit Tryphon. susceptus ex eo fuerit nepos, conseruanda illi erit portio. Hoc ipsu est Marcellus tractans de nepote ex filio emancipato post emancipationem suscepto his verbis scripserat, conseruanda est tamen & illi ad virilem partem hereditas. Nisi quòd virilem partem conseruandam esse Marcellus non dubitat, Tryphoninus autem de eo ipso quærèdum existimat cum ait, sed quanta videamus. Finge, inquit, patruo scripto heredi coheredem datu hunc nepotem, Patrem autem eiusdem præteritum accepisse contra tabulas bonorum possessionem. † Dissimilis est species hæc superiori in eo quod ponit patruum institutum, què Marcellus præteritum posuerat. Sed hoc ad rem non pertinet, quia siue præteritus sit siue institutus, semillem tantum bonorum habere potest, fratre alio siue instituto siue præterito concurrente pro alio semisse. Sed quod ponit, patrem huius nepotis fuisse præteritum, diuersum ius inducit ab eo quod esset si poneret exheredatum, vt in priore Marcelli specie. Nam, vt dixi proximo capite, exheredatus filius neque admitti potest ad bonorum possessionem contra tabulas, neque iungi filio, neque impedire quo minus filius idemque nepos cum patruo concurrere tantum auferat, quantum si exheredatus ipse mortuus esset. Verum conuen-

nit hoc secundæ speciei à Marcello tractatæ: in qua docuimus filio præterito iungi nepotem in eodem semisse, alium semillem ad patruum pertinere. † Respondeat autem Tryphoninus, Quod ad Prætoris edictum atinet semisses bonorum sunt. Intelligi, quorum vnum ferret patruus institutus, alterum proter præteritus. Vterque autem per bonorum possessionem contra tabulas, fratre præterito, Edictum committente. Edictum verò hic intellige Vetus. Nouum enim nunquam iungit fratrem fratri, sed tantum patrem filijs. Ac proinde inter fratres nouo edicto nunquam locus est. Multò minus in fauorem nepotis post emancipationem suscepti. Nam huic neque vetus, quia pater siue præteritus siue institutus, non tamen est in familia, l. i. §. si pater in potestate versio, toties hoc tit. † Nunc verò, inquit, post constitutionem Diui Py. si conseruatur pars nepoti, vtrū virilis an quarta pars debeat seruari. Virilem intellige tertiam vt & Accursius rectè interpretatur, cum duo fratres essent quibuscum nepos iste còcurreret. Quæstio igitur in eo est, Vtrum tertia an quarta tantum pars conseruanda sit. De seiscuncia aut alia parte non quærit Tryphon. quia vel tertiam vel quartam nepoti isti deberi necesse est. Tertiam si virilis debeatur: Quartam si ea quæ ad ipsum pertineret si ex edicto admitteretur. † Probat autem non nisi quartam deberi duobus argumētis. Primum est, nam si in aui natus potestate fuisset coniungebatur in vna partem cum patre suo. Sensus est, si nepos hic quem ponimus susceptum fuisse post emancipationem natus fuisset ante emancipationem, & in aui potestate, iungeretur patri suo ex edicto nouo in vnam partem, id est in vnum eundemque semillem. Alius enim semis ad alium fratrem pertineret sicuti si cum fratre solo succederet. Siquidem nihil eius interest an fratris filius cum patre iungatur necne. Ita ergo fieret, vt nepos hic in familia retentus quartam duntaxat non tertiam haberet. Aliud argumētum est. Et proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui. Id est, non solum hunc quem ponimus fuisse natu in familia & potestate aui, sed alium æquè natum ex eodem filio & in eiusdem aui potestate. Duo, inquit, vnam quartam habituri erant, id est, tam qui reuera natus est in familia quam is de quo per hypothesein sic agimus ac si in familia quoque susceptus esset. Atque ita singuli habent seiscunciam, patre eorum accipiente còtra tabulas bonorum possessionem. Ad diu in textu, si fuissent in aui potestate. Nepe quoniam alioqui non ambo coniungerentur cū patre, sed is solus qui esset in potestate. † Sequitur apud Tryphon. An ergo nunc in seiscunciam tuendus sit qui non in familia retentus est? Hic verò fateor ingenuè me nō intelligere cur de seiscuncia loquatur. Non. n. de seiscuncia quærebat, sed an virilis deberetur, id est tertia an quarta? Neque verò fieri potest vt seiscuncia vllomodo debeat nepoti qui solus est. Nā si haberet fratrem etiam in familia retentum, nihilominus seiscunciam consequeretur. Plus ergo ferre debet cū solus est. Et quod Tryphonin. proposuit eam specie in qua sint duo fratres instituti, nō eò pertinet vt ne plus habere hic debeat cū solus est quam haberet fratre concurrente, sed vt notū plus habeat solus quam fratres ambo essent habituri. Id. n. per absurdū esset. Sicut nec prior Tryphonini ratio concludit eandem esse debere conditionem nepotis huius post emancipationem suscepti quæ esset si in potestate mansisset (ita namque sequeretur perinde admittendum eum fore ex nouo edicto, quod euidenter falsum est) sed eò spectat vt intelligamus absurdum fore si plus ei demus extra familiam constituto, quam habiturus esset si in familia natus, & retentus fuisset. Vtraque ergo

ratio concludit, non plus quam quartam huic nepoti conseruandam esse, certè nec minus. Et si enim hoc minus iuris habet quam nepos in potestate retentus quod ex edicto non admittitur, tamen constitutio Antonini facit vt ea demum portio illi conseruari debeat quam habiturus esset si ad petendam bonorum possessionem contra tabulas ex edicto nouo admittitur. † Proinde non dubito quin locus sit corruptus & pro seiscuncia, legendum, tertiam, vt sensus sit, ridiculum fore si quis dicat hunc nepotem qui & solus sit & extra familiam susceptus debere tertiam habere Antonini constitutione qui si & in potestate esset vt admitti posset ex noua clausula, & fratrem quoque haberet itidem in potestate, non tamè plus quam quartam simul cum fratre esset habiturus. Nisi probabilius putet à librario erratum quam ab interprete, legendumque tres uncias, id est quartam, vt sensus sit affirmatiuus, concludens in proposita specie quartam nepoti conseruandam esse, vt tantundem consequatur solus quantum si fratrem haberet, ambo consequerentur: Rursus tantundem ex constitutione Antonini quantum consequi posset ex edicto nouo si in potestate mansisset. Neque. n. dubitandum est, meo iudicio, quin his verbis Tryphoninus ad propositam questionem respondeat, quæ alioquin maneret indecisat quòd tamè minus probabile est quam vt cum Accursio id admittere debeamus. Quis enim credat mancu in eo fuisse Tryphoninum qui non contentus ad eant respondisse, aliam quoque subnectit his verbis, & cū abscedet pars qua huic cessura est, patri eius tantum, an & patruo? Quam & decidit statim cum ait, & pater & patruo, nam & legatum eidem datum præstaret. Videbatur patri tantum abscedere debere, quia cum nepoti hæc portio conseruetur ex constitutione Antonini exemplo edicti noui, vt scilicet tantum consequatur quantum si ex edicto nouo admitteretur, constat eum qui ex nouo edicto admittitur, non patri, sed solius patris minuere portionem. Sed non sunt hæc omnino similia. Nam quod inductum est, vt portio hereditatis còseruetur, factum est exemplo legatorum de quibus Prætor cauerat edicto in eam rem proposito de legatis præstandis, leg. filium. §. si sed et si portio ill. tituli de legat. præst. Legatum autem non minus à patruo quam à patre deberetur, quia legata còiunctis personis præstari Prætor voluit ab iis omnibus, qui bonorum possessionem contra tabulas petierunt. † Cæterum Tryphoninum in hoc versicul. an ergo, respondere ad propositam quæstionem constat ex articulo nunc, quo solent vt iuris auctores cum post aliquas digressiones redeunt ad institutam disputationem, eodem sensu ac si scriptum esset, in proposito. Et verò in prioribus illis duobus argumentis nil locutus est de nepote extra familiam suscepto, sed contra de nepote in familia retento in priore quidem his verbis, nam si in aui natus potestate fuisset, in posteriore verò, ita scribens, si fuissent in aui potestate. † Vt planè ineptus sit Accursius, qui eo versiculo, duo vnam quartam habituri erant, aliam speciem proponi putat quam de qua actum sit in versiculo præcedentè, & proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui, cum tamen nihil sit apertius, quam eandem ipsam speciem tractari de cetero de duobus nepotibus, vtriusque in potestate retentis. Nam quod ait, proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui, quodammodo coniungendum est cū priore specie de qua in versic. nam si in aui &c. Ac si diceret, ponamus hunc nepotem post emancipationem susceptu de quo agimus fuisse in aui potestate, non nisi quartam habebit iunctus cum patre

ex nouo edicto. Ponamus rursus, non solum eum esse, sed habere alium fratrem æque in potestate: nõ habebunt ambo nisi vnã quartam patre accipiente contra tabulas possessionem. Nec potest, meo iudicio, quicquam dici apertius. † Deceperit Accursium aut potius antiquiorem Accursio interpretem, quod Marcellus in *fin. lib. iii.* quam proximo capite explicauimus, vocat nepotem susceptum post emancipationem ad virilem. Quæ res mouit etiam Bartolum vt in proposita specie virilem, id est tertiam non quartam ei deberi existimet. Sed in eo ridiculum se præbet, ac quotquot eum sequuntur, quod contra Iuriconsultum de iure respondententes, ipsi tamen Iuriconsulti rationibus nihil respondeant. † Deinde falluntur apertissime si Marcellum cum Tryphonino alioqui pugnare existiment: iam enim docuimus Marcelli sententiam illam esse, vt nepos extra familiam susceptus & fratrem habens retentum in familia, virilem portionem habeat, id est tantam quantam frater in potestate retentus, non quantam pater aut patruus. Itaque virilem intelligit, ex comparatione illius, quam frater in familia retentus habere debeat. Tryphoninus verò sicut eam speciem tractat in qua nepos hic post emancipationem susceptus fratrem nullum habeat, ita virilem intelligit ex comparatione eius portionis quæ patri aut patruo debeat, quæ ipsa esset tertia nõ quarta, vt diximus. Conueniunt igitur inter se, non dissentiant. Nam quarta quam huic nepoti damus cum Tryphonino eadem prorsus est quam Marcellus dat ambobus nepotibus quorum vnus suus sit, alius extra familiam constitutus, & quam idem quoque Tryphoninus dat ambobus nepotibus in familia retentis.

CAPVT XVIII.

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

SVM MARIA.

- 1 Quenam in testamentis tempora spectentur, siue sui, siue extranei heredes instituti sint, quum de eorum validitate vel conualescentia agitur?
- 2 Distinguitur hac parte capitis deminutio medio tempore testatoris contingens per adrogationem, à cæteris capitis deminutionibus.
- 3 Cur ex testamento eius, qui se medio tempore dedit adrogandum, neque hereditas neque legatum peti possit, & petenti doli exceptio opponatur?
- 4 Testamentum militis de castrensi peculio testati valere, licet postea à patre in adoptionem datus sit, vel ipse se adrogandum dederit.
- 5 Quibus supradicta doli exceptio, sublata per emancipationem adrogatione, accommodatur?
- 6 Eam exceptionem cessare si idem testator sui iuris factus eodem testamento decedere se velle dixerit & voluntatem codicillis vel literis declarauerit.
- 7 Quando prius testamentum per posterius ritè factum tollatur?
- 8 An in specie l. qui ex liberis. §. testamento. ff. de bonor. possess. contr. tab. scriptus heres doli exceptione repelli debeat, quasi testatoris voluntatem pro se non habeat?
- 9 Si posterius testamentum mutanda voluntatis causa à testatore incisum sit vel alia ratione valere defuerit, prius testamentum non ideo magis valere.
- 10 An hoc per se inesse, an prius testamentum per

adrogationem, an per secundum testamentum sublatum sit.

- 11 Quo respectu favorabilis sit prius testamentum, quod sublatum fuit per posterius quod confirmandi causa fuit incisum, quam illud quod per adrogationem extinctum est?
 - 12 Comparatio & dissimilitudo casuum in d. l. qui ex liberis. §. testamento. propositorum.
 - 13 Quamlibet voluntatis probationem admitti, quum probandum heredi scripto incumbit, testatorem posterius testamentum cancellasse ea mente, vt prius valeret.
 - 14 An litera per quas testatoris voluntas probanda venit, codicillorum vim habere, & testibus munia esse debeant?
 - 15 Exceptionem que his casibus opponi solet, interdum ex persona petentis, interdum ex persona opponentis estimari.
 - 16 Non semper testamentum, quod semel ruptum aut irritum factum est, rescindi debere, vt valeat.
 - 17 Testamentum a patrefam. factum ante adrogationem, post solutam adrogationem subsistere, si de confirmata voluntate quibuscumque modis constat.
 - 18 Quum de persona testatoris disputatur, sufficere ipsam testamenti tempore habuisse testamenti actionem, vt testamentum valeat.
 - 19 Exceptio.
 - 20 Differre ea parte testamentum ruptum ab eo quod irritum factum est.
 - 21 Fieri posse vt testamentum sublatum postea valeat, vbi tractatur quodnam testamentum tolli proprie dicatur.
 - 22 Limitatur & explicatur illa regula, que vult per prius testamentum ritè perfectum prius rumpi.
 - 23 Cur incisis posterioribus tabulis vt priores sunt supremæ, priores ille suprema facta valeant?
 - 24 Reijcitur quorundam interpretatio ad d. §. testamento, & vera Papiniani sententia aperitur?
 - 25 Emendatio l. quærebat. ff. de testam. milit.
- IN † testamentis in quibus extranei heredes instituti sunt, tria tantum tempora spectantur, testamenti, mortis, si pura institutio fuit, aut euenientis conditionis, si cõditionalis, & aditæ hereditatis. Suis verò heredibus scriptis, duo duntaxat, Testamenti nimirum & mortis, quoniam cum ipso iure heredes existant, nulla in iis est aditio hereditatis. Cæterum media tempora nõ nocent, l. sed si condicione. 6. §. solemus. l. si alienum. 4. §. in extraneis de hered. inst. Quod eõ pertinet, vt non solũ heredi non obstat quod medio fortassis tempore incapax fuerit acquirendæ hereditatis, sed etiam si paterfamilias testamento facto adrogandum se dederit, deinde emancipatus sit, aut alia ratione paterfamilias decesserit, testamentum perinde valeat ac si adrogatio nulla intercessisset, l. consuevit. 8. §. si post factum. D. de iur. codicill. Item vt si paterfamilias qui deportatus fuerat, restitutus sit à Principe, testamentum conualescat quod per deportationem factum fuerat irritum, l. 6. §. penult. de iniust. rupt. Cui consequens est vt his casibus testamentum valeat non tantum iure Prætorio, si tabulæ septem testium signis signatæ sint, sed etiam iure ciuili, cum iuris ciuilis regula non solum non obstat validitati, verum etiam patrocinetur. Ex quo illud quoque fit, vt tantò facilius possit heres scriptus bonorum possessionem secundum tabulas agnoscere, quæ haud dubiè iis omnibus competit qui iure ciuili adire possunt. † Sed tamen distinguenda est hac parte capitis deminutio testatoris contingens per adrogationem à cæteris. Nam in cæteris nihil est quod heredi obstat quominus defuncti patrisfamilias & hereditatem adeat & bonorum possessionem secundum tabulas cum re agnoscat. In adrogatione verò

quæ medio tempore obtigit, licet postea sublata sit, ea ratio heredi scripto obstat quod non videatur habere pro se voluntatem testatoris, quippe qui dando se adrogandum fortunas omnes suas cum capite in alienam domum & familiam transfulisse intelligatur, l. si paterfamilias. 15. D. de adopt. ac proinde ab ea priore voluntate recessisse per quam fortunarum suarum omnium successorem sibi elegerat heredem institutum. † Quæ res facit locum exceptioni doli: dolo siquidem facit quisque ex testamenti verbis aut hereditatem aut legitimum petit siue contra siue præter voluntatem. Negari autem non potest eum qui testamento facto dedit se adrogandum, sciuisse satis ab eo tempore ademptam sibi facultatem habendi heredis, cum factus sit alieni iuris, neque in sua esse potestate duos rerum suarum dominos in solidum destinare non magis quàm re ipsa constituere, scilicet heredem & adrogatorem, l. si vt certo. §. si duobus vehiculum. D. de commod. Nam & si post adrogationem testaretur vel codicillos faceret, de alienis rebus potius quàm de suis testari crederetur, Iuricons. scribit in d. §. si post factum. † Excipiendus tamen est miles de castrensi peculio testatus. Valet enim eius testamentum siue in adoptionem datus sit à patre suo siue adrogandum se dederit, quasi ex noua voluntate, l. miles. 22. & sequ. de milit. testam. nimirum quia etiam filiusfamilias miles potest testari de castrensis, eoque nomine habetur pro paterfamilias, l. 2. D. ad S. C. Maced. Cæterum extra causam castrensum bonorum non idem dicendum erit, quoniam in non castrensibus filiusfamilias licet miles heredem habere non potest. Vtilis ergo est doli exceptio contra heredem scriptum non quia testamentum factum si irritum (etsi enim capitis diminutio fecit irritum, sublata tamen adrogatione ipso iure, vt diximus, conualescit, alioqui non doli exceptio danda esset, sed potius deneganda adeundi facultas ex irritum testamento) sed propter defectum voluntatis quæ per adrogationem post testamentum factum mutata intelligitur. † An autem adrogatori ea doli exceptio accommodabitur? Minimè, cum post emancipationem nihil iuris habeat adrogator in bonis adrogati, sed agnato proximo, qui rem ab intestato habere debet, sublato scilicet vtroque vinculo & patriæ potestatis, id est adrogatione per emancipationem, & testamenti, id est testatoris voluntate per adrogationem. † At si idem testator sui iuris factus eodem testamento decedere se velle dixerit, & voluntatem suam siue codicillis, siue aliis literis declarauerit, nulla exceptione repelli scriptus heres poterit. Et enim non solum testamentum ipso iure valebit, vt & superiore casu. Sed etiam æquitas illa quæ faciebat vt repelli heres deberet, quia non habebat voluntatem, tum cessat cum ea voluntas quæ defecerat redit iure quodam postliminij. Quæ perelegans Papiniani sententia & ratio est in leg. qui ex liberis. ii. §. testamento de bonor. possess. secund. tab. Non secus, inquit, ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset vt priores supremas relinqueret. Ita innuens, hoc etiam casu prius testamentum subsistere ipso iure, adeo vt & adiri ex eo hereditas & bonorum possessio peti possit, posteaquam secundum sublatum, & incisum est. Quid? † An non prius testamentum per posterius ritè factum ipso iure tollitur? §. posteriore. Inst. quib. mod. testamen. infirm. l. sancimus. 27. Cod. de testam. Sic sanè si posterius superfit eo tempore quo de testamenti confirmatione aut infirmatione agi oporteat, id est, quo testator moritur. Sed cum posterius euanguit, quia incisum est & cancellatum, & quidem eo animo vt prius valeret, nõ

maior posterioris ratio haberi debet vt prius rupisse videatur, quàm si vel nõquam vel ab initio minus ritè factum esset quo sanè casu non rumpere, leg. filius 7. qui testamen. facer. poss. dict. §. posteriore. leg. si quis priore. D. ad S. C. Trebellian. † Nec quisquam dixerit heredem priore testamento scriptum repelli posse exceptione doli quasi non habeat voluntatem, ideo quod secundum testamentum factum sit. Quamnam enim, obsecro, voluntatis coniectura capi potest ex posteriore testamento quod incisum & cancellatum fuit ea mente vt quod primum erat fieret vltimum? Certè ea mente incisum fuisse necesse est, vt aperte Papin. docet iis verbis, ac supremas tabulas incidisset vt priores supremas relinqueret. † Nam si ea sola posterioris testamenti incidendi causa proponeretur, quod testatorem posterioris quoque voluntatis pœniteret in leg. penult. Cod. de testamen. non quia priores tabulas vellet supremas esse, aut si alia ratione posterius testamentum valere defuisset, puta, quod iure militari factum esset, defuncto deinde post militiæ annum testatore, non valeret prius testamentum quod utique ruptum esset, potiusque ad causam intestati res rediret, l. militis. 36. §. vltim. de milit. testam. quia verum esset prius testamentum defuisse valere, non ob id solum quod supremum esse defuisset, verum etiam propter mutatam voluntatem priorem, translatamque in posterius testamentum, siue ponas alium posterioribus tabulis scriptum heredem quàm qui prioribus scriptus fuerat, siue eundem ipsum vt in l. Codrus. 97. de acquirend. heredit. † In cõque refert sanè an testamentum sublatum sit per adrogationem; an per secundum testamentum. Nam priore casu perempto adrogationis vinculo viuo testatore, valet omnimodo testamentum quod per adrogationem sublatum fuerat, solaque superest illa quaestio quæ cum validitate testamenti nihil commune habet, An exceptione doli scriptus heres repelli debeat, necne. Posteriore verò casu nõ aliter valent priores tabulæ, quàm si posteriores ideo incisæ sint à testatore vt is priores supremas faceret, nõ si ex qua alia causa vel incisæ posteriores, vel irritæ factæ sint. † Ex cõtrario fauorabilis alio respectu videri potest prius testamentum quod sublatum fuerat per secundum postea incisum & cancellatum, eo animo vt prius valeret quam quod per adrogationem postea extinctum. Illud enim ex sola secundi testamenti incisione eo quo diximus animo facta confirmatū intelligitur, nec speciali alia vlla voluntatis declaratione opus est, quia cum factum ipsum testatoris interueniat, quid interest verbisne an factis voluntas eius declaretur? l. non solum. 8. rem. rat. hab. Hoc verò non aliter effectum habere potest, hoc est vt ex eo deferatur hereditas scripto heredi ita ne exceptione doli repellatur, quam si noua voluntas declaratur, aut codicillis aut aliis literis. Nempe quia cū patriæ potestatis vinculum quod per adrogationem contractum fuerat non facto aut voluntate adrogati, sed adrogatoris dissoluatur, aut etiam naturali quodam ordine si adrogatoris factum aut deportatio interueniat, arg. l. filius 8. §. 1. de liber. & posthum. nihil est ex quo sumi possit indicium reuerfa in fauorem heredis scripti voluntatis quæ per adrogationem abcesserat. † Hactenus igitur recta est horum casuum comparatio, quod vtroque casu testamentum valet, quod sublatum fuerat, vtroque casu ex eo adiri potest hereditas iure ciuili, & hereditas peti: vtroque casu securus est heres vt non vereatur doli exceptionem: Hactenus autem sunt dissimiles quod potest heres repelli exceptione si testator fuerit adrogatus, nisi post sublatum ad-

rogationis vinculum nouam suam declarauerit voluntatem, non item si secundum testamentum fecerit, quod postea cancellauerit. † Quamquam enim omnimodo requirimus cancellatum esse ea mente ut prius valeret, atque ita hoc etiam casu nouam quandam testatoris voluntatem desideramus, eius tamen voluntatis probationem quamlibet admittimus, etiam quæ per testes fiat, aut quæ ex aliis iudiciis quibuscunque colligi possit, propter autoritatem scilicet facti concurrentis, id est cancellationis: nec specialem illam declarationem requirimus quæ per codicillos aut aliud literarum genus fiat, quam aperte Papinianus requirit cum adrogatio intercessit. *Nec putauerit quisquam*, inquit Papinianus, *nuda voluntate constitui testamentum. Non enim de iure testamenti queritur, quod certum est valere, dicitur leg. conficiuntur. 8. §. si post factum de iur. codicill. sed de viribus exceptionis, quæ scripti heredis ius labefactare posset ac infringere.* Ea autem exceptio, licet actor opponat, id est heredi scripto bonorum possessionem petenti, *estimatur tamen ex persona eius qui opponit*, quia reus in exceptione actor est, ut proinde incumbat ei necessitas probandi voluntatis defectum, qui porro nullus esse potest cum voluntas rediit. Rediisse verò voluntatem apparet non solum ex incisione posterioris testamenti cum incisum est ea mente ut prius valeret, sed etiam si testator codicillis aut aliis literis eodem testamento mori se velle declarauit. † Literis, inquam, non quinque testibus munitis, ut vulgò interpretatur (hæc siquidem codicillorum vim haberent, eorumque iure conferentur arg. l. ult. C. de iur. codicill. sed aliis quibuslibet, etiam quæ vim codicillorum non habeant, de quibus in l. litera. 17. de iur. codicill. dummodo fides epistolæ constet ut in l. ultim. de legat. 2. Quamquam non ignoro in ea specie deberi quæ in epistola relicta erant, non tamen quam ex epistola, sed tanquam ex testamento, propterea quod testamento cautum erat ut si quid obsignatum reperiretur, id vice codicillorum valeret. Quasi obsignationis testator meminisset potius ne falsitatis committendæ materiam daret, quam ut eas scripturas suas valere nollet quibus aliunde ac citra obsignationem fides constaret, ut & in l. Diui. 6. §. licet de iur. codicill. Sufficiet igitur fides literis constare quibus testator declarauerit eodem se testamento mori velle, licet nec duobus testibus sint munitæ, etsi nec subscriptionem aut testatoris aut testium habeant, nec diem nec Consulem arg. leg. cum tabernam.

34. §. 1. de pignor. † Nam cum exceptio ista æstimetur ex persona non actoris cui opponitur, sed rei qui opponit, frustra quæras quot testibus aut quibus modis probari debeat, aut vestiri voluntas testatoris ne nuda sit: habet siquidem heres fundatam, ut nostri loquuntur intentionem ex testamento utili, itemque voluntatem testatoris ex noua declaratione. Quin & nuda voluntas sufficeret ad elidendam aut impediendam exceptionem quæ sola voluntatis coniectura nitetur, nisi verendum esset ne falsitatis occasio inde caperetur, conquisitis ac facillè repertis testibus qui dicerent eam testatoris voluntatem fuisse. propter quam causam requirit Papinianus ut per codicillos aliâve literas quibus fides constet, ea voluntatis declaratio fiat. arg. l. Diui. 24. D. de milit. testam. Non idem est in specie, d. l. militis. 36. §. veteranus eodem titul. vbi exceptionis vires ex persona petentis non opponentis æstimantur: quia non habebat ille pro se voluntatem testatoris, quam habet in specie d. §. testamento, scriptus heres qui petit bonorum possessionem secundum tabulas. † Neque est, quod quis obiciat testamentum

quod semel ruptum aut irritum factum est, postea refici debere ut valeat, leg. si quis filio. 6. §. sed & si quis in fin. de iniust. rupt. d. l. militis. 36. §. ultim. de milit. testam. Id enim ad illud testamentum pertinet quod mortis tempore valere non potest eo iure quo factum est: cuiusmodi est testamentum militis deportati aut ad bestias damnati, iure communi factum, quia solis militibus deportatis testari licet, quidem iure militari ex rescripto Hadriani, ut lex ait. Itaque quod iure communi prius factum fuerat si deportatione irritum factum sit, dubitandum non est valere non posse, quia nec refici posset. Valebit tamen iure militari ex nuda voluntate, quoniam nuda quoque voluntas militis sufficit ad testamentum militare, & ut legendum est in l. eius militis. 34. §. ult. de milit. testamen. voluntas quoque militis testamentum est. † At quod factum est à patrefamilias ante adrogationem, post solutam adrogationem perinde valet, atque ante adrogationem, & sicut posset refici, ita & citra refactionem subsistit quasi nunquam factum irritum, si modò quibuscunque modis probeatur rediisse voluntatem quæ per adrogationem abcesserat. † Etsi enim cum de heredis scripti persona agitur duo potissimum tempora spectanda sunt, testamenti scilicet & mortis, ne addam tertium aditæ hereditatis in extraneis heredibus, ut in initio capituli dixi, cum tamè de ipsius testatoris persona disputatur, sufficit testamenti tempore habuisse eum testamenti factionem ut testamentum valeat, licet postea habere desierit: idque tam iure civili quam prætorio, dummodo talis persona sit, quæ cum testamento possit decedere, ut euenit in testamento eius qui postea vel furiosus, vel prodigus, vel mutus factus est, l. is cui lege. 18. qui testam. facer. pos. d. leg. conficiuntur. 8. §. si post factum, de iur. codicill. leg. 1. §. si quis autem de bonorum possess. secund. tabul. † Dixi dummodo talis persona sit quæ cum testamento possit decedere, quia si testator ob eam causam testamenti factionem amiserit, quod cum testamento decedere nequeat, puta quod filiusfamilias factus sit, aut seruus siue hominis, siue pœnæ, aut etiam deportatus, certum est testamentum prorsus irritum fieri, si in ea conditione moriatur is qui testatus fuerat. Sed si mortis tempore testamenti factionem habeat, indistinctè verum est testamentum quod ab initio valuit, etiamnum valere, quasi nunquam factum irritum, ut media tēpora quæ non nocent heredi, multò minus noceant testatori. † Quamquam & illud, meo iudicio, dici potest differre hac parte, si subtilius agere velimus, testamentum ruptum ab eo quod irritum factum est. Nam quod semel ruptum fuit id refici prorsus necesse est, nec fieri potest ut postea valeat ex nuda voluntate, cuiusmodi illud est in quo præteritus est posthumus viuo testatore natus. Quamuis enim posthumus hic eodem testatore viuo decesserit, testamentum tamen nec iure civili conualescit, nec æquitate Prætoria, sed hæcenus duntaxat ut bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas quæ sine re esse deberet, sit cum re ex rescripto Hadriani, l. posthumus. 12. de iniust. rupt. quia implicat contradictionem ut testamentum vilo modo aut tempore valeat quod semel ruptum est. At testamentum quod per superuenientem capitis diminutionem irritum factum fuit (irriti appellatione specialiter sumpta, non generaliter, §. hic autem casu Inst. quibus mod. testamen. infirm.) non solum facile conualescit, sed, ut melius loquar, cessante causâ quæ faciebat irritum & valet, & semper valuisse intelligitur, nec nouo testamento opus est. Nimirum quoniam ratio illa quæ faciebat irritum non ius ipsum testamenti respiciat, sed tantum personam

testatoris aut eius voluntatem. Persona igitur aut voluntate redintegrata nihil superest quod impediatur quominus & nunc testamentum valeat, & semper valuerit. Itaque quamuis rupta testamenta, & quæ ab initio iniusta sunt irrita dici possint, hæc quidem esse, illa autem fieri dicitur. §. hoc autem casu: non perinde tamen ea quæ nos speciali nomine irrita appellamus, possint rupta dicere, quia cum eorum iure nihil commune habet testatoris noua voluntas, immutatæque condicio. † Quare & veriùs & elegantius sublata dicuntur, quia fieri potest ut idem testamentum valeat & sublatum sit. Tollitur enim non cum testator non vult valere (nam in testatoris arbitrio non est facere ut non valeat iure testamentum quod ritè & sollemniter factum est, l. nemo potest de legat. 1.) sed cum testator non vult in ea voluntate decedere quod fit quoties prius testamentum incidit, aut post id factum dat se in adrogationem: aut cum non potest eo testamento decedere, quod contingit, cum vel deportatus est, vel filiusfamilias, aut seruus effectus. In eamque rem textus est perelegans, & ad quæstionem nostram accommodatissimus, in d. §. si post factum, vbi Paulus ait testamentum illius qui postea adrogatus est sublatum esse & nihilominus valere, ut ostendat non esse hæc contraria. † Nec obstat quod plerisque iuris locis scriptum est per posterius testamentum quod ritè perfectum sit prius rumpi, l. si filius. 7. de liber. & posthum. l. 1. & 2. l. 3. §. sed et si sit. l. si bone. 11. de iniust. rupt. l. pater. 54. de hered. inst. adeoque ipso iure, d. l. sancimus. id est quæuis prioris testamenti mentio nulla facta sit. Id enim ita verum est si generalius rupti nomen accipias, ut ruptum intelligas quodcunque nec ab initio inutile nec postea ex testatoris persona irritum factum est, aut ob non aditam hereditatem, ut in diuisione illa testamentorum, de qua Papinianus in d. l. 1. de iniust. rupt. Alioqui magis propriè & partitè loquendo sublatum dicendum est non ruptum, ut & Marcianus loquitur in dicit. l. si quis priore. 29. ad Trebel. & Inst. in d. l. sancimus. Aut si ruptum malis dicere, fateri tamen necesse est ruptum ex ea causâ quæ tollat potius quam perimat ius ipsum testamenti. Nempe quia nemo potest cum duobus testamentis decedere, non magis quàm cum duabus supremis voluntatibus, l. i. §. 1. de bonorum possess. secund. tabul. † Cæterum incide postremas tabulas ut eas quæ priores erant facias supremas, ut apud Papinianum in d. §. testamento. Priores hoc ipso valebunt quod supremæ fient, quia, quod ad earum ius & substantiam attinet, nihil accidit propter quod infirmari debeant quæ semper valuerunt, tametsi per posteriores sublata fuerint toto eo tempore quo posteriores constiterunt. Quod dissimile est cum posthumus nascitur qui fuerat præteritus, quia ab eo tempore petinde incipit testamentum inutile esse & iniustum, ac si filius tempore testamenti iam natus & præteritus fuisset, cum quandocunque natus eius loco esse incipiat qui superstes fuit, l. si primo. 8. de liber. & posthum. † Errant verò peregrinè, ut hoc etiam ad damus, qui putant Papiniani sententiam in dicit. §. testamento, in fine, illam esse: ut si heredi scripto petenti bonorum possessionem secundum tabulas, obiciatur testamentum non valere, ut iliter replicetur de subsecutis codicillis, non ut ipso iure, inquirunt, testamentum valeat, sed ut defendatur voluntas per fideicommissum quasi defunctus ad causam fideicommissi & codicillorum vim testamenti traxerit argum. leg. querebatur. 19. de milit. testam. Nam imò verò Papiniani sententia est testamentum hoc ipso iure valere, cum & nulla secuta declaratione nouæ voluntatis ut

que adeò valeat ipso iure ut ad repellendum heredem scriptum exceptio doli necessaria sit. Nec requirit Papinianus declaratum esse voluntatem codicillis, aut alia simili scriptura quæ codicillorum vim habeat, sed quibuscunque literis, ut diximus, dummodo iis fides constet. † Longèquæ alia species est, d. l. querebatur. In qua tamen obserua Triboniani esse verba illa, si hoc specialiter expresserit. Nam cum possit miles cum duobus testamentis decedere, nil necesse est ad vtriusque validitatem ut miles exprimat velle se vtrumque valere, ut apparet ex eadem lege verfic. Secundum hæc l. Centurio. 27. l. militis. 36. §. eod. Quam verò malè & imperitè hæc omnia ab Accursio, Bartolo aliisque interpretibus explicentur, tam apertum est ex eorum commentariis, ut nihil iudicio meo, sit apertius.

CAPVT XIX.

Insignis Triboniani error in §. non testamentum Instit. quib. mod. testam. infirm.

SUMMARI A.

- 1 An testamenta per capitis diminutionem irrita facta tam civili quam Prætorio iure per omnia sint inutilia.
- 2 Et civili & Prætorio iure requiri, ut is cuius hereditas, vel bonorum possessio datur, & conditi testamenti & mortis tempore ius testamenti faciendi haberit.
- 3 Quando Prætor det bonorum possessionem cum re secundum tabulas, quæ ipso iure non valent, aut rupta vel irrita facta sunt?
- 4 An intersit ex qua capitis diminutione irritum factum sit testamentum, ut ea sublata iterum valeat?
- 5 Reijcitur differentia à nonnullis constituta inter capitis diminutionem quæ per adrogationem, & eam quæ per emancipationem contingit.
- 6 Quo sensu dicatur, adrogatione vel alia capitis diminutione testatori contingente irritum fieri testamentum.
- 7 Difficultas l. posthumus, verfic. idem & circa.
- 8 Alciati ad dictum locum interpretatio.
- 9 Vlpianum in d. l. de testamento per solam adrogationem irritum factum agere.
- 10 Quid ea parte speciale habeat capitis diminutio per adrogationem contingens.
- 11 An doli exceptio locum habeat, si idem heres sit scriptus qui & legitimus?
- 12 An ex testamento per alias capitis diminutiones irritum factum bonorum possessio secundum tabulas peti, & legata ac fideicommissa conseruari debeant?

Stendunt † ea quæ superiore capite diximus errasse grauius Tribonianum in §. non tamen Inst. quib. mod. testam. infirm. vbi scribit testamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta sunt non per omnia esse inutilia, sed si septem testium signis sint signata post scriptum heredem secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modò & cuius Romanus & suæ potestatis defunctus fuerit mortis tempore. Nam, inquit, si idè irritum factum sit testamentum, quia ciuitatem vel libertatem amiserit, aut quia in adoptionem se dedit & mortis tempore in adoptiui patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. Quibus verbis significare videtur differre hac parte ius Prætorium à civili, nec omnium capitis diminutionum eandem rationem esse. Vtrumque malè. † Nulla enim hic differentia est inter ius civile & Prætorium, cum perinde exigat Prætor, ut is cuius bonorum possessio datur vtroque tempore ius testa-

menti faciendi habuerit & cum facit testamentum & cum moritur: medio ante tempore an habuerit necne non querit, quia nec ius civile querit, *leg. 1. §. exigit de bon. poss. secund. tabul.* Quod si post testamentum factum amiserit testator factionem testamenti non quod non possit cum testamento decedere, sed quia testamentum facere posse desierit, puta propter furorem aut interdictionem, aliamve similem causam, quæ superuenit, dat Prætor bonorum possessionem ex testamento ante facto, quia & iure civili testamentum valet adiri que ex eo hereditas possit. *§. si quis autem eadem lege.* Denique secundum tabulas quæ ipso iure non valent aut ruptæ vel irritæ factæ sunt, quia tabularum nomen non merentur, nunquam dat Prætor bonorum possessionem quæ sit cum re, ut pluribus doctis in interpretatione *leg. filio præterito. 17. de in iust. rupt.* nisi cum ipse institutus est qui rem ab intestato auferre possit. Hic enim licet sibi ipsi hereditatem ab intestato euincere videatur, ut ibidem diximus, rem tamen obtinet, perindeque legatis & fideicommissis omnibus obligatur ac si tabulæ valerent, neque vlla in eam rem constitutione aut lege opus fuit. *l. posthumus. 12. versic. idem & circa eodem tit. de in iust. rupt.* Neque ex eo quod Papinianus in *l. qui ex liberis. 21. §. testamento de bonorum poss. secund. tab.* ponit ex huiusmodi testamento quod per adrogationem irritum factum fuerat, petitam à scripto herede bonorum possessionem secundum tabulas, possis, nisi ineptissime, cum nostris concludere, Ergo non posse ex eo adiri hereditatem. Cum ut dixi superiore capite, ex eo testamento quod valet, ac ex quo adiri hereditas potest, nihil vitet, imò tantò facilius sit peti bonorum possessionem secundum tabulas. † Sed longè grauior alius Triboniani error est in eo, quod sic loquitur, quasi multum interfuit ex qua capitis diminutione irritum factum sit testamentum: cum tamen nihil reuera interfuit. Etenim siue maxima interuenit quæ & libertatem & ciuitatem adimit, siue media, quæ ciuitatem tantum, siue minima quæ nihil nisi familiaris statum immutat, testamentum sit irritum, sed ita tamen ut si testator & ciuis Romanus sit & suæ potestatis sit cum moritur, testamentum valet & iure civili & Prætorio. † Nec video inter quas species capitis diminutionis hanc differentiam possis constituere, nisi fortè inter adrogationem & emancipationem. Sed neque hoc facere possis. Nam cum filius familias testamentum facere nequeat, nemo dixerit si huiusmodi emancipatione irritum fieri eius testamentum, quod vel nunquam fuerit, vel si fuit, nunquam valuerit. Et consequenter nullo casu locum habere potest, quod scriptum est in prioribus *dist. §. non tamen*, ex testamento quod per capitis diminutionem irritum factum sit, posse bonorum possessionem peti secundum tabulas, si modo talis diminutio interuenit, quæ tamen non faciat, quin testator & ciuis Romanus & suæ potestatis fuerit mortis tempore. Nulla siquidem capitis diminutio est, quæ non aut libertatem adimat, aut ciuitatem aut sui iuris potestatem, præter emancipationem, quæ cum interuenit nulla, ut diximus, de filius familias testamento potest incidere questio. † Igitur quod scriptum est adrogatione aut alia capitis diminutione quæ testatori contigit irritum fieri testamentum, non accipiendum est, ut si mortis tempore testator vel seruus vel deportatus, vel in alcerius potestate constitutus reperitur, testamentum nec iure civili valet nec Prætorio, ut ex quoque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti possit. Si vero mortis

tempore & ciuis Romanus & sui iuris factus inueniatur, qui post testamentum vel deportatus, vel alieni iuris factus fuerat, testamentum & iure civili valet & Prætorio, *dist. §. testamento. l. 6. §. penultim de in iust. rupt.* & irritum factum testamento, *l. conficiuntur. 8. §. si post factum de iur. codicill.* Media namque tempora, ut superiore capite scripsimus, nullo iure nocent. † Quæ cum ita sint, mirari saepe mihi contigit quid illud sit, quod de irritum testamento Vlpianus scribit in *§. idem & circa, dist. l. posthumus. 12. de in iust. rupt.* idem circa irritum quod circa iniustum testamentum admitti debere ut heres institutus legata & fideicommissa omnia præstare teneatur si bonorum possessionem acceperit is qui rem ab intestato auferre potest. Neque enim dubito quin de sola bonorum possessione secundum tabulas is locus intelligi debeat de qua etiam agitur in prima legis parte. Porro bonorum possessio secundum tabulas ex testamento irritum non competit si testator mortis suæ tempore aut ciuis Romanus aut sui iuris non fuit, multoque minus eo casu de legatis aut fideicommissis querendum est, cum neque legata neque fideicommissa relinquere possit is qui testari non potest. Sin ponimus & ciuem Romanum & sui iuris decessisse testatorem qui medio tempore capitis diminutionem passus fuerat, quid est, obsecro, quod vel ad Prætoris auxilium in danda bonorum possessione secundum tabulas confugiamus vel distinguamus an extraneus heres scriptus sit an legitimus, vel denique de legatorum & fideicommissorum iure dubitemus, cum certissimi iuris sit valere illo casu testamentum ex eoque adiri etiam iure civili hereditatem posse? † Quæ res Alciatum fortassis mouit ut scriberet *lib. 3. paradox. cap. 8.* non tam generaliter Vlpianum intelligi debere ut de irritum quolibet testamento sentiat, sed de illo duntaxat quod magis specialiter irritum solemus dicere ex quo non sit adita hereditas, *l. 1. de in iust. rupt.* In quo tamen labitur imperitissime, quia non potest dici testamentum destitutum, nec proinde irritum, ex quo petita sit bonorum possessio, quando & qui bonorum possessionem secundum tabulas agnouit heredis testamentarij loco est, & ea agnitio inducit etiam gestionem pro herede ad acquirendam iure civili hereditatem, cum testamentum tale est ex quo iure civili acquiri hereditas potest. Gerit enim pro herede quisquis aliquid facit tanquam heres & animo acquirendæ hereditatis, vulg. *leg. gerit. 38. & leg. pro herede. 20. de acquir. heredit.* † Itaque cogor dicere quod ante me fortassis nemo dixit, intelligendum quidem Vlpianum de testamento quod per capitis diminutionem irritum factum sit, sed non de qualibet capitis diminutione, at de illa duntaxat quæ adrogationem contigerit, quæ licet id commune cum cæteris habeat, quod & irritum facit testamentum (adeo ut neque adiri ex eo hereditas neque bonorum possessio peti possit si testator in eodè statu decesserit) & rursum testamentum valere patitur si testator mortis tempore sui iuris factus inueniatur: † habet tamen hoc speciale, quod illo etiam casu quo testamentum valere patitur, inducit doli exceptionem ad repellendum heredem scriptum si ex testamento hereditatem vindicare velit aut bonorum possessionem petere, propterea quod non habeat defuncti voluntatem, qui dando se in adrogationem haud dubie fortunas suas omnes cum capite in alienam familiam transfuisse, hereditate suo ademisse intelligitur, ut in superioribus doctis ex Papiniano in *dist. §. testamento.* Cæterum ea doli exceptio non nisi legitimis heredibus accom-

modari potest. † Inde igitur fit, ut si idem sit heres scriptus, qui & legitimus, exceptio doli locum habere nequeat, ob idque æquissimum sit petita per eum bonorum possessione secundum tabulas legata & fideicommissa conseruari, cum neque de testamenti neque de vllius exceptionis viribus disputari eo casu oporteat, quamuis ea sit ratio dubitandi, quod per adrogationem à tota voluntate recessisse testator videbatur, quæ porrò voluntas nunquam redierat, nulla post finitam adrogationem secuta noua declaratione. Et sanè si institutus extraneus proponeretur, ratio illa faceret ut neque legata neque fideicommissa vlla deberentur, quia licet testamentum eo quoque casu valeret, exceptioni tamen doli locus esset, quæ impediret ne bonorum possessio secundum tabulas quam heres scriptus acceperit, cum re esse possit, *dist. §. testamento.* Iam autem docuimus ad *d. l. filio præterito.* & ad *dist. l. posthumus*, ex ea bonorum possessione secundum tabulas, quæ sit sine re, nullam nasci obligationem præstandorum legatorum aut fideicommissorum quæ testamento relicta sint. † At in aliis speciebus capitis diminutionis irritique testamenti, quoniam sic comparatum est ut vel prorsus irritum sit testamentum, durante scilicet in mortis vsque tempus diminutione, vel finita ea omnino conualecat absque metu vllius exceptionis, non distinguimus an extraneus an legitimus heres institutus sit, siue de heredis institutione ipsa, siue de legatis & fideicommissis disputemus, sed quisquis ille sit qui scriptus est, testamentum, omniaque in ipso contenta vel defendimus etiam ex iuris ciuili asperitate si mortis tempore testator & ciuis Romanus & sui iuris esse cæperit, vel improbamus si in eodem statu minuti capitis decesserit, nullo hoc casu loco relicto æquitati Prætoris. Atque ita accipiendum etiam videtur quod Vlpianus in *Titulis scribit tit. 23. §. si septem* quod attinet ad bonorum possessionem secundum tabulas à Prætoribus dandam ex testamento irritum quod septem testium signis signatum proponatur. De iniusto & rupto scripsimus iam satis in superioribus.

CAPVT XX.

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

SVM MARIA.

- 1 An codicilli valeant quos paterfamil. post testamentum adrogatus in adrogatione fecit, si postea sui iuris decesserit?
- 2 Ratio dubitandi & decidendi in dicta questione.
- 3 Ratio dissimilitudinis inter eum qui in adrogatione codicillos fecit, & mutuum qui codicillos conscripsit eo tempore quo testamentum facere non poterat.
- 4 Refertur ratio à Triboniano addita in *dist. §. si factum.*
- 5 Testamentum ruptum natiuitate posthumi viuo testatore defuncti Hadriani constitutione non confirmari, sed ex eo bonorum possessionem secundum tabulas cum re scripto heredi competere.
- 6 Aliam esse in specie d. §. rationem testamenti, aliam codicillorum.
- 7 Non semper qua in codicillis scribuntur eodem iure censeri, quo si scripta essent in testamento.
- 8 Non bene conuenire exemplum de testamento rupto per agnationem posthumi, cum specie illa, in qua codicillos fecit adrogatus, qui deinde sui iuris decessit.
- 9 Nulla bona, nullam eius hereditatem existimari qui testamenti tempore in adrogatoris familia & potestate est.

SVbtis questio est, De codicillis ab eo factis qui post testamentum dederat se adrogandam, deinde paterfamilias effectus siue iuris decesserat, an valere possint. Eam questionem Paulus tractat in *l. conficiuntur. 8. §. si post factum. D. de iur. codicill.* sed ita tamen ut cum probet ratione optima & necessaria fieri non posse ut huiusmodi codicilli valeant, dilutis etiam obiectionibus quibus in contrariam sententiam moueri quis posset, concludat nihilominus valere: nulla eius rei adducta ratione, sed tantum similitudine & comparatione quadam, omnino, ut ostendemus, inepta & falsa. Quæ res me mouet, ut iuris rationem pro certa perpetuaque regula habens, id solum Pauli esse putem quod iuri conuenit, cætera quæ à iure manifestissime abhorrent Triboniani potius adscribam & inscitie & audaciæ. Dico autem, defendi nullomodo posse codicillos quos paterfamilias post testamentum adrogatus in adrogatione fecit, tamen postea sui iuris decessisse proponatur. Repugnat enim certissima & euidentissima illa iuris ratio, quæ non aliter codicillos testamento confirmari patitur, quam si eo tempore facti sint quo testamenti factionem testator habuerit. *Dist. 6. §. permut. l. quadam. 7. d. l. conficiuntur. 8. §. codicilli, cod. tit.* † Dubitationis causa sanè illa erat quam & Paulus exprimit, quod valeret testamentum ante adrogationem factum, quia sublato adrogationis vinculo testator paterfamilias decesserat. Sed decidendi ratio fortior est quæ statim apud Paulum sequitur, *sed eo tempore eos fecit quo testamenti factionem non habuit.* † Ac quoniam non insubtiliter obicere quis poterat, neque mutuum habere testamenti factionem (quia nec nuncupare heredem potest nec testes accire aut rogare, ut in titulis Vlpianus scribit *tit. 20. de testam. §. mutus. l. qui in potestate. 6. §. 1. D. qui testam. facer. poss.* ad Iustiniani vsque tempora, qui noui hac parte ius induxit in *l. discretis. 10. C. qui testam. facer. poss.*) & tamen valere codicillos quos ipse eo tempore conscripserit quasi prioris testamento confirmatos: diluit Paulus obiectione his verbis, *nec similis est mutuo, qui recte codicillos confirmauerit.* Dissimilitudinis vero rationem perelegantem mox hanc subicit, *Licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est: Huius autem testamentum sublatum est.* † Ut ostendat ad confirmationem codicillorum non illud quidem præcisè requiri, ut eo tempore quo fiunt codicilli, habuerit testator factionem testamenti; si prius testamentum subsistat, sed requiri tamen cum prius testamentum eo tempore sublatum est. Neque enim fieri vlla ratione potest ut codicilli eo tempore facti quo testator factionem testamenti non habuit confirmantur ex anteriore testamento, quod tunc quoque sublatum sit, licet nihilominus testamentum in se valeat. Igitur codicillos istos valere nemo præter Tribonianum auidere dicere. † Quæ autem sequitur ratio, Triboniani facinus & inscitiam prodit apertius: Sic enim ille: *nam et si posthumi, natus ruperit testamentum, & decesserit, nihilominus codicilli valent.* Ab obscuro ad obscurius, ab absurdo ad absurdus. Nam cum testamentum in quo præteritus fuit posthumus, per eius agnationem sic rumpatur, ut ex iuris ratione nullomodo conualecere queat, nec si posthumus qui rupit, viuo testatore decesserit *d. l. posthumus. 12. de in iust. rupt.* consequens est ut omnimodo refici testamentum debeat: Ergo nec codicilli valere possunt ut ex eo vires accipiant, siue facti sint ante posthumi natiuitatem. *l. ab intestato. 19. & l. penul. cod. si. siue postruptum testamentum, de quibus*

sanè locus hic intelligi debet quem tractamus, vt accommodata sit species ad eam de qua quærebatur. † Atqui, inquit, si posthumus qui testamentum rupto viuo testatore decesserit, testamentum ex Hadriani constitutione confirmatur hæc tamen vt ex eo peti possit bonorum possessio secundum tabulas, *d.l. posthumus*. Sic enim nostri ad eum locum. Et hoc nimirum est quod præcipitem egit Tribonianus, non animaduertentem quod nos docuimus ad *d.l. posthumus*, imò Hadriani rescripto nec factum esse, nec fieri potuisse vt confirmetur testamentum quod semel agnatione posthumi ruptum est, licet posthumus ille viuo testatore decesserit, sed illud tantum constitutum vt ea bonorum possessio quam ex perpetuo Prætoris edicto iurèque ordinario accipere heres poterat secundum tabulas testamenti quantumuis iniusti aut rupti, dummodò septem testium signis signatas, esset cum re quæ alioquin sine re futura erat, legitimo herede ius suum ab intestato exequente. † Sed & obseruare Tribonianus debuerat aliâ prorsus hac parte rationem esse testamenti, aliam codicillorum. Neque enim sicuti bonorum possessio datur secundum tabulas testamenti, ita possis dicere dari bonorum possessionem secundum codicillos. Nam quis vnquam id vel dixit, vel ab alio dictum audit? Nec ad rem pertinet, quòd data bonorum possessione secundum huiusmodi tabulas quibus præteritus fuerat posthumus viuo adhuc patre natus deinde & mortuus, valent legata & fideicommissa omnia iisdem tabulis relicta. Id enim quam rationem habeat, diximus ad *d.l. posthumus*, & ad *d.l. filio præterito*: neque verò recta est cõsecutio à legatis & fideicommissis in eodem testamento relictis ad codicillos extra testamentum factos & eo tempore quo iam ruptum erat testamentum, quâuis eodem tempore testamenti factionem pater habuisset. † Nec rursus obstat quòd quæcunque in codicillis scribuntur eodem iurè censentur quo si scripta essent in testamèto, *l. 2. §. codicillorum eod.* Id enim tum verum, cum & testamentum eo tempore valet quo scribuntur codicilli, & eo tempore testamenti quoque factionem testator habuit, *d.l. quadam*. At cū agnatione posthumi ruptum est testamentum, licet testamenti factionem eo tempore testator habeat, prius tamen testamentum non valet, quòd iam ruptum est. † Ex quo illud etiam apparet, non esse simile exem-

plum illud de testamento rupto per agnationem posthumi, quòd Tribonianus adducit, vt probet valere codicillos factos ab adrogato qui sui iuris decesserit. Nam cum testamentum agnatione ruptum est licet difficilius conualescat quia ruptum est, quàm si duntaxat sublatum esset, eo tamen facilius admitti posset codicillos valere, quòd testamenti factionem eo tempore pater habuisset. In illo autem casu de quo Paulus disputat, hoc est cum in adrogatione codicillos facit is, qui antè codicillos fecerat, duplex impedimentum est ne codicilli valere possint, & quia eo tempore sublatum est (quid verò refert an sublatum sit an ruptum vt ex eo nullas vires accipere codicilli possint?) & quia testamenti factionem eo tempore adrogatus non habeat. Quin & aliquando contingit, vt codicilli testamento confirmentur, nec tamen testamenti sed codicillorum tempus spectetur, vt in codicillis post militiam factis ab eo qui & in militia testatus, & intra annum missionis mortuus est, *l. si certarum. 17. §. vlt. de milit. testamen. l. si post missionem. 17. D. ad leg. Falcid.* Quanto igitur magis codicillorum tempus spectandum erit, cum testamento confirmari non possunt, quòd cuenit quoties testamentum aut ruptum aut sublatum fuit? † Addit Paulus, & de alienis quodammodo rebus testatur, quia licet hereditas sit nomen iuris & ibi etiam esse intelligatur vbi nulla sunt bona, *l. de bonor. possess. fieri tamen nequit vt eius qui non solum bona nulla habet sed nec habere potest, cuiusmodi est qui in adrogatoris transit familiam & potestatem, vlla hereditas esse existimetur, l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit.* Quam etiam rationem soleo reddere, cur non valeat donatio bonorum omnium præsentium, & futurorum, valeat autem præsentium duntaxat licet omnium. Nam quæ præsentium tantum est, non tollit testandi & habendi heredis facultatem cum homo natus capax acquisitionis, & ad acquirendum, ob idque nudus, possit sibi acquirere non solum quandiu viuuit, sed illo etiam instanti quo mori incipit, ea saltem quæ ignorantia acquiruntur, cuiusmodi sunt legata & fideicommissa, *leg. cum pater. 77. §. furdo de legat. 2.* Quæ verò futura quoque bona comprehendit, adimit prorsus habendi heredis & consequenter testandi potestatem, quia facit vt donator nec bona sibi vlla habeat nec habere vnquam possit.

VIRO,



VIRO CLARISSIMO ANASTASIO GERMONIO ARCHIDIACONO TAVRINENSI, SERENISS. VRBINATVM DVVIS CONSILIARIO & Oratori disertissimo.

ANTONIVS FABER S. D.



Eteris mutuaque necessitudinis nostra suauissima recordatio iam pridem postulabat, clarissime Germoni, vt qui abs te constanter vnicèque amari me intelligerem, vicissim tibi præstarem aliquid, quòd mirificam, & singularem animi erga te meæ propensionem, si minus magnificè, saltem candidè atque ingenuè testaretur. Quid verò à me proficisci tale potuit, nisi si quid ex intimis iurisprudentiæ nostræ studiis depromerem, in quibus scio non te solum, sed me etiam tantopere tibi placere? Quamquam id vnum iamdiu cogitanti & ambientem mihi occurrebat, quæ me remoraretur scriptorum tuorum comparatio; ex qua non obscure perspicerem quàm essent hæc parum digna, probare quæ deberes. Non quòd aliena sint ab eo scribendi genere quòd tibi maximè probatur (quid enim habes, aut vnquam habuisti antiquius, quàm vt veterem illam iurisprudentiæ dignitatem tot seculorum & interpretum barbarie misere conspurcatam disiectamque pristino decori suo, quoad posses, restitueres, ac veluti quodam postliminij iure in sedes patrias reuocares?) Sed quia video quàm sint tenuia & ieiuna si cum tuis conferantur, non minus sententiarum gravitate & verborum delectu ponderosis, quàm scientiarum omnium mira varietate, quæ redundant vndique, luculentis. Nam quid obsecro duobus illis animaduersionum tuarum libris scribi potuit accuratius? Quid tuis in Decretales paratilis aut utilius aut emendatius? Quid denique, vt cetera taceam, toto illo tractatu quem de sacrorum immunitatibus nuper edidisti subtilius, eruditius, præclarior? Deus bonè, quantam mihi totiq; reipublica literaria commouent ista expectationem septimi Decretalium libri, cuius compilandi, concinnandi, & interpretandi curam posteriores PP. eruditionis tuæ apprimè conscy tibi vni creditam esse voluerunt! Quàm magnum & excellens opus illud futurum est, in quo elaborando, vt scribis, omnes & ingenij & animi tui neruos adhibes, si quantum in eam rem diligentia ac industria collaturus es, tantum tibi datura est ocij dignitas tua. Sed ridiculus sanè sum si tua ostento vt mea rideas, aut parum ingenuus, si te laudo vt par pari referas quòd me titillet. Itaque præteribo tacitus reliqua, quæ si vt cuperem, in nominis tui commendationem cumulare vellem, non magis tua mihi quàm mea obstarèt modestia, quando arctissima necessitudinis nostræ iura sic ferunt, vt non minus mihi tecum laudem tuam communem esse putare debeam, quàm cetera sunt omnia, quæ amicitia vinculo & societate continentur. Ciuitate Romana honorificentissimè donatum te qui sciunt, & ex tanto ciuium Romanorum numero in amplissimo totius terrarum orbis theatro à Serenissimo Vrbinatum Duce vnum electum quem ille suum oratorem haberet, satis ex eo intelligunt, quanta virtutibus meritisque tuis laus ab optimo & eruditissimo quoque debeat. Mihi verò egregia & præcipua illa fuerit, si tibi studium in te meum, studique hæc qualiscunque testatio probabitur. Quòd etiam si non peterem, tua tamen erga me voluntas, & quæ in omnes humanitas est, pro me satis postulatura videretur, & sua propemadum iure impetratura. Bene vale vir clarissime, & me quòd facis ama. Ex vrbe Camber. 9. Idib. Decemb. 1595.



ANTONII FABRI I. G. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPR EMO

Sabaudia: Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

LIBER VNDECIMVS.

CAPVT I.

Ex pluribus correis debendi non semper pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit.

SVMARIA.

1 Bartolum & plerosque alios interpretes contrarium sensisse.

2 Rationes quibus probari videtur excussionis exceptionem, correo debendi ad quem pecunia non peruenerat, olim competisse, dum periculo eius alius conueniri poterat qui lucrum ex obligatione sensisset.

3 Correo debendi non aliter fieri, quam si singuli in solidum & eque principaliter obligentur, nec eo casu interesse cui pecunia numerata sit.

4 Respondetur ad exemplum à Bartolo allatum, & ratio afferitur, cur ex pluribus tutoribus in solidum obligatis is qui gessit prior conueniatur?

5 Curatorem voluntarium qui nihil attigit, priorem & in solidum conueniri posse, non item si inuitus curator factus sit.

6 Quando, & cur ex pluribus correis debendi per commodatum factis, is prior conueniri debeat qui solus ex re commodata lucrum senserit?

7 Explicatur §. vestimenta. l. cum in plures. ff. locat. & Tribonianus manus in eo indicatur.

8 Ei cuius nihil interest, non competere furti actionem.

9 Triboniani additionem in d. §. cum Labeonis verbis & sententia pugnare.

10 Tribonianum ipsum in d. §. sibi contrarium esse.

11 Verba illa, d. §. sed iudicem æstimaturum, constructionem non recipere.

12 An in specie l. sed Iulianus. 7. §. idem ait. ff. ad SC. Macedon. alteri correo utilis exceptio ideo datur, quod ad alterum correum tota pecunia peruenerit?

13 Ratio sententia Africani in l. vir uxori. 17. §. mulier & Titius. ff. ad SC. Velleian.

14 Cur in specie dict. §. mulier. creditor agens aduersus mulierem debendi corream, exceptione pro parte summonetur?

15 Mulierem que impellente creditore corream debendi se constituit, cum tamen reuera fideiuberet, exceptione SCti Velleiani iuuari.

16 Reijcitur Cuiacij interpretatio ad verba illa Africani, non omnimodò mulierem pro parte locij, &c.

17 An indistinctè in SCto Velleiano mulier correa debendi constituta pro fideiubente habeatur?

18 Non videri mulierem intercessisse, qua citra fraudem SCti correa debendi facta est ex causa ex qua si creditor pecuniam non dedisset, manus damnium mulier passura fuerat.

19 Cur eo casu mulier correa in solidum conueniri possit?

20 Mulierem debitoricem, qua creditor pecuniam promissis ne delegaretur, intercessisse videri.

21 Sententia l. idem et si. ff. ad SC. Vellei.

22 Quid requiratur ad excludendum SCti Velleiani beneficium.

23 Sententia Vlpiani in §. vlt. l. si pro parte. ff. de in rem veris.

24 Quando curiosus esse debeat creditor, qui plures correos debendi accipit, in quam rem impendatur pecunia?

PERVULGATA † est, nec minùs in foro, quam in scholis frequens illa nostrorum vox, Pluribus correis debendi factis, semper habendum pro fideiussore eum ad quem pecunia non peruenerit, ob idque dandam illi exceptionem non factæ excussionis quæ ex nouo iure fideiussoribus competit, vt non prius conueniatur quam appareat rem ab eo seruari non posse ad quem pecunia peruenerit. Sic enim Bartol. ab alijs approbatus in l. 3. §. vbi duo. num. 15. de duob. reis. † Ad id quod magis mirum est, id ipsum iam olim obtinuisse, si modò paratum se diceret is ad quem pecunia non peruenerat vt periculo suo alius conueniretur, qui lucrum ex obligatione sensisset. Ex l. vnde queritur. 7. iunct. §. vlt. l. 5. D. commod. vbi Vlpianus tractas de commodato quod pluribus factum sit, ait singulos & dolum & culpam & diligentiam & custodiã præstare in totum debere. Vt duo quodammodo rei habeantur, & si alter conuentus præstiterit, liberet alterum. Sin res commodata furto subtracta sit, ambobus quidem actio furti competat, sed ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur. Vnde quærit, si alter solus furti egerit an ipse solus commodati actione debeat conueniri. Et ait ex Celsi sententia, si alter conueniatur qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conueniri, alterum qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri & absolui. Quod etiam pertinere Baldus credit quod ex Labeonè scriptum legimus in l. cum in plures. 60. §. vestimenta. D. locat. Si vestimenta tua fulloni polienda dederas quæ is perdidit, posse quidem tibi ex locato cum fullone actionem competere, sed iudicem æstimaturum an aduersus furem magis agere possis & ab eo tuas res consequi, fullonis videlicet sumptibus vt non priùs tibi fullonem condemnet, quam perspexerit non posse te à fure res tuas consequi. Addit Bartolus exemplum tutorum, in qui-

in quibus constat receptum esse vt licet plures simul tutelam susceperint, prior tamen conueniatur is qui gessit si sit soluendo, quoniam ad eum maxime negotium spectare intelligitur. l. tres tutores §. 1. de adm. tut. l. vlt. C. de dim. tut. l. vlt. C. si tut. non gesser. Sunt etiam qui in eandem sententiam adferant quod scriptum est in l. item si filiusfamilias. 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait. D. de S. C. Maced. Si duos reos accepero, filiumfamilias & Titium, cum ad filiumfamilias esset peruentura pecunia. Ideo autem reum Titium acceperim ne quasi fideiussor senatusconsulti auxilio vteretur, vtilem esse exceptionem aduersus fraudem. Item quod Africanus respondit in l. vir uxori. 17. §. vlt. ad S. C. Velleian. Si mulier & Titius cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniæ rei facti sint, mulierem pro ea parte pecuniæ quæ in rem Titij versa est intercessisse videri, ideoque creditore sibi ab ea totum petat Senatusconsulti exceptione pro illa parte summoueri debere. † Mihi verò traditio ista semper suspecta & falsa esse visa est. Nihil. n. dici potest tam contrarium obligationi correorum debendi, quam vt excuti vnum oporteat priusquam aduersus alterum agi possit. l. de eom. 116. de verb. obli. Siquidem non aliter possunt fieri correi debendi quam si singuli non solum in solidum obligentur, sed etiam eque principaliter, ac ita vt nulla prorsus obligationum sit differentia. l. 2. & 3. l. si reus. 13. & pass. D. de duob. reis. Itaque frustra quæres cui ex iis pecunia numerata sit, cum is cui nihil numeratum est perinde in solidum obligetur, atque is qui totum accepit. l. propter mutuum. 4. C. cod. l. si non singuli. 5. C. si cert. pet. Neque enim curiosus esse debet creditor, in cuius utilitatem aut quam in rem expendatur pecunia eredita, dummodo cum eo contrahat, cui liberum sit in omnem casum se obligare. l. doli exceptio. 19. ad si. D. de nouat. sibi que potius imputare debet is qui cum sciret pecuniam ad se non peruenturam, vltro se correum debendi constituit. Nam sicuti nemo inuitus sit correat debendi, ita nec facile succurrendum est ei qui sibi ipse solutionis necessitatem imposuit. l. si fideiussor. 7. §. si necessaria. D. qui satisd. cog. † Ex quo vt hinc incipiamus responderi potest ad exemplum illud quo Bartolum moueri diximus, De pluribus tutoribus. In illis enim ideo receptum est aut potius constitutum (fuerunt namque constitutiones necessariae, de quibus in d. l. tres tutores de adm. tutor.) vt qui gessit prior conueniatur, quoniã tutelæ munus necessarium est & publicum ac quod inuito defertur nisi iustam habeat excusationem, proinde e fterit æquissimum iis tutoribus subueniri, qui nec vltro se obligauerint, nec tutelã gesserint, quandiu ab eo qui gessit indemnitatẽ consequi pupillus potest. At correorum debendi obligatio prorsus voluntaria est, siue re siue verbis fiat, ac siue ex liberalitate, siue ex iusta alia qualibet causa. † Cui simile est quod Vlpianus in leg. 2. §. vltim. de curat. bon. dand. scribit ex Cassio, si tres bonorum curatores fuerint, & vnus ex iis nihil attigerit non idcirco modum auctori constitui debere quominus contra hunc quoque qui nihil attigit in solidum experiri possit, quia non sit quærendũ quid ad eum peruenerit nisi inquit inuitus factus est, nam si est, dicendum non enim conueniendum. Nimirum quandiu cæteri qui attigerunt conueniri cum effectu possunt. Estque omnino improbabilis Bartoli interpretatio existimantis quod Vlpianus ait curatorem voluntarium qui nihil attigit, conueniri nihilominus & priorem & in solidum posse, sic accipi debere nisi paratus sit pati vt periculo suo

alij conueniantur ex d. l. vnde queritur. Dig. commod. Nam & si inuitus factus esse, nemo tamen dubitaret quin actio quæ aduersus cæteros instituenda esset eius periculo instituere. Et tamen id apertè Vlpianus agit vt doceat curatoris voluntarij duriores esse hac parte conditionem, quàm eius qui inuitus datus sit. Ergo generaliter, & indistinctè vult posse priorem conueniri eum etiam qui nihil attigit, nec priùs absolui debere quàm quod ex bonis redactum est præstiterit, quod & apertissimè traditum est in l. 3. cod. tit. † Neque verò contrarium est quod supra ex eodem Vlpiano retulimus in d. l. vnde queritur. Non enim simpliciter Vlpiano placet, Ex pluribus reis debendi per commodatum factis eum priorem conueniri debere qui solus lucrum ex re commodata senserit. Sed addit ille furti agendo, vt ostendat ea demum ratione fieri vt subueniri oporteat correo qui furti non egit, quod furti actionem quam aduersus furem instituere antea in solidum poterat, factum correi qui prior egit ac litis æstimationem consecutus est ipsi ademerit, indeque eueniret ne tam facile commodatori possit satisfacere, atque is qui furti agendò solus lucrum sensit ex re commodata. Nam cum hic nouus casus sit de quo nec cogitatum videri poterat cum duo correi debendi fieret, humanum est ei subueniri cui nihil imputari potest, præsertim quando nec commodatori ipsi quicquam deperat, Verùm longè alia ratio est eius qui se correum debendi vltro constituit ex causa commodati, cuius utilitas statim ad alterum correum totum peruenerit. Is enim nullam causam habet recusandi quominus statim & in solidum actione commodati vigeatur, licet nullã ex commodato commodum perceperit, cum ipsius æquè ac alterius fidem commodator in solidum sit secutus, eaque conditione ad obligationem ipse accesserit, vt & prior & solus conueniri in totum possit. Idque verba ipsa Vlpiani satis demonstrant. Nam cum proximè in præcedentibus scripsisset omnibus qui commodatum accepissent furti actionem competere: & quidem ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur, subiicit vnde queritur. Itã innuens, hoc vnum facere locũ quæstioni, An inter correat quidam conueniendi ordo esse debeat, quod correat qui non egerat, nullam pro re commodata actionem amplius habere poterat, quàm si saluam haberet, vtique dubitari non oporteret, quin solus & prior conueniri posset; quàmuis nihil ad eum ex re commodata peruenerit. † Iam verò quod Baldus obiicit ex §. vestimenta. l. cum in plures. 60. D. locat. multo minus ad rem pertinet. Nullum enim toto eo responso de duobus reis verbum est, & ab illis verbis, sed iudicem æstimaturum vsque ad finem §. nisi me fallit Triboniani manum agnoscere mihi videor, rem temperare suo more volentis, & nescio cuius æquitate prætextu manifestissimam iuris rationem labefactantis. Verissimum enim est quod Labeo simpliciter & indistinctè dixerat, si vestimenta tua fullo perdidit, & habeas vnde petas, nec velis repetere, agere nihilominus te posse ex locato cum fullone: Nihilque dici potest absurdius quàm vt denegetur tibi illa actio: eo prætextu quod aduersus furem possis agere, cum custodiam præstare fullo debuerit. At neque verum est posse te contra furem experiri, quia cum paratam habeas actionem aduersus fullonem, tua nihil interest si modò fullo sit soluendo. † Ei autem cuius nihil interest constat non competere furti actionem, quæ sententia & ratio est, l. utaque fullo. 22. cum duob. præcep. & leg. qui vas. 48. §. si ego. D. de

furt. vt idem Tribonianus apertius explicat in §. si fulloni. 5. Infit. de obligat. qua ex delict. nascunt. Nisi fortasse quis dicat interesse tua rem tuam habere potius quam personalem ex locato actionem. Sed manifestum est ad rem consequendam non in furis personam agendum esse, sed in rem directa rei vindicatione aduersus quemcunque possessorem: Hic autem locus de personali aduersus furem actione loquitur. † Et si verò verba illa & ab eo tuas res consequi significant tractari potius de condictione furtiua, quæ & contra solum furem datur, & rei persecutionem continet. l. i. 2. & pass. de condict. furt. hoc ipso tamen Tribonianus prodit inscitiam suam quam Labeoni nemo ausit adscribere. Nam cum id agat vt fulloni parcatur quandiu res tuas aliunde consequi potes, quid interest an fur ipse an alius possideat, id est, an à fure an ab alio res tuas consequare, dummodò fullonis sumptibus? Et verò in præcedentibus illis & habes unde petas nec repetere vis non distinguerat Labeonem à quo petere posses an à fure, an ab alio quolibet possessore. Consequens igitur erat vt nec in sequentibus tractaretur de actione aduersus furem exercenda, sed potius de re à quocunque possessore vindicanda. Denique, quod me maximè mouet, additio illa Triboniani pugnat omnino cum Labeonis verbis & sententia. Labeo enim casum illum tractat quo vestimenta tua quæ fullo perdidit aliunde petere possis, nec velis, datque tibi nihilominus contra fullonem personalem ex locato actionem. Tribonianus verò, vno illo casu permittit tibi contra fullonem agere, quo sit impossibile vt à fure vestimenta consequaris. Labeo liberum tibi relinquit an personali agere malis aduersus fullonem, an rei vindicatione potius aduersus possessorem. Id enim significat petendi verbum illo loco unde petas. l. pecunia. 178. §. actionis de verb. signif. Tribonianus contra, non patitur vt prius fullonem conuenias quàm constiterit deesse tibi vindicandi facultatem. † Sed & secum ipse Tribonianus pugnat. Nam eo quoque casu quo constiterit impossibile esse vt res tuas possis consequi, vult tamen cogendum te fulloni actiones tuas præstare. An non enim ridicula & inutilis futura sit cessio actionis quam constet vtilem tibi esse non potuisse? Aut quomodo possibile erit ex cessa actione fullonem res tuas repetere posteaquam apparuit esse impossibile vt tu ipse petere & consequi eas posses? impossibile si quidem tum demum id videri potest, cum apparet non esse amplius res tuas in rerum natura, aut sic eas deperditas vt nullomodo sciri possit vbi sint. Quibus tamen casibus non video cuius utilitatis possit esse cessio fulloni facta, præsertim aduersus furem contra quem suo iure iam paratam habeat furti actionem. † Taceo quòd verba illa Sed iudicem estimaturum, neque præcedentibus aptè coniunguntur, nec verbum vllum habent à quo regantur, si velis construere. Scribendum namque fuerat, Sed iudex estimabit. aut ita potius, sed verus est iudicem estimaturum. Quæ autem sequuntur, Sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit tum fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei præstare compellet. Deus bone, quàm sapiunt Tribonianum magis quàm vel Labeonem vel Iauolenum! Sed de his iam nimis multa cum sint extra propositam disputationem, quamquam nec fuit inutile Triboniani facinus prodere, vel ob id maxime ne quis ex eo loco inferat cum Accursio generalem illam propositionem quæ Baldo visa est ad rem facere cum qui contra duos agere potest, arctari ex causa vnum magis eligere

quæ tamen neque generaliter vera esse possit, neque in duobus reis de quibus nunc agimus, vilo vnquam casu. Restat igitur vt ad ea quæ ex Vlpiano, & Africano obieciimus, respondeamus. † Ac primum quod Vlpianus ait in l. item si 9. alias l. sed Iulianus. §. idem ait si duos de S. C. Macedoni. Si duos reos acceperò filiumfamilias & Titium cum ad filiumfamilias pecunia esset peruentura, ideò autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio Senatufconsulti vteretur, vtilem dandam esse exceptionem aduersus fraudem, non illam rationem habet quòd ad filiumfamilias tota pecunia peruenerit: sed quia color hic constituitur correi Titij quæsitus fuerat, vt lex ait, in fraudem Senatufconsulti, ne iuuaretur ille tanquam fideiussor Senatufconsulto, quo non minus fideiussori filijfamilias quàm ipsi filiofamilias succurritur. Cum tamè re vera id ageretur, vt pecuniam solus filiusfamilias mutuaretur, Titius autem pro eo intercederet. † Eademque ferè Africani sententiæ ratio est in dict. l. vir uxori. 17. §. mulier & Titius. D. ad Senatufconsultum Velleian. In cuius specie cum mulier & Titius in rem communem mutuati essent, factique correi eiusdem pecuniæ, Africano placet non omnimodo mulierem pro parte socij intercessisse videri. Nam si quidem ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum passura mulier fuerat, veluti quòd communis insula non esset, vel quòd fundus communis in publicum committeretur potius esse vt Senatufconsulto locus non sit. † At si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam intelligi, & ideò creditorem partem duntaxat pecuniæ à muliere petere posse: quòd si totum petierit, exceptione pro parte summoueri debere. Nempe quia sic posito iure vt mulier quæ se corream debendi constituisset, nullo casu Velleiano iuuaretur, aperta esset via fraudandi Senatufconsulti, & qui mulierem pro alio fideiubere vellet, id semper curaret vt obligaretur illa tanquam correã debendi nulla fideiussionis facta mentione. † Cui fraudi non aliter occurri potest, quàm si placeat illum potissimum inspiciendum esse, in cuius utilitatem versa sit pecunia, vt in d. §. idem ait si duos. Ex eo namque apparebit, non quidem reuera fideiussisse mulierem vt interpretes autumant, sed cum eam fideiubere creditor vellet, nec tamen aperte id facere posset metu Senatufconsulti id illum egisse vt se pateretur ipsa correã debendi constitui. Ac proinde ne frãus impunè facta sit perinde admittendum est locum fore Senatufconsulto ac si reuera mulier fideiussisset. Id enim est quod Africanus ait, tunc pro parte intercessionem factam videri, quod nec Accursius ignorauit ad l. 1. alias l. 2. C. de duob. reis. † Et longè rectius ille hac parte quàm Iacob. Cuiacius qui verba illa Africani, Non omnimodo mulierem pro parte socij videri intercessisse dicebat, sic explicat, quasi Africanus senserit duos debendi correos non aliter vice mutua fideiubere videri, quàm si id nominatim actum sit, cum tamen sequentia ostendant id eum potius sibi velle, vt mulier quæ correã debendi facta est, ita demum pro parte socij videatur intercessisse, id est pro eo habeatur ac si intercessisset, si maior sit eius obligatio quàm commodum, quod ex pecunia mutuata ad eam peruenerit: quod contingit quoties accepta duntaxat parte pecuniæ obligatur illa in solidum, nisi obligari illam in solidum ipsius quoque interfit: puta si alioqui maius damnum passura fuerat vt in iis exemplis quæ Africanus proponit. † Nec leuior eiusdem Cuiacij error est cum ad Nouell. 99. scribit generaliter

in Se-

in Senatufconsulto Velleiano mulierem correã debendi constitutam haberi pro fideiubente ex hoc ipso Africani loco. Etenim quantum interfit an mulier reuera & aperte fideiubeat, an verò in Senatufconsulti fraudem fiat correã debendi, vel ex hoc maxime cognosci potest, quòd si poneres eam cum Titio mutuata esse pecuniam, ita vt singuli in viriles tantum obligarentur, deinde fideiubere illam pro parte Titij, proculdubio indistinctè ac si simpliciter dicendum esset iuuandam fore exceptione Senatufconsulti pro qua parte fideiussisset: nam aperte facta esset fideiussio contra Senatufconsultum quo improbantur omnes mulieris intercessiones, nisi quæ in rem ipsius factæ sint: Neque locus esset illi distinctioni an fideiussio eam causam haberet ex qua si creditor pecuniam non dedisset maius damnum passura mulier fuerat. † Non enim facere res posset quin pro alio nõ in re sua mulier fideiussisse videretur, si quidem esset illa hodie ditior si in rem accepisset totam pecuniam tamen si postea in communem insulam fulciendam impendisset, quoniam æquitate iudicij communi diuidendo retinere posset partem socij quousque satisfactum sibi esset de pecunia in rem communem impensa leg. in hoc iudicium. 14. Dig. commun. diuid. Neque ad rem facit quòd etiam cum fideiussit habeat mandati actionem ad repetitionem pecuniæ. Minus enim illi cautionis est in personam quàm in rem vulg. leg. plus cautionis. 25. leg. minus est. 204. de regul. iur. Alioqui si ratio hæc placeret, admittendæ essent fideiussiones omnes mulierum pro debitoribus locupletibus, quod tamen non ita est, quia mulierum interest potius non soluere quàm solumum repetere leg. 3. Dig. de compensa. l. si debitor. ii. in fin. de liber. lega. l. si stipulatus. 15. Di. de fideiuss. At cum mulier non aperte fideiussit pro Titio, sed tantum palsa est constitui se correã debendi difficilius est vt ei succurratur quando nihil palam factum sit contra Senatufconsultum, solaque succurrendi causa illa esse potest, si quid in fraudem Senatufconsulti factum probetur. Atqui non potest videri quicquam factum in fraudem si mulier & Titius in rem communem mutuati sint pecuniam ex ea causa, ex qua si non dedisset pecuniam creditor maius damnum passura mulier fuerat. Constat enim vtiliter gestum esse negotium mulieris. † Illud ergo superest vt in solidum conueniri possit: Non quòd, vt parum acutè quidam existimant, vtiliter & in rem suam fideiussisse videatur, ceterque eo casu Senatufconsultum leg. 3. aliquando. 13. ad Senatufconsultum Velleianum. Sed quia verum sit eam nullomodo intercessisse quæ citrà fraudem correã debendi facta sit. Idque apparet ex illis verbis tunc pro parte intercessionem factam videri, quæ ad posteriorem distinctionis partem accommodata ostendunt manifestissimè nullam in priore parte videri posse factam intercessionem. † Simile quiddam est in leg. debitor. 24. in princip. eod. titul. vbi scriptum est, Si debitor mulier à creditore delegata pro eo cui delegata est, promiserit non esse iuuandam exceptione, sed si promiserit pecuniam ne delegaretur intercessisse videri. An quòd intercedat reuera quæ pecuniam promittit ne delegetur? Minimè, sed quòd in fraudem Senatufconsulti factum id videatur, ideoque perinde habendum ac si mulier intercessisset. Quare nec in hac specie nec illa quam Africanus tractat in dict. §. vltim. habet mulier mandati actionem si mallet soluere quàm vt exceptione Senatufconsulti argum. d. l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiuss. Cum tamen mandati actio omnimodo competat ei qui

pro alio intercedit, aut saltem negotium gestorum nisi donandi animo aut in rem suam interuenit. l. ex mandato. 29. §. 1. & pass. D. mandat. l. si remunerandi. 6. §. si passus eod. l. quod dictum. 32. de pact. l. si quis reum. 5. de liber. legat. † Quod autem sequitur in l. idem est. 18. eodem tit. ad Senatufconsultum Velleian. idem esse si pro meo debitore mulier & Titius duo rei intercesserint, non ita accipiendum est vt eo casu sicut ex illo quem Africanus tractauerat mulier pro parte conueniri possit, pro parte autem iuuari Velleiano (nam imò verò nullomodo illa obligatur, sed Titius solus, & in solidum l. si Titius. 48. de fideiuss.) Sed eò pertinet vt intelligamus ad excludendum beneficium Velleiani non illud satis esse, quòd mulier tanquam correã debendi, ac proinde tanquam principalis debitor obligata sit: Quinimò ne tam facile sit fraudem Senatufconsulto facere, illud semper inspicere oportere, an obligationis causa mulieris utilitatem respiciat, an alterius qui cum muliere obligatus est, siue correus ille sit, vt in d. §. vltim. siue alius principalis debitor vt in dict. l. idem. Quamquam longè minorem habet dubitationem casus ille si pro debitore meo Titius & mulier quasi duo rei intercesserint. Sunt enim illi correi fideiubendi, & consequenter fideiussores, sicut & si singuli pro debitore meo fideiussissent. Quod in correis debendi diuersum est ex quacunque causa constituti sint l. eandem. 9. D. de duob. reis. & ob id nimirum quoties mulier correã debendi facta proponitur, necessaria est supradicta Africani distinctio. † Alia quæstio est si de in rem verso agatur. Nam si pater & filiusfamilias correi facti sint eiusdem pecuniæ quæ tota ad patrem peruenerit, & filius soluerit, quamuis suo nomine & vt seipsum à propria obligatione liberaret, actio tamen de in rem verso aduersus patrem competet, non secus ac si filiofamilias credita esset pecunia, quam filius postea in rem patris vertisset. Quoniam in illa actione non de illo quæritur an filiusfamilias suo nomine an fideiussorio sit obligatus, sed de illo duntaxat vtrum in rem patris versus sit necne. Eaque Vlpiani sententia est in l. si pro parte. 10. §. vlt. de in rem vers. Vt nulla causa sit cur eo loco abuti Bartolus debeat ad probandum, ex pluribus correis debendi pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit. † Nam extra causam actionis de in rem verso quæ non competit nisi aduersus patremfamilias vel dominum ex contractu inito cum filiofamilias vel seruo, non debet curiosus esse creditor qui plures accipit correos debendi, in quam rem impendatur pecunia, nisi quando contrahit cum persona quæ liberam sui omnimodo obligandi potestatem non habeat, vt puta cum muliere obligante se cum alio vel pro alio d. l. vir uxori in princip. illo loco, tunc enim diligentior esse debere & d. §. vlt. D. ad Senatufconsultum Velleian. aut cum filiofamilias vt in d. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait si duos ad Senatufconsultum Macedon. Aut cum pupillo vel minore, quorum ille, non aliter obligatur ex rescripto Diui Pij quàm si fiat locupletior l. 3. pupillus l. si pupilli. 6. l. Nefemius. 34. l. luis. 32. de negot. gest. l. 3. D. commod. l. pupillus si in princip. de apertor. tutor. Hic verò etsi obligatur, in integrum tamen restituitur, nec aliam pecuniam vel redere vel sibi imputare cogitur, quàm ex qua locupletior factus esse probetur l. patri. 27. §. 1. in fin. de minor. l. sine herede. 32. §. interposito de admin. tutor. l. praediorum. 10. Codic. de praed. minor.

Correos debendi numquam vice mutua fideiussisse videri, nisi cum id nominatim actum est.

SVMARIA.

- 1 Tres diuersa Doctorum super hac questione sententia.
- 2 Rationes septem Iohannis glossatoris aduersus eos qui existimant correos debendi omni casu fideiubere videri.
- 3 Aliquando contingere vt exceptio vni ex correis competens alteri quoque danda sit, & contra exceptio quae prodest reo non prodest fideiussori.
- 4 Rei iudicate exceptionem non minus correo, quam fideiussori prodest.
- 5 Rem iudicatam pro veritate haberi, arbitri sententiam non item.
- 6 Casus, quibus sententia pro vno ex correis lata alteri correo non prodest.
- 7 Non bene à Ioanne acceptam esse Iulianis mentem in l. si ex duobus. ff. de duob. reis. constit.
- 8 Affertur argumentum pro Iohannis sententia, qui vult nunquam correos debendi inuicem fideiussisse videri, nisi nominatim id actum sit.
- 9 Eum qui cum filiofamil. mutuam pecuniam accipiente correum se constituit, pro fideiussore non haberi.
- 10 Vnum ex correis debendi in duriores causam obstringi posse, fideiussorem non item.
- 11 Alia differentia inter correos debendi & fideiussores, ad eorum liberationem sine exceptionem pertinens.
- 12 Liberatio reo fideiussorem vel ipso iure, vel exceptionis ope consequenter liberatum intelligi.
- 13 Praecipua ratio propter quam correi debendi vice mutua fideiussisse non intelliguntur.
- 14 Soluitur obiectio contra Iohannis sententiam allata, & probatur ex eo quod in toto fere iure alia correi, alia fideiussoris ratio est, nullam inter correos imitam videri tacitam fideiussionem.
- 15 An secundum Iohannis sententiam societas inter correos debendi inducere possit praesumptionem tacitae fideiussionis?
- 16 Cuius opinio refellitur existimantis correos debendi non vice mutua fideiubere, sed mutuo intercedere videri.
- 17 Correos veteres & nouo iure ab intercessoribus separari.
- 18 Correum pro fideiussore & intercessore haberi eum, qui cum utiliter fideiubere non posset, in fraudem legis vel SCti. correus factus est.
- 19 Cur correos Graeci ἀλληλεγγύως vocauerim?

Pertinet t̄ quodammodo ad superiorem disputationem hic quoq; tractatus, An qui ex aliqua causa correi debendi facti sunt vice mutua fideiussisse videantur. Veterum quorundam opinio fuit videri eos omni casu inuicem fideiubere: aliorum post Ioannem primi nominis glossatorem, quae & magis communiter à ceteris interpretibus recepta est, Numquam id admittendum nisi si aut nominatim id actum sit aut socij proponantur. Media quaedam sententia est Iacobi Cuiacii, ad Africanum in l. vir. v. xori. §. mulier & Titius. D. ad Senatusconsultum Velleian. vt siue simpliciter correi debendi facti sint, siue socij quoque proponantur non aliter inuicem fideiubere credendi sint, quam si nominatim id agatur, censentur tamen vice mutua intercedere, indeque fiat vt à Correos ἀλληλεγγύως appellentur. t̄ Iohannis rationes sane quam permulta & maximae fuerunt aduersus

prima sententia assertores. Praecipue autem haec quas & Cuiacius probat & improbare recti iudicij nemo possit. Ac illa primum quod frustra Papinianus in l. reos. ii. de duobus reis scriberet, posse sic correos accipi vt vice mutua fideiubeant si cum simpliciter accepti essent hoc ipso vice mutua fideiussisse videntur.

Secunda, quod nullo iuris loco proditum est, Correo debendi qui totum soluerit competere aduersus correum pro partis repetitione mandati actione, quae tamen proculdubio competeret, sicut & aliis quibuslibet fideiussoribus mandante, aut quod idem est patiente debitore obligatis, si pro ea parte fideiussor haberetur is qui correus factus est.

Tertia, quod neque vsquam scriptum legimus, correum posse pro parte debiti compensare quod correo debeatur, nisi forte socij sint, l. si duo. io. D. de duob. reis. Cum tamen certi iuris sit posse fideiussorem compensare id quod debitori creditor debet, l. si quid à fideiussore. 5. D. de compensat. Addidi nisi forte socij sint, quia licuti societas facit vt quod ab vno petitur, ab alio peti videatur, ita facere debet, vt quod vni ex sociis debetur alter in solidum conuentus perinde compensare possit atque si tibi deberetur.

Quarta, quod si duo sint correi debendi, & vnus compromiserit, & arbiter ab eo peti vetuerit, tum ab alio correo petatur, poena non committitur si non sint socij, l. si duos 34. de recept. qui arbit. quod fecus esset si inuicem fideiussisse crederentur, vt eadem lex innuit in illis verbis & fortasse potuimus ita fideiussoribus coniungere. Qui enim à fideiussore petit, ab ipso reo vt ipsa petere intelligitur, & τὴν δύναμιν, vt ait Iudaeus. 29. eod. tit.

Quinta, quod si vnus ex correis debendi confusione obligationis liberatus sit, alter nihilominus in solidum remanet obligatus, quod saltem pro parte debiti non eueniret si pro ea parte qui correus est, fideiussoris loco habendus esset, quemadmodum & si socius proponeretur, l. Graniius. 17. de fideiuss. Ideo autem loquor de liberatione qua per obligationis confusione contigerit, quod si ea per capitum diminutionem obtigisset, non magis fideiussor quam reus liberaretur, in eoque par vtriusque condicio esset, l. vlt. D. de duob. reis. l. i. l. sententia. 20. C. de fideiussor. l. defensiones. ii. C. de except. praeterquam si agas de fideiussoribus iudicio fisci & iudicatum solui in quibus speciale est vt reo ante sententiam capite minuto ipsi liberentur, quasi fideiussionis condicione numquam extitura, cum aduersus eum qui libertatem aut ciuitatem amisit sententia ferri non possit, l. 4. §. 5. D. qui satisfacere cogant. l. sed & si quis in prin. 4. D. si quis caution. Vnde fit vt si post commissam stipulationem contingat capitis diminutio ei qui aut iudicio fisci aut iudicatum soluere debuit fideiussores isti teneantur, d. l. qui satisfacere cogant l. Iancimus. 26. C. de fideiuss. vt recte Cuiacius tractat lib. 19. obser. c. 29.

Sexta, quod si vnus ex correis debendi ab aliquo stipulatus sit rem ratam haberi, & ab eius correo petatur qui socius non sit, stipulatio non committitur quae sane committeretur si correi aut socij essent aut confideiussores, l. i. D. rem rat. haberi.

Septima, quod si vni ex correis debendi legata est à creditore liberatio, nulla ex parte correus eius liberandus est, cum tamen si pro parte debiti fideiussor esset, pro ea quoque parte liberandus esset, non fecus atq; si socius proponeretur, leg. 1. §. immo de effect. l. si quis reum. 5. de liber. lega. t̄ Addebat Iohannes. Exceptiones, quae prodest vni ex correis non prodest alteri conuentus

uento in solidum ex l. idem. 18. D. ad Senatusconsultum Velleian. quae tamen prodesse fideiussori, l. si mulier. 16. §. si ab eodem titulo. Sed argumentum hoc dubium est & suspectum: siquidem fieri potest vt exceptio vni ex correis competens alteri quoque danda sit, vt puta exceptio rei iudicatae, & iurifurandi, de quibus mox dicemus. Et contra vt exceptio quae prodesse reo non prodest fideiussori, vt si inuitum sit pactum personale De non petendo à reo leg. nisi hoc actum. 22. de pact. si fideiussor donandi animo aut in rem suam interuenerit, l. quod dictum. 32. eodem dicta l. si quis reum. 5. de liber. leg. Si contemplatione iuris Praetorij pro minore in integrum restituito, l. Stichum aut Pamphulum. 95. §. quod vulgo de solut. de cuius sententia & emendatione scripsimus lib. 8. capitu. 4. Sane quod ad Senatusconsultum Velleianum attinet aperta differentia est inter mulieris correum & fideiussorem. Correo enim non iuuatur exceptio Senatusconsulti, quia non ex mulieris persona, sed ex propria & pro debito suo conuenitur, dict. leg. idem cum. §. vlt. l. praeced. Fideiussor iuuatur quia totam obligationem Senatus improbat vt Iulianus loquitur in dict. §. si ab ea, id est non tantum principalem obligationem quae est mulieris, sed etiam accessoriam quae est fideiussoris. Quare si Ioannis rationem nimis generalem coarctes ad exceptionem quae datur ex Senatusconsulto Velleiano, aliasque nonnullas eiusmodi probabit optime: Non quicumque correus debendi est continuo eum pro correi parte fideiussorem videri, cum alio hic iure correus, alio fideiussor censetur. t̄ Idem Ioannes ex eo quoque mouebatur, quod exceptio rei iudicatae quae haud dubie prodest fideiussori, l. exceptiones. 7. §. res autem. D. de except. correo tamen non prodest, ar. g. d. l. si duo. 34. de recept. qui arbit. Sed in hoc reprehenditur non male à Cuiacio, quoniam imò verò non minus correo quàm fideiussori ea exceptio prodest, perinde ac si nouatione aut acceptilatione aut solutione correus liberatus esset l. si rem aliquam. 31. §. si duo. D. de nouat. t̄ Nempe quia res iudicata pro veritate habetur nec fieri potest vt correi absentis obligatio subsistat postquam pronunciatum est nihil deberi. Longeque alia causa est sententiae arbitri quae sicut nunquam transit in rem iudicatam ita pro veritate haberi non potest, ideoque nec ratio vlla est cur ei dari oporteat nisi metu poenae: quia ex compromisso non exceptio vt ex re iudicata, sed poenae tantum petitio nascitur, l. 2. §. pass. de recept. qui arbit. l. i. C. eodem. t̄ In quo tamen cauendum est ne decipiamur. Nam si ponas duos debendi correos ex causa depositi factos esse, alterum autem cum quo priore actum sit depositi ideo absolutum esse, quod dolo careret, non statim consequens est alium correum, cuius dolus interuenerit tutum esse debere exceptione rei iudicate. Quin imò post rem pro alio iudicatum ad eum perueniri poterit vt condemnetur l. prima. §. si apud duos 43. in fi. deposit. Toties igitur sententia pro vno ex correis lata alteri proderit quoties in rem non in personam concepta erit, id est quoties de ipso contractu & de re non de persona iudicatum erit. Eademque exceptionis iurifurandi ratio est, siue iurifurandum comparere rei iudicatae leg. prima & secunda. D. de iurifurand. siue dicas habere instar iudicij leg. qui iur. affe. 26. §. vltim. eodem. Nam & rem totam in iudicium deducere quilibet ex correis solus potest, dict. l. si rem. §. si duo de nouat. Siue denique iurifurandum malis esse simile solutioni, leg. iurifurandum. 27. de iurifurand. Neque enim dubitatur quin solutione per vnum ex correis facta alius quoque liberetur, totaque obligatio peri-

matur, leg. secunda. §. primo de duobus reis. Sed hoc quod etiam accipi debet, si modo ideo interpositum est iurifurandum vt de contractus iure & de re non de persona iurantis ageretur: alioqui nec fideiussori prodesse iurifurandum debitoris. leg. in duobus. 28. in principio. & §. primo eodem titulo de iurifurando. t̄ Reprehenditur etiam non male idem Ioannes à Cuiacio in eo quod putabat si Titius & Stichus feruus Sempronij accepti essent duo rei promittendi extra causam peculiarem, Sempronium teneri de peculio ex Iuliano in lege si ex duobus 12. in fine de duobus reis: qui tamen non teneretur si feruus fideiussisset, quoniam fideiussionis nomine obligari feruus nullomodo potest, leg. tertia. leg. sed eisi. 20. de fideiussor. Longe enim alia illo loco Iulianis sententia est, quia nec Cuiacius ipse percepit, vt sequenti capite docebimus. t̄ Addi potest pro Ioannis sententia fortissimum argumentum, ex lege idem in duobus 28. de pact. vbi Paulus scribit, Idem in duobus reis promittendi & argentariis sociis dicendum esse, quod in lege praecedenti dixerat de fideiussore in rem suam obligato, nimirum, vt pactum cum vno ex iis factum de non petendo prodest alteri si in rem non in personam conceptum sit. Sic enim non obscure innuit in duobus reis promittendi qui socij non sint, aliud respondendum esse, nec vnus conuentionem licet in rem conceptam alteri prodesse. Et tamen si vice mutua fideiussisse intelligerentur, certe pactum vnus, dum ne in personam conceptum esset, prodesse alteri etiam non socio, eo scilicet iure quo pactum rei prodest fideiussori, l. & heredi. 21. §. vlt. eod. tit. Pro ea nimirum parte debiti pro qua correus fideiussisse videretur. t̄ Addo etiam, quod Vlpianus ex Iuliano tractat in l. item si 7. alias leg. Iulianus. §. idem ait si duos ad SC. Maced. Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium cum ad filiumfamilias peruentura esset pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio Senatusconsulti vteretur, dandam esse vtilis exceptionem aduersus fraudem. Nam si ita ius esset, vt duo correi debendi inuicem fideiubere viderentur, non magis prodesse mihi correum Titium accipere quam fideiussorem, neque necesse esset ad vtilis exceptionis auxilium confugere cum directe saltem pro debiti parte competeret. Neque via haec ad fraudem committendam apta esset, quam tamen atissimam esse lex ait, quia correus debendi pro fideiussore haberi non solet. Ob idque vtilem ex Senatusconsulto exceptionem dari necesse est, non directam quae daretur vtique si Titius filijfamilias fideiussor proponeretur. t̄ Alia nec inelegans inter correum debendi & fideiussorem differentia est, quod ex pluribus correis debendi potest vnus pure obligari alius in diem aut sub condicione, qua pendente non eo minus conuenietur in solidum qui pure obligari voluit, leg. ex duobus 7. de duobus reis. §. vltim. Insiur. eodem. At fideiussor pure accipi non potest, si debitor in diem tantum aut sub condicione obligatus fuit, ne in duriores causam contra iuris regulam obstringatur, l. graec. 8. §. illud commune, lege fideiussor. 57. D. de fideiussoribus. Quamuis & correis debendi & fideiussoribus commune illud sit, vt ex vtriusque persona, ratio proprij temporis quod obligationi tacite inest habentur, l. eandem. 9. §. vlt. de duob. reis. l. si testamento. 49. §. vltim. de fideiuss. iuncta lege continuis. 137. §. cum ita. de verborum obligatione. t̄ Accedit quod si alterutrius ex correis debendi personam obligatione eximere creditor voluerit, siue expresso eo vt alteri ea res non prodesse, siue non expresso (nihil enim re-

ferret dummodo socij non sint) nihilominus saluam ac integram habet in correum actionem, nec ea repellitur exceptio quam nos cedendarum actionum appellamus. Multum namque interest vtrum res ipsa qua debetur solvatur, an persona liberetur. Illo casu vterque liberatur vno tantum solvente. *lege secunda, lege tertia. §. ultimo de duobus reis.* Isto vero cum persona duntaxat liberatur manente obligatione, alter durat obligatus *dicta lege Grauius. 71. de fideiuss. dicta lege vltima de duobus reis.* In fideiussore contra. Nam liberato reo fideiussor per consequentias liberatus intelligitur, *lege si fideiussor. 19. D. de dolo.* nec fieri potest vt sublata principali obligatione subsistat fideiussoria, qua non nisi accessoria est. Quod si debitor non ipso iure, sed tantum per exceptionem puta pacti de non petendo liberatus proponatur, constat quidem non competere fideiussori exceptionem cedendarum actionum qua non nisi ratione fideiussorum datur, cum aduersus reum indemnus seruari possit mandati actione aut negotiorum gestorum, sed tamen prodest vt iam diximus pacti exceptio fideiussori, nisi merè in personam conceptum pactum fuit *dicta lege & heredi. 21. §. vltimo cum lege sequent. D. de pact.* Ex his igitur apparet correum debendi qui ferè in omnibus alio iure censetur quam fideiussor pro fideiussore haberi non posse. Sed præcipua ratio illa est quam nos initio attigimus: quod si correi debendi vice mutua fideiubere intelligerentur, consequens esset ei qui solidum soluisset competituram pro partis repetitione mandati actionem si mandatum præcessisset, aut negotiorum gestorum si mandatum nullum interuenisset, *lege ex mandato. 20. §. 1. D. mandat.* quod tamen nusquam est proditum, vt pluribus dicemus infra capitulo sexto & septimo. Dices fortasse malas esse superiores omnes Ioannis collectiones & ratiocinationes. Nam & cum ita accepti sunt correi vt vice mutua fideiubeant, constat tamen posse crediti orem contra vnum ex correis sic agere vt non tanquam fideiussorem conueniat pro parte, sed in solidum tanquam correum & principalem debitorem. Siquidem mutua illa fideiussio non impedit aut immutat correorum obligationem. Porro eo casu quo interueniente etiam expressa fideiussione correat tanquam correat in solidum conueniatur, nemo dixerit eandem correi quam fideiussoris rationem esse, quia non tam illud inspiciendum est, an qui conuenitur fideiussor quam quo iure & an quasi fideiussor conueniatur. *dict. l. reos. §. 11. de duobus reis.* Ergo quemadmodum ea res non facit, quominus verum sit correos vice mutua fideiussisse, cum expressè fideiussissent, ita, inquit, non potest recta esse consecutio si ob id solum quod in toto ferè iure alia correi, alia fideiussoris ratio est inferre quis velit, nullam inter eos initam videri tacitam fideiussionem. Verum respondeo, imò rectissimam esse consecutionem hactenus vt inferri possit: Correum qui non nisi tanquam correat obligatus est hoc ipso fideiussisse non videri, nec fieri posse vt alio iure quam quasi correat conueniatur. Alioqui nihil interesset an correi simpliciter accepti essent, an ita vt vice mutua fideiuberent: quod tamen satis aperte Papinianus negat in *dicta lege reos.* Quod verò Ioannes exceptionis loco addebat, *Nisi correi socij essent,* merito displicuit Cuiacio, quia tametsi societas in plerisque tantum præstet quantum mutua fideiussio, non potest tamen inducere præsumptionem tacite fideiussionis. Quin vel eò minus quod ea fideiussio nullius plane effectus esset hinc dicimus, si duo correi de-

bendi sint socij pactum vnius alteri prodesse, non quod alter ille pro fideiussore habendus sit, sed quia eius qui pactus est interest, vt à correo qui absens fuit nihil petatur, quoniam qui solueret id ipsum correo societatis iudicio reputaret *leg. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* quod non contingeret inter eos qui socij non essent. Toties enim vnius conuentio alteri prodest quoties paciscentis principaliter interest vt profit. *dicta lege & heredi. 21. §. vltim. de pact. cum seqq.* Inde etiam fit quod Papin. scribit in *l. si duo. 10. de duobus reis.* Compensationem quam alter ex correis obiicere posset, ab altero quoque posse obiici si socij sint non aliter. Hinc denique ne singula recentem quod idem Papin. in *l. eandem. 9. §. penult. imò eodem.* Pactum vnius ex depositariis correis cui culpa remissa est prodesse alteri, ita demum si socij sint & culpa communis interuenierit, *Culpa, inquam, communis* quia socius poenam, quam ex propria culpa meruisset socio reputare non posset *l. qui proprio. 46. §. item contra de procurat. lege si communis. 9. lege si ex duobus. 17. §. primo de noxal. action.* Nec sanè vllus iuris locus est qui Ioannis sententiam tueatur, vt ex iis apertius constabit, qua nos infra tractabimus capitul. 16. ad *l. in lege. 62. D. ad legem falcidiam.* Restat vt eiusdem Cuiacij quoque nouam opinionem omnium improbabilissimam refellamus, qui etsi fateatur cum Ioanne, correos debendi vice mutua fideiubere non videri, contendit tamen quod ante eum nemo vnquam dixit, videri eos mutuo intercedere *ex l. vir. uxori. 17. §. mulier & Titius ad S. C. Velleian.* Prorus in subtiliter. Etsi enim non ignoro aliud esse fideiubere, aliud intercedere, latiusque patere intercedendi quam fideiubendi vocabulum: Tamen quisquis intercedit eum necesse est aut fideiussorem esse aut sponsorem, aut mandatozem, aut promissorem, aut adpromissorem, aut constitutozem, aut denique aliud quid simile, quorum omnium nihil est quod de correo debendi commodè dici possit. Alioqui nihil causæ fuisset cur iure vetere correi separarentur ab intercessoribus, & iure nouo. Nam cum Iustinianus Nouell. 4. *De fideiussor.* beneficium ordinis dedisset omnibus non modò fideiussoribus & mandatoribus, sed etiam intercessoribus, quid erat cur postea Nouell. 99. idem priuilegium produceret ille ad correos? Aut cur daret iis beneficium diuisionis quod iam antè ab Hadriano datum confideiussoribus & mandatoribus ex eadem æquitatis ratione tractum fuerat per interpretationem ad constitutores tanquam qui essent quoque intercessores *l. vltim. C. de constit. pecun.* Nec verò moueri vir doctissimus debuit *ex d. §. vltim. l. vir uxori ad Velleian.* Est enim locus ille de muliere correa debendi facta in fraudem Senatufconsulti, habetque specialem rationem quam nos in superioribus iam sæpius inculcauimus, quod cum obligationis correorum prætextus quaritur in fraudem legis ad obligandam eam personam qua vtiliter fideiubere non posset, æquilibrium sit non tantum pro intercessore quolibet, sed etiam pro fideiussore haberi eum qui in fraudem correat factus est. Si non in eius utilitatem pecunia versa sit. Ne aliter posito iure facile legi fraus fiat, inducto eo, vt qui quasi intercessor obligari non posset tanquam correat obligaretur. Itaque finge ad inducendam Senatufconsulti Velleiani exceptionem nõ sufficere vt mulier quocumque modo intercesserit, nisi etiã fideiussor. An eò minus in specie *d. §. vlt.* locus esset Senatufconsulto? Imò esset. Alioqui perinde fraus fieret Senatufconsulto muliere constituta correa debendi

bendi si non tantum pro intercedente, verum etiam pro fideiubente haberetur. Non est igitur hac parte separanda intercessio à fideiussione. Similiter si Titius & filiusfam. correi facti sint cum ad solum filiumfamilias peruentura esset pecunia, idè duntaxat adhibito Titio ne quasi fideiussor filiifamilias auxilio senatusconsulti vteretur, dicimus Titio dandam vtilem exceptionem aduersus fraudem *dict. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait si duos de S. C. Maced.* Non alia ratione quam quia pro fideiussore habendus sit qui in fraudem correat factus est ob hoc ipsum ne fideiussor esse videretur. Proinde nec aliud iuris esset si solis filiifamilias fideiussoribus non etiam aliis quibuscumque intercessoribus Senatufconsulti exceptio prodesse posset. Vt intelligamus nihil hinc intercessionem differre à fideiussione. Extra hos casus & si qui sunt similes numquam correat debendi censetur vice mutua fideiubere tametsi nihil ad eum perueniret, vt superiore capite ostendimus. Nec quod Græci eos ἀλληλεγγυες vocant quicquam facit. Id enim idè factum videri potest quod accommodatius nihil haberent ad exprimendam vno nomine vt solent potestatem obligationis, qua inter correos sic contrahitur ab alterutro etiam ad quem nihil peruenit perinde solidum peti possit ac si tanquam correi fideiussor obligatus esset. Aut ob id etiam fortassis quod plerumque sic accipi correi solent vt inuicem quoque fideiuberent, quandoquidem ea cautio creditori nocere posse non videbatur. Fefellitque fortassis ea res Tribonianum vt quod ab Hadriano & Iustiniano inductum iam fuerat beneficium diuisionis & ordinis fauore fideiussorum, idem ille in correis etiam inducendum putaret, quasi eadem æquitatis ratio subesset, cum tamen non solum iuris constitutio, sed ipsa quoque conuentionis substantia omnino repugnaret: quemadmodum docebimus infra cap. 4. ad Nouell. 99. Fefellit etiam virum doctissimum Iacobum Cuiacium vt in quaestione ista intercessionem à fideiussione separandam putauerit, quod non aliter sibi visus est posse explicare Venuleij contextum in *§. 1. l. si ex duobus. 12. De duob. reis.* De cuius sententia quoniam per obscura est, necdum à quoquam vt mihi videtur percepta, superest vt nonnulla subiiciamus.

CAPVT III.
Explicatur subobscurus necdum intellectus Venuleij locus in l. si ex duobus 12. §. 1. De duob. reis. SVMMARIA.

- 1 Verbum constitui in d. §. 1. esse præteriti actiui, non infinitiui passiu.
- 2 Quæ sit Venuleij sententia in primis d. §. verbis?
- 3 Correos in d. §. dici non posse Titium & pupillum, à quibus impar suscepta est obligatio.
- 4 Diem & conditionem obligationi adiectam non inducere disparitatem in substantia obligationis.
- 5 Differre causam duriorum à dispari.
- 6 Disparitatem in substantia obligationis esse, quum vnus ex correis in solidum obligatur, alius autem vel nullo modo, vel tantum secundum quid.
- 7 Obligationis substantiam ex ipso contractu & negotij gestione, non ex euentu estimari.
- 8 Non semper correos esse, qui simul obligantur, & quidem singuli in solidum.
- 9 Titium & pupillum quorum in princ. d. §. mentio fit,

- correat non esse.
- 10 Titium & Stichum Sempronij seruum à quibus creditor stipulatus est, in altera specie d. §. correos debendi non esse.
- 11 Serui personam in dicta specie correorum constitutionis impedimento esse.
- 12 An seruus ille dominum correum reddere possit?
- 13 An, si tantundem sit in peculio serui, quantum in obligatione, dominus correis constituitur?
- 14 Refutatur Doctorum interpretatio ad illa Venuleij verba, quanquam si seruus sponderit, in actione de peculio &c.
- 15 Seruum à pupillo in dictis verbis non separari.
- 16 Cur in dicto versiculo addita sint verba illa, in actione de peculio?
- 17 Dubitandi causa, propter quam videbatur, Stichum seruum, qui se cum Titio obligasset, Titij correum fieri posse.
- 18 Titium & filiumfam. si eo animo spondeant, vt duo rei fiant, vtiliter & tanquam correos obligari.
- 19 Sententia horum verborum, ac si liber fuisset.
- 20 Duplicem in seruo conditionem spectandam esse.
- 21 Respondetur ad rationem dubitandi supra propositam.
- 22 Filiumfamilias & seruum, quod ad actionem de peculio parum, aut nihil differre.
- 23 Cur filiusfamilias correat constitui possit seruus non videri?
- 24 Alia interpretatio ad dictum versiculum assertur?
- 25 Titium & Stichum seruum correos constitui non posse propter disparitatem obligationis in substantia.
- 26 Cur eo casu Titius solus in solidum, non autem seruus dominus de peculio obligetur?
- 27 An eo casu Stichus seruus pro interuenitore accipiendus sit?
- 28 Aliam esse hac parte pupilli locupletioris facti, aliam verò Stichi serui rationem.
- 29 Venuleij responsum ad eam speciem pertinere in qua nec pupillus locupletior sit factus, nec in rem domini versa sit, aut ex causa peculiari debita pecunia.
- 30 Probatur ex Venuleio correos debendi vice mutua non intercedere.

ET constructio & interpretatio verborum quibus Venuleius hoc loco vtitur ambigua est. Sic enim habent, *Si à Titio & pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit eadem decem, vel à seruo, & quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam si seruus sponderit, eadem in actione de peculio obseruari debent ac si liber fuisset.* Putat autem Accursius verbum illud constitui esse infinitiui passiu, cum tamen apertissimum sit esse præteriti actiui, vt denotat præcedens illa particula &, qua sequentia superioribus sic coniungit; vt apparet referri non posse ad id quod sequitur Iulianus scribit. Nam etsi dempta particula & ita scriptum esset Iulianus scribit quasi duos reos promittendi constitui obligatum Titium solum nullius planè sensus lectio esset, nisi legeres quomodo quidam ob hanc causam legunt obligatumque, non vt vulgò obligatum. At vulgata non solum rectior, sed sola recta est. Sunt enim ista prorsus contraria duos promittendi reos constitui, & Titium solum obligari. Siquidem duobus correat debendi ritè & vtiliter constitutis, vtrumque perinde & æquè obligatum esse necesse est. Nisi rursus ad Azonis interpretationem confugas, qui correos in proposta specie constitutos fuisse ait sola animi destinatione, quasi verò non de illo quæreat Iuriscòsultus an reuera correat facti sint, nõ itè an sola animi destinã,

8
 tione. † Venuleij igitur in primis verbis sententia hæc est, si à Titio & à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, aut à Titio & à seruo ea mente, vt duos promittendi reos constituerem, nõ ideo tamen correos videri factos, sed obligatum esse solum Titium, idque Iuliano quem Venuleius refert, visum esse, † Ratio nec obscura est, nec inelegas. Illa nimirum quod correi dici non possint à quibus impar suscepta est obligatio, quemadmodum eleganter Papinianus scribit in *l. eandem. 9. §. i. eod. tit.* Atqui cum à Titio & à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sum, constat Titium in solidum obligari (pupillum enim nihil esse, quod impediatur ne obligari possit) pupillum autem non aliter quam si locupletior factus sit, ex Diui Pij constitutione: Atque ita negari non potest, quin ab iis impar suscipiatur obligatio, cum si pupillus nulla ex parte locupletior factus sit nullomodo obligetur saltem ciuilitate, Titio interea manente ciuilitate obligato: Si verò pars pecuniæ ad eum peruenerit, pro ea duntaxat parte obligatio contrahatur, quod ad eam pertinet, quod ad Titium verò in solidum. Ergo correi esse non possunt. Planè que falsum est, quod Accursius, Bartolus, & cæteri omnes contra scribunt esse correos, & disparitatem in obligationis substantia non impedire correorum constitutionem. Repugnat enim Papinianus euidentissime supradicto loco. † Nec simile est, quod dici solet, Ex duobus reis promittendi alium purè, alium in diè vel sub conditione obligari posse. *l. ex duob. 7. eo. tit.* Id enim fit, non quia disparitas illa, quæ ex diei aut conditionis adiectione nascitur reduci speretur ad paritatem, vt Bartolus loquitur in *dict. l. eandem. §. i. & ad dict. l. ex duobus.* Sed quoniam adiecta dies aut condicio non inducit disparitatem in substantia obligationis. Dies namque non impedit ne statim obligatio nascatur, licet ante diem nulla sit petitio: Condicio autem licet remoretur natiuitatem, vt ita dicam obligationis, tamen iam inde ab ipso initio contractus tempore obligationis initium quoddam constituit patitur, ac stipulatori ius illud acquiri, vt quodcumque eueniens condicio retrahatur perinde que sit ac si stipulatio ab initio pura extitisset: Vnde illud etiam fit, vt eius actionis quæ ex conditionali stipulatione speratur ipsa quoque spes in heredem transmittatur, *§. ex conditionali Institut. de verbor. obligat.* & qui sub conditione stipulatus est, pendente etiam conditione creditor existimetur, *l. is cui 42. de oblig. & action.* Quod si ita est, nec faciet condicio quominus ea pendente qui promisit debitor dici debeat, tamen ab eo peti nihil possit. Sunt enim debitoris & creditoris nomina correlatiua quorum alteroposito alterum quoque poni necesse est, neque verò debiti exactio cum obligationis substantia commune quicquam habet. Itaque si correi sic accepti sint vt vnus purè alius in diem aut sub conditione obligaretur, sicuti non erit impedimento dies aut condicio quominus ab eo qui purè obligatus est totum interim petatur, ita neque obstabit quominus statim utilis correorum obligatio contracta videatur, licet ea lege vti ne ante diem vel conditionem vigeat is qui non nisi in diem, aut sub conditione obligari voluit. Alioqui nec eueniente die aut conditione stipulatio conualesceret, quæ ab initio non valisset. Illud sanè verum est in duriorum causam accipi cum qui purè obligatur quam qui in diem vel sub conditione, ob idque constitutum esse vt purè fideiussor dari non possit ab eo, qui in diem tantum debeat, aut sub conditione. *l. græc. 8. §. illud commune*

l. fideiussor. decima sexta paragrapho. sed et si reus. D. de fideiussor. §. i. Sed multum differt causa durior à dispari, nihilque vetat quin pluribus ad eandem rem obligatis, par sit quod ad omnes obligationis substantia, vni tamen durior sit obligatio quam alteri. Qui enim duriorum aut leuiorem obligationem dicit, ad obligationis executionem respicit potius quam ad substantiam, quæ vt dixi ab executione & petitione omnino differt. In eoque alia correi alia fideiussoris ratio est. Correus in duriorum causam accipi potest dum ne in duriorum obligationem: fideiussor verò etiam in disparum obligationem dum in duriorum causam. † At in ea specie, quam ex Iuliano & Venuleio tractamus, disparitas est in ipsa obligationis substantia, quod nec Bartolus differtur. Pupillus enim quem cum Titio tanquam correum spondidisse ponimus, est omnino incapax suscipienda sine tutoris auctoritate ciuilitatis obligationis præterquam vno illo casu quo factus sit locupletior. Quæ porro disparitas maior esse potest quam vt vnus ex correis in solidum obligetur, alius autem vel nullomodo, vel tantum secundum quid? † Quare nec aliud esse putabo si fingas totam pecuniæ cuius ratione contracta fuerit correorum obligatio, ad pupillum sic peruenisse, vt locupletior in totum factus sit. Et si namque hoc casu futurum est vt pupillus ex supradicta Pij constitutione in solidum obligetur perinde ac si pupillus non esset, fit tamen id occasione potius quam iure vt vtar verbis Iurec. in *lege tertia, de riuis.* id est non tam quod pupillus in solidum obligari verbis potuerit, quemadmodum Titius, quam quia ex facto sic acciderit vt in solidum sit re ipsa locupletatus: absurdumque esset obligationis substantiam eam dici, quæ non ex ipso contractu & negotij gestione, sed ex euentu æstimaretur: nec quod pupillus eo casu sicut & Titius in solidum obligaretur, facit vt statim correi ceteri debeant. † Potest enim fieri vt ambo obligentur & quidem singuli in solidum, nec tamen sint correi, nempe si vnus obligatio ex stipulatione, alterius verò ex re ipsa proficiatur, quamuis eodem tempore non responderint, licet secus sit in eis correis de quibus per vnica stipulationem obligandis actum est *d. l. si ex duobus in princ. l. duos. 6. §. vlt. eod. tit.* Cur enim quæramus quo tempore aut quibus verbis facta sit responsio, cum non ex responsione obligatio nascatur, sed ex eo, quod qui respondit locupletior factus est? Certè cum verborum obligatio contrahitur, dicimus obligari eum ex correis, qui ex tempore respondit, non etiam eum qui ex interuallo *d. l. si ex duobus. §. d. l. duos. §. vlt.* quia cõtinuus actus stipulatis & promittentis esse debet *l. contum. 137. de verb. obligat.* † Concludamus igitur si à Titio & pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sum quasi correos accepturus, nullo casu fore eos correos, præsertim verò si non sit pupillus in totum factus locupletior. Hunc enim casum à Iuliano & Venuleio tractatum fuisse ex eo apparet quod aiunt Titium solum obligatum esse: Cum, vt diximus, pupillus si locupletior factus esset, aut pro parte, aut in solidum obligaretur. Nisi quis verba legis velit intelligere de obligatione quæ verbis contrahatur, in qua fieri nequit vt vnquam Titius pupillum correum habeat, ne tunc quidem cum pupillus locupletior factus est, quia quod eo casu obligatur fit non ex vi stipulationis sed ex rescripto Diui Pij non tam ad id respicientis quod pupillus promiserit, quam quod locupletior factus sit. Næ & citrà promissionem si locupletior factus esset perinde teneretur vt docuimus

10 docuimus *lib. 8. cap. 5.* & dicemus pluribus cum separatim de pupillari tractabimus obligatione. † Alia species à Venuleio proposita illa est, si à Titio & Sticho seruo Sempronij stipulatus sim & quasi duos promittendi reos constituerim. In qua similiter concludit solum Titium obligatum esse, & consequenter non esse contractam correorum obligationem. Nam si contracta esset, ambo essent obligati. Ratio eadem ipsa est quam in pupillo attulimus, quæque generaliter locum sibi vindicat, quod correi esse non possint à quibus impar obligatio suscipitur. † Imò hoc plus est ad impediendam correorum constitutionem adhibita serui persona, quod nullo modo nulloque casu obligari ciuilitate seruus potest: quippe qui iure ciuili hætenustantùm sit cognitus vt pro nullo & mortuo habeatur. Pupillus verò vt dixi vno saltem casu obligatur ciuilitate etiam sine tutore, scilicet si factus sit locupletior. † Planè quoniam ex promissione seruus obligatur naturaliter, euenit vt dominum quoque obliget de peculio. Sed non facit ea res vt vel vtiliter ipse correus debendi fiat qui non obligatur ciuilitate vel correum reddat dominum, quia neque ignorans correus quisquam sit, licet ignorans dominus ex contractu serui obligetur de peculio, neque obligatio illa domini peculio tenus potest vlla ratione videri par obligationi Titij quæ & absolutè & in solidum contrahitur. † Proinde non distinguemus an plus minus sit in peculio quam in obligatione. Quamuis enim tantundem consequi possim actione de peculio aduersus Sempronium, quantum ex stipulatu aduersus Titium, non ideo tamen futurum sit vt ne dispar sit Titij & Sempronij obligatio, quia semper verum est sic contractam obligationem vt Titius omnimodo & absolutè in solidum teneatur. Sempronius verò nõ nisi de peculio, ne repetam quod dixi correum debendi ex stipulatu fieri non posse eum qui ipse non sponderit, inutilèque ex ea causa esse serui promissionem. † Nec puto quisquam ex interpretibus dubitaret quin supradicta omnia vera essent, adeo sunt aperta & explorata, nisi scrupulū inieisset quod apud Venuleium sequitur, *quanquam si seruus sponderit, in actione de peculio eadem obseruari debent ac si liber fuisset.* Sic enim ea verba vulgò nostri acceperunt quasi eandem speciem Venuleius prosequatur de Titio & Sticho & Sempronij seruo correis debendi constitutionis. Et hoc sibi velit, vt utilis sit in vtriusque persona obligatio, ac in solidum agi possit cum Sticho aut potius cum Sempronio Stichi nomine de peculio, quemadmodum si Stichus liber homo fuisset in solidum ex suo contractu conueniretur. Quod si ita esset non video qua subtilitate assequi possimus ne secum Venuleius pugnaret. Nam in præcedentibus de seruo nõ secus ac de pupillo qui sine tutoris auctoritate promississet locutus, negauit valere eiusmodi correorum obligationem, dixitque solum Titium obligatum esse, id est non etiam pupillum, non etiam seruum ciuilitate dominum. † Deinde cum postrema hæc legis verba nullomodo conueniant pupillo, fatendum esset Venuleium distinguere hac parte pupillum à seruo, faciliusque admittere vt seruus fieri correus debendi possit quam pupillus. Alioqui cur de seruo tantum non item de pupillo loqueretur si eandem vtriusque causam esse arbitraretur? At qui diximus multo minus seruum quam pupillum fieri correum posse, longeque magis disparum esse obligationem adhibita serui quæ pupilli persona, quoniam pupillus vno saltem casu & ciuilitate & in solidum obligari potest, seruus autem nullo. † Denique illud obseruandum est, non ita ge-

neraliter Venuleium dicere, Seruo promittente eadem obseruari debere ac si liber fuisset, sed addere in *actione de peculio*, nõ igitur in quæstione proposita, quæ scilicet non ad actionem de peculio pertinet, sed ad correorum debendi constitutionem. Nostri verò profus hęc desipientes sic interpretantur ac si scriptum esset simpliciter & generaliter, cum de correis constituentis agitur, nihil referre seruusne an liber homo se cum Titio obligauerit, quod non minus à Iurecõsulti verbis sensuque quam à iuris ratione alienum sanè est. † Quid ergo sibi vult, inquit, hic versiculus? Dubitandi nimirum causam continet, propter quam videbatur, Stichum qui cum Titio se obligasset, Titij correum fieri posse, non secus ac si filiusfamilias tanquam correus spondidisse proponeretur. † Nam si Titius & filiusfamilias Sempronij eo animo stipulati mihi spondidissent vt duo rei fierent, dubitari non posset quin vtiliter & tanquam correi obligarentur, quia filiusfamilias ex omnibus causis obligatur tanquam paterfamilias & ideo agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest, *l. filiusfamilias. 30. de oblig. & action. l. tam ex contractibus. 57. de indic.* Nec quod filiusfamilias nihil habeat vnde soluere possit præterquam ex peculio, ad rē facit: non magis quam si ex duobus paterfamilias correis constitutis alter esset locupletissimus, alter nõ soluendo. Mihi namque imputare debeo qui cum correos acciperem, inopis aequè ac diuitis correi fidem sum secutus: neque ferendum est vt obligationis substantia ex soluendi facultate aut facilitate consideretur. Cum itaque in filiofamilias tale ius obtinet, videri fortasse poterat, non aliud in seruo obtinere debere. Cuius scilicet eadem ferè semper soleat esse ratio quæ filijfamilias, maximè verò in actione de peculio. Hic enim dominum ille patrem de peculio obligat contrahendo. † Et quod lex ait, *ac si liber fuisset*, non aliam sententiam habere potest quam quæ interpretationi nostræ respondet *ac si filiusfamilias fuisset.* Neque enim liber quisquam est ex cuius contractu detur actio de peculio, præterquam filiusfamilias. † Cuiusque in seruo duplex conditio spectanda sit, vna quod seruus est non liber, Altera, quod in alterius potestate: si per hypothese tollas seruitutem, superest ius potestatis quod efficit vt ad huc filiofamilias comparari seruus debeat potius quam paterfamilias. Nam filiusfamilias ita est in aliena potestate vt tamen non eò minus sit liber. Cur non ergo in correorum obligatione constituenda idem ius erit serui quod filijfamilias quemadmodum esset in actione de peculio? Et hæc sanè perelegans erat dubitandi ratio. † Sed pro Iuliano & Venuleio respondendum est quod iam indicauimus, valde interesse vtrum de constituentis correis agatur, an de actione De peculio. Nam actio de peculio quoniam contra patrem aut dominum datur, non contra seruum ipsum aut filiumfamilias, ex persona patris & domini æstimanda est, non ex persona filijfamilias aut serui. † Porro æquè actio de peculio est contra dominum atque contra patrem, cum & vterque sit liber habens in alium ius potestatis, & publice interfit vt ex seruorum contractibus domini de peculio teneantur perinde ac patres ex contractibus filiorumfamilias. Inde igitur fit vt quod ad actionem De peculio attinet, aut nihil aut perparum interfit inter filiumfam. & seruum, quia nec quicquam interfit inter patrem & dominum. † At cum de correis constituentis agitur, illud tantum inspicendum est vt qui tanquam correus obligari vult, possit obligationem talem suscipere, ex qua perinde ac correus obstrictus videri possit, vt appareat patrem ab vtroque correo

380

fulceptam obligationem. Hoc verò in serui personam cadere non potest si Titio correus fieri velit, quia non est in serui potestate vt ciuilitate se obliget quemadmodum Titius obligatur. In filijfamilias personam cadit rectissime, quoniam vt dixi ex omnibus ille contractibus ad instar patrisfamilias obligatur, vt pote personam habes integram, iureque ciuili cognitam cum caput habeat in ciuitate. Neque enim personam integram faciunt facultates, sed iura ciuitatis. † Potest etiam licet minus eleganter meo iudicio versiculus is de quo disputamus aliam admittere interpretatione. Hanc videlicet, vt dubitandi ratio illa sit, quòd si seruus solus sponderit mihi stipulanti, perinde obligat dominum quatenus est in peculio, atque seipsum obligaret in solidum si liber fuisse iuris esset. Quidni ergo dicat aliquis si se cum Titio correum constituerit, hæcenus saltem vtiliter contracta obligatio videbitur vt ipsius dominus mihi de peculio teneatur? † sed facilis responsio est, impediri constitutionem correorum propter disparitatem in obligationis substantia, quæ disparitas nulla esse potest cum solius serui promissio interuenit. Dices fortasse, † At si disparitas in obligationis substantia impedit correorum constitutionem, cur admittimus potius obligari solum Titium & in solidum quàm Stichum dominum de peculio. Illa siquidem ratio disparitatis suadere videretur, vt vel neuter obligaretur, vel vt vterque eo saltem modo quo fieri posset, hoc est Titius in solidum, Stichus dominus peculio tenus. Respondeo Titium obligari, quia quo casu correorum constitutio impeditur, non ideo impeditur obligatio singulorum, si aliud nihil obstat vt constat ex hac ipsa lege in princip. sicut nec si plures sint rei stipulandi, quorum alius vtiliter, alius inutiliter stipulatus sit, l. si duo. 12. de verb. oblig. Finge ex iis quos stipulator quasi correos obligare volebat fuisse alterum præsentem, alterum absentem, solus præfens obligabitur, non etiam absens, l. his verbis. 3. eod. tit. Non enim sub conditione interrogatio fit in vtriusque persona, vt ita demum obligetur vnus si alter quoque respondeat aut respondendo obligetur, l. duos. 6. eod. Obligari autem Titium solum & in solidum, Stichum verò dominum nullo modo, id est ne de peculio quidem, quoniam negari non potest, quin Stichus hoc casu alienæ obligationi interuenierit. Atqui certissimi iuris est, seruum non solum si fideiussit, aut mandauerit, sed et si alia quauis ratione pro alio interuenierit non obligare dominum de peculio, in eoque diuersam esse serui & filijfamilias rationem, l. 3. §. si filiusfamilias cum seqq. D. de pecul. nisi cum aut in rem domini aut ex causa peculiari facta intercessio est, l. quoties. 4. §. 1. eod. l. seruus in scio. 19. & seq. D. de fideiuss. In eoque cum viro doctissimo Iacobo Cuiacio mihi conuenit. † Sed an Stichum hoc casu pro interuentore accipimus, quod vt ille putat correis debendi vice mutua intercedere licet non fideiubere videantur? Minime. Idque superiore capite iam refutauimus. Imò potius ob hoc ipsum quod non sint correi, nam si essent correi Titius & Stichus, nec fideiussisse nec intercessisse vice mutua viderentur, ideoque haud dubie ex promissione serui dominus saltem de peculio obligaretur. At quoniam non sunt correi propter disparitatem susceptæ obligationis, vt diximus, & tamen eadem decem soluere sponderunt, necessario consequens est vt vice mutua intercessisse videantur, ac proinde vt ex eo contractu serui ad peculiarem causam nil pertinente dominus nullomodo obligetur. † Pupilli alia ratio esset si poneret factum eum locuple-

tiorem, is enim si eadem decem cum Titio tanquam correus debendi promississet, quamuis correus debendi non esset vt diximus, nihilominus obligaretur in quantum factus esset locupletior Proinde dici non posset quod Venuleius ait solum Titium obligatum intelligi. Et quod ille pupilli sine tutoris autoritate promittentis & serui eandem rationem constituit, mouere nos debet vt intelligamus tractare eum de pupillo non facto locupletiore. Nisi malis pupillum factum locupletiore comparare domino in cuius rem versa sit pecunia cuius nomine seruus sponderat. Nam eo casu proculdubio dominus teneretur ad finem vsque veræ in rem suam pecuniæ, d. leg. quoties. 41. §. 1. de pecul. atque ita fieret vt parum referret an pupillus sine tutore, an seruus sine domini voluntate sponderisset, quemadmodum enim pupillus ex proprio ita dominus ex serui contractu ad eundem vsque modum vtiliter conueniretur. † Sanè quod vtroque casu placet Venuleio Titium solum obligatum intelligi, probat manifestissime ad eam speciem responsum pertinere in qua nec pupillus locupletior factus fuerit, nec in rem domini versa sit aut ex causa peculiari debita pecunia quam seruus sponderit. † Igitur tantum abest vt Venulei locus probet quod vult Cuiacius, correos debendi vice mutua intercedere videri, vt potius contrarium ex eius interpretatione inferri oporteat. Non enim alia ratione mouetur Venuleius vt neget obligari dominum ex contractu serui tanquam interuentoris, qui cum Titio correus debendi fieri volebat, quàm quòd correi facti non essent, id enim quod ait solum Titium obligatum esse: ita innuens, si Stichus correus factus fuisset, futurum vt ex eius contractu dominus saltem de peculio conueniri potuisset, quod tamen falsum esset si obligatio quam quasi correus debendi seruus contraxisset pro interuentione acciperetur.

CAPVT IV.

Quid noui induxerit Iustiniani constitutio, Nouell. 99.

SUMMARI A.

- 1 Rationes propter quas dicta Nouella ad correos debendi simpliciter acceptos pertinere non videatur.
- 2 Quenam rationes auctorem in contrariam sententiam impulerint?
- 3 Quid dicta Nouella contra veteris iuris rationem sit introductum?
- 4 Quid ex dicta constitutione operetur illa in correis constituendis conuenio, vt singuli in solidum teneantur?
- 5 Quid iuris si correi simpliciter accepti sint non adiecto eo vt singuli in solidum teneantur?
- 6 Iure vetere singulos correos in solidum obligatos fuisse licet de solidi obligatione nihil expressum fuisset.
- 7 Respondetur ad §. final. l. reos. 21. ff. de duob. reis, & nonnulla in eius contextu emendantur?
- 8 Declaratur & explicatur l. his verbis. 3. ff. eod. tit.
- 9 Quando diuisionis beneficium correis debendi ex Iustiniani constitutione sit necessarium.
- 10 De diuisionis beneficio inter confideiussores, & quando illis competierit?
- 11 Duplex differentia inter diuisionis beneficium quod a Iustiniano correis debendi, & illud quod ab Adriano confideiussoribus concessum est.

Existimabam † aliquando non pertinere Nouellam hanc ad correos debendi, simpliciter acceptos, sed ad eos tantum qui se alterna mutuaque fidei-

iussione obligassent. De quibus & Papinianus tractat in l. reos. 11. de duob. reis. Quam in sententiam non illud solum me mouebat, quod Nouella verba hoc ipsum sonare videntur apertissime, sed illud etiam quòd à vera iuris ratione nimis abhorreat si quis à Iustiniano constitutum velit, vt correi debendi non aliter in solidum obligati intelligantur, quàm si nominatim id expressum sit, longè verò magis, vt hoc quoque expresso non prius tamen conueniri possint singuli quàm appareat correum pro parte conueniri non posse, quia fortè absens sit aut lapsus facultatibus. † Nunc autem vt contra sententiam illud facit, quod video Correos debendi passim à Græcis ἀλληγρούς vocari, & quos Iustinianus initio Nouellæ alterna fideiussione obligatos dixit, postea reos simpliciter dici, illis verbis, Sic enim & omnes rei obligabuntur. Item quod non ignoro frustra iuris rationem quæri in iis Iustiniani constitutionibus quæ à veterum prudentum autoritate dissentiunt. Illud postremò quòd præfatur ille ad eam se legem deurrere exemplo eius iuris quod iam antè in fideiussoribus induxerat. Quid enim necesse erat ad alternos mutuosque fideiussores producere quod iam in simplicibus fideiussoribus fuerat constitutum, si alterna fideiussione obligatos alios intelligeres quam qui sunt correi debendi? Igitur quamuis correi simpliciter accepti dici non possint alterna fideiussione obligati, secundum ea quæ in superioribus disputauimus, rectè tamen ab interpretibus omnibus cum veteribus tum recentioribus accepta est constitutio de correis debendi, quos Græcè ἀλληγρούς quidem, sed Latine non aequè feliciter alterna fideiussione obligatos possis dicere. † Verùm hoc posito magna incurrit dubitatio, num ea Iustiniani lege sit immutata vetus illa correorum constituendorum ratio quæ toto veteri iure obtinuerat. In eo namque glossatores dissentiunt. Crebriore tamen nostrorum calculo receptum est nihil immutatum esse in modo vt illi loquuntur constituendi correos debendi, sed tantum in modo exigendi & exequendi, id est singulos quidem ab initio in solidum obligatos intelligi etiam si dictum non sit, sed tamen non nisi pro parte conueniendos. Id verò probare non possum. Sic enim Iustinianus scribit, Si quis alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, siquidem non adiecerit oportere & vnum horum in solidum teneri, omnes ex æquo conuentionem sustinere: si verò aliquid etiam tale adiciatur seruari quidem pactum, non tamen mox ab initio vnumquemque in solidum exigere, sed interim secundum partem, &c. † Ex quibus verbis apparet quoties conuenit vt singuli in solidum teneantur, vtilitatem conuentionis non in eo elucere quod statim singuli possint conueniri in solidum (habent enim nihilominus beneficium diuisionis) sed, quod si aliter absens sit aut minus idoneus, poterit eo constito, alius ex ordine in solidum conueniri. † Ergo, si pactum non interuenierit vt in solidum quisque teneatur aliud obseruari Iustinianus voluit, vt quamuis vnus ex iis absens sit aut non soluendo, alius tamen pro parte duntaxat teneatur. Id enim est quod ait omnes ex æquo conuentionem sustinere. Alioqui dicendum erit inutilem fore adiectionem illam vt in solidum quisque teneatur, quod tamen apertissime Iustinianus negat cum distinguit, an correi simpliciter accepti sint non adiecto eo vt singuli in solidum teneantur, an tale alicui adiectum sit. Et verò vulgare tritumque est, verba omnia in contractibus apposita operari debere, quoties ea interpretatio accipi potest quæ faciat vt operentur. Quod si ita est, non igitur sufficere scriptum esse, factos duos pluresve promittendi correos ad obligandum vnumquemque in solidum, nisi præterea expressum sit vt in soli-

dum singuli obligentur. † Proinde fatendum est, correctum esse hac parte ius vetus, quod proculdubio tale fuit, vt satis esset constitui correos simpliciter, vt eorum quisque in solidum obligatus diceretur, etiam si de solidi obligatione nihil expressum fuisset, l. 2. & 3. l. eandem. 9. in princ. & §. 1. de duob. reis. Nec obstat quod scriptum est in l. reos. 11. in fin. eod. Cum ita cautum inueniretur, Tot aureos rectè dari stipulatus est Iulius Carpus, spondamus ego Antonius Achilleus & Cornelius Diuus, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spondidisse, ita vt duo rei fierent. Illa enim verba, singulos in solidum spondidisse, adiecta sunt ex abundantia, potuissetque ratio alia sufficere, quia non fuerat adiectum vt duo rei promittendi fierent, vt in l. 3. ubi cum hoc autem inter eos sit vt duo rei constituantur. eod. tit. & in princ. eiusdem §. cum tabulis idem Papinianus scribit, cum tabulis esset comprehensum, illum & illum ceterum aureos stipulatos, virilem partem singulos stipulatos videri, ideo duntaxat quod adiectum non fuerat, ita vt duo rei stipulandi essent. Neque enim illud præterea Papinianus requirit, adiectum fuisse vt singulis in solidum deberetur. Ac sanè, aliter posito iure ineptos facias iureconsultos, qui tot locis scripserint, Plures correos stipulandi, habere singulos in solidum actionem. Et vicissim, Plures correos debendi in solidum esse obligatos. Quis enim de eo dubitaret si non aliter fieri possent plures correi stipulandi aut promittendi, quàm adiectis illis verbis in solidum? † Quòd etiam pertinet, l. his verbis. 3. eod. tit. de duobus reis, in cuius fine verba illa aut si minus, ita sunt accipienda, si duo rei facti non sint, vt proinde nihil accipere sit cur ei obiiciatur, l. 2. eod. tit. † Habent igitur hodie correi beneficium diuisionis exemplo fideiussorum, eo demum casu quo singuli se in solidum obligauerint. Nam si non sit adiectum vt singuli in solidum teneantur, diuisionis beneficium inter eos non est necessarium, qui ab initio non nisi partes debent. † Quod etiam olim non dissimiliter Papinianus in confideiussoribus respondit in l. inter. 51. in princ. de fideiuss. vbi tractat ille, multum interesse an solidum & partem virilem quisque ex confideiussoribus promiserit, an verò solidum aut partem virilem: Priore siquidem casu beneficium diuisionis locum esse, nempe quoniam verum est solidum esse in obligatione præcisè, virilis autem portionis mentionem, aut frustra factam, aut ideo fortasse ne dubitationi locus relinqueretur, an creditor, si vellet actionem suam diuidere liceret, quod vtiq; semper licet, etiam si dictum non sit, d. l. inter. 51. §. duo, versic. planè. Posteriore verò casu non esse locum diuisioni, id est, frustra quæri de diuidendo debito, cum solidum non sit præcisè in obligatione, nimirum quoniam obligatio ipsa alternatiua est solidi aut partis, atque ideo in electione est cuiuslibet ex fideiussoribus, an solidum an virilem velit soluere. Vnde fit, vt eligente fideiussore solutionem partis, videatur pars tantum fuisse ab initio debita, quemadmodum si solidum solueretur, dicendum esset solidum ab initio debitum fuisse: nam in obligationibus alternatiuis, tum demum scitur quid ab initio fuerit in obligatione, cum electio secuta est: atque ita proculdubio intelligi Papin. debet. † Cæterum, hoc distat beneficium diuisionis quod correis debendi à Iustiniano concessum est, ab eo quod iam olim Hadrianus in fideiussoribus induxerat, quòd in fideiussoribus personæ beneficium tacitam conditionem habere intelligitur, si is, contra quem diuisio postulat, & præfens sit & idoneus. At, inter correos non eò minus diuiditur obligatio quòd ex iis, alter sit aut absens aut egenus. Nam distinctio illa quam Iustinianus adhibet, an qui non conueni-

tur sit absens aut minus idoneus, ad eum tantum casum pertinet, sicuti diximus, quo conuenit ut in solidum singuli essent obligati. Itaque alio etiam respectu interest inter duplex hoc beneficium diuisionis, quod diuisio fit inter correos ipso iure, & sola Iustiniane legis potestate, sicut & diuisio illa actionum hereditariarum inter coheredes ex lege duodecim tabularum *l. i. C. si cert. pet. a.* At, inter fideiussores non ipso iure fit, sed per exceptionem inducta beneficio epistolae Hadriani, *l. inter fideiussores. 26. cum seq. ff. de fideiuss.* quamuis Iustinianus Hadriani exemplo motum se dicat, ut quod in fideiussoribus iam constitutum erat, produceret ad correos, quos vel eodem maxime constat fideiussorum iure non censerent, quia nec possunt, quod ad diuisionis beneficium attinet, nec si ponas inuicem eos fideiussisse, quia neque possunt uideri confideiussores, nullo alio principali debitore existente, cum iidem illi sint principales debitores. Porro, cum Iustinianus in beneficio diuisionis indulgendo, non distinguat ad quem ex correis pecunia peruenerit, neque nos distinguere debemus, praesertim cum a nobis in superioribus probatum sit, non semper fideiussoris loco habendum eum ad quem pecunia peruenerit.

CAPVT V.

Abrogatum à Iustiniano Papiniani responsum quod extat in §. duo rei, *l. inter eos. §. 1. De fideiuss. & malè à nonnullis emendatum. §. vltim. l. si res. 27. cod.*

SVMARIA.

1. Creditorem uetere iure non cogi inter omnes correorum fideiussores actionem diuidere, sed inter eos duntaxat qui pro singulis interuenerant.
2. Ex Iustiniani lege creditorem cogi inter dictos fideiussores actionem diuidere, licet adiectum sit ut singuli in solidum teneantur.
3. Viriles portiones eo casu non ex fideiussorum, sed ex correorum numero constitui.
4. An, si correi debendi exceptioni diuisionis & ordinis renuntiauerint, & fideiussores postea accepti contraria pactione sibi non prospexerint, ius uetus hac parte seruandum sit?
5. Quid iuris si fideiussores accepti sint antequam à correis exceptioni diuisionis & ordinis renuntiatum fuisset?
6. Cur inter fideiussorem qui principalis est, & illius fideiussoris fideiussorem obligatio non diuidatur?
7. Emendatur §. vlt. d. l. si plures.
8. Fideiussorem posse diuisionem impetrare aduersus confideiussorem, nec non contra confideiussoris fideiussores.

SVpradictis consequens esse puto, ut ex Iustiniani Nouella 99. de duob. reis. correctum quoque sit elegans illud Papiniani responsum, quod extat in §. duo rei, *leg. inter eos. §. 1. de fideiussor.* ubi scriptum est: si duo rei promittendi separatim dederint fideiussores, inuitum creditorem inter omnes fideiussores actionem diuidere non cogendum: sed inter eos duntaxat qui pro singulis interuenerunt. Nam ratio quae Papinianum mouere poterat illa erat, quod constitutus simpliciter duobus correis debendi, licet vnum sit debitum, vna summa, vna obligatio, *l. 3. §. vlt. de duob. reis.* ea tamen obligatio in cuiusque persona quasi singulorum propria consistit, *l. eandem. 9. §. vlt. l. si reus. 13. cod.* Inde enim fit, ut quod ad fideiussores alterutrius pertinet, perinde sit ac si solus ille pro quo intercesserunt obli-

gatus esset, cum ipse in solidum teneatur, *leg. cum duo. 40. de fideiuss. l. si plures. 9. de pact.* At qui correat ille non haberet beneficium diuisionis aduersus correum, non magis quam si correum nullum haberet, *l. 3. §. vbi duo. l. reos. 11. in princ. D. de duob. reis. l. 2. & 3. C. eod. l. cum apparebit. 47. D. locat. l. reos. 23. C. de fideiuss. l. si non singuli. 5. C. si cert. pet. l. si duo. 16. D. de constit. pecul.* Ergo nec ipsius fideiussores audiendi erunt, si postulent diuidi obligationem inter se pro dimidia. Nam quod ad eos ad beneficium diuisionis spectat, qui non sunt confideiussores, eodem loco habentur, ac si nullo modo fideiussores essent, id est, ut nihil magis ex eorum persona liceat alterius correi fideiussoribus, qui soli conueniuntur, virilium portionum rationem inducere, constat autem eos qui diuersarum stipulationum fideiussores sunt, licet eiusdem pecuniae nomine, non esse confideiussores, nec rem aut personam vnius eiusdemque debitoris facere confideiussores: sed identitatem, ut ita dicam, stipulationis: hoc est, si simul eodemque tempore interuenerint, *l. si a Titio. 43. de fideiuss.* Aut si diuersis quidem temporibus, sed alter tamen alterius contemplatione, ut in *l. si Titius. 48. cod. tit.* & ut Pap. loquitur in *l. si plures. 38. de administ. tutor. in periculis sciatatem.* At hodie, ex Iustiniani lege, cogitur creditor inter correos debendi actionem diuidere: non solum si simpliciter accepti sint, sed & (quod magis mirum est) si adiectum sit ut singuli in solidum teneantur. Consequens ergo est, ut inter omnes simul singulorum correorum fideiussores actio diuidatur, quae inter correos ipsos diuideretur: Ne aliter posito iure fatendum sit, in duriorum causam obstrictos fideiussores contra iuris regulam, *l. grece. 8. §. illud. l. qui. 34. l. testamento. 49. §. vlt. de fideiuss.* Sed haec tamen, ut ex correorum non ex fideiussorum numero, viriles portiones constituantur. Nam si pro Titio Mauius & Sempronius, pro Caio Lucius Attius, & Cornelius fideiussorint, sic diuisio facienda erit, ut non quintam debiti partem singuli, sed quartam Mauius, quartam Sempronius, sextas Lucius Atticus & Cornelius debeant singuli, quia dimidiam Titius, aliam dimidiam Caius deberet. Si tamen correi debendi, ut hodie fieri assolet, exceptioni diuisionis & ordinis renuntiauerint, & fideiussores postea accepti contraria pactione sibi non prospexerint, ius uetus obseruabimus, ut inter eos tantum fideiussores actio diuidatur qui pro singulis interuenerunt, quoniam non potest fauore fideiussorum induci ius nouum ex persona reorum, qui iuris noui beneficium respuerunt: neque rursus ex persona fideiussorum qui non sunt confideiussores, ut diximus, cum separatim intercesserint. Loquitur de fideiussoribus postea acceptis, quia, si accepti essent antequam à correis debendi renuntiatum fuisset exceptioni ordinis & diuisionis non posset exceptio fideiussoribus semel quaesita iis adimi facto correorum, *l. vltim. de pact.* nil obstantem eo quod aduersus correos habituri essent mandati actionem, quoniam ipsorum interest minus soluere potius quam solutum repetere, *leg. si stipulatus. 15. in princ. de fideiuss.* Hinc verò illud etiam apparet, quam rationem habeat quod Vlpianus scribit in *leg. si plures. 25. §. vlt. cod. tit. de fideiuss.* Si fideiussor fuerit principalis & fideiussor fideiussoris non posse secundum hunc fideiussorem desiderare, ut inter se & eum fideiussorem pro quo fideiussit, diuidatur obligatio. Ille enim, inquit, rei loco est non fideiussoris, nec potest reus desiderare, ut inter se & fideiussorem suum ea diuisio fiat. Proinde, ait si ex duobus fideiussoribus alter fideiussorem dederit, aduersus eum quidem non diuidetur obligatio pro quo inter-

uenit, aduersus confideiussorem magis est, ut diuidatur. Sic enim omnino legendum est, quomodo libri omnes habent, non ut ex recentioribus quidam optime alioqui de iure nostro meritis docuit, qui pro confideiussorem mauult legere *confideiussoris confideiussorem*, siquidem confideiussorē Vlpianus illo loco haud dubie intelligit eum qui à reo principali datus fuerat non qua fideiussore, sunt enim illi confideiussores, non item qui ab vno ex iis datus est fideiussor. Et consequenter locus est inter eos beneficio diuisionis. Quamquam & illud quoque verum est fideiussorem posse diuisionem impetrare non solum aduersus confideiussorem, sed etiam contra confideiussoris sui fideiussores confideiussorēque. Omnium quippe par & eadem ratio est. Nec magis acutè faciunt qui fideiussores à correis debendi datos hac parte separant ab aliis fideiussoribus, quasi beneficium diuisionis habere non debeant, sola illa ratione quod plures correi vnius tantum loco habeantur. Et si enim ita est, cur non tamen illorum fideiussoribus idem beneficium detur, quod vnius debitoris fideiussoribus non denegaretur?

CAPVT VI.

Correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum non competere, ad *l. i. aliàs. 2. C. de duob. reis & emendatio l. qui fide. 56. D. mandat.*

SVMARIA.

1. Refutatur ratio eorum qui putant correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum competere.
2. Mandati actionem regulariter paucisque casibus exceptis ei competere non posse, qui suum magis quam alienum negotium gessit, licet mandatum praecesserit.
3. Correat qui totum debitum soluit suum magis quam alienum negotium gessisse.
4. Si qui ex pluribus correis obligari non possunt, vel non rectè responderint eos qui rectè responderunt solos & in solidum obligari.
5. In pluribus fideiussoribus idem iuris esse, qui tamen beneficium diuisionis & exceptionis credendarum actionum habent, quod correi non habent.
6. Differentia inter correos & fideiussores quod ad obligationis soliditatem, & causam.
7. Quid sequatur ex eo quod singuli correi proprio nomine obligentur?
8. Repugatur à duplici mendo d. l. qui fide.
9. Eum pro quo inuito vel ignorante quis mandato meo fideiussit, mandati conueniri non posse, quamuis pecunia fideiussoris liberatus sit?
10. Liberationem eo casu debitori contingere, non mandati mei, sed solutionis à fideiussore facta potestate.

QVod in superioribus probauimus, Correat debendi non aliter vice mutua uideri fideiussisse, quam si nominatim id actum sit, nec rursus pro fideiussore semper habendum eum ad quem pecunia non peruenerit, facile mouere nos potest, ut intelligamus quam verum sit, quod nos hoc capite & sequentibus, probandum suscipimus. Correat debendi, qui totum debitum soluit, nullam omnino aduersus correum actionem competere, nec si totum ille soluerit, ad quem nihil ex pecunia peruenerat. Ac primum de mandati actione videamus: etsi enim ex iis etiam qui actionem aliquam correat dandam putant, plerique fatentur post

Accursium ad *l. i. C. de duob. reis.* mandati iudicio locum hic non esse. Non desunt tamen qui contra sentiant, siue quod non dubitantes quin actio alia dari debeat, nullam videant, quae occurrat accommodatior, siue quod existiment, correum, praesertim qui accipit pecuniam cuius nomine obligatio contrahitur, hoc ipso mandare uideri correat, ut se obliget, quod patitur secum fieri correum illum, cuius alioqui nihil interfit, argu. *l. qui patitur. 18. l. si remunerandi. 6. §. si passus. leg. qui fide. 53. D. mandat. l. semper aut non prohibet. 60. de R. l. Verum hanc nos rationem iam satis superque refutauimus, cum ostendimus pro fideiussore non habendum eum, ad quem nihil peruenerit. Pro tali enim utique habendus esset, si correat, qui totam pecuniam accepit, mandasse intelligeretur, cum non nisi utroque correat praesente obligatio correorum constitui possit. Neque sanè ex tot iuris locis, qui extant in Pandectis & in Codice de correis debendi & actione mandati, vllus est, qui correat contra correum actionem mandati accommodet. Quomodo enim mandati possit conueniri, qui nec mandauerit, nec pro mandante habeatur? *l. ex mandato. 20. §. i. cum l. seq. d. l. qui fide. 53. l. si praecedente. 58. & pass. D. mandat.* Nec ad rem pertinet, quod actoris pecunia liberatus sit is qui conuenitur. Illud namque duntaxat inspiciendum est, quoties mandati agitur, an mandatum aliquod, siue expressum, siue tacitum praecesserit, non actoris pecunia, reus liberatus sit, *d. l. qui fide. & d. l. si praecedente.* Quin & eo quoque casu, quo mandatum praecessit, mandati tamen actio regulariter ei competere non potest, qui suum magis quam alienum negotium gessit, *l. i. §. idem Pomponius querit si apud te. 14. in illis verbis, nec mandati teneris quia meam rem gessit. D. deposit.* Dixi regulariter, quoniam casus quidam excipiendi sunt, quos Paulus tractat in *leg. si mandauero. 22. §. interdum. D. mandat.* Ut puta, si debitor meus periculo tuo debitorem suum mihi deleget aut si rogatu fideiussoris cum reo experiat, Quibus & addi ille potest de quo eleganter Tryphoninus in *l. tutor datur. 69. de fideiuss.* Si fideiussor ex causa non fideiussionis, sed tutelae, soluerit, quod primum ob fideiussionem debuerat. Etiam postquam ex ea causa tempore liberatus est: habet enim nihilominus actionem mandati contra reum promittendi, inspecta scilicet, ut lex ait, causa debiti potius quam titulo actionis, cum idcirco teneatur ex causa tutelae, quia potius debitor fuerat ex causa fideiussionis, & à seipso exigere debuerat: quod si fecisset, non fuisset tempore liberatus, & haberet obligatum debitorem actione mandati: nemo autem dixerit audiendum reum, si imputare fideiussori velit, cur non potius ex causa fideiussionis soluerit, cum, si id factum esset, tunc magis ille fideiussori teneretur, facit *l. si pupilli. §. vlt. l. si autem. 8. l. at qui. 19. D. de negot. gest. l. si tutor. 13. de tutel. & ration. dist. l. uerum ueniunt. 20. §. cum praediximus de hered. pet. l. si negotia. 31. l. qui mutuum. 56. §. non ideo. D. mandat.* Extra hos casus, & si qui alij sunt similem habentes rationem, vix est, ut mandati agere possit, qui suum potius quam alienum negotium gessit, licet ei mandatum fuerit: multo minus verò, si nihil ipsi mandatum sit. At qui correat, qui totum debitum soluit, nullum à correat mandatum habuit, ac tamen si ponas habuisse, suum tamen negotium gessit, non correat, cum esset ille in solidum obligatus, *leg. secunda & tertia de duob. reis.* Et quidem suo nomine non alieno, ut non solum ex eo constat, quod ante Iulianum diuisionis beneficium habere non poterat, *l. reos in princ. 11. eodem tit. l. si plures. 27. §. vltim. de fideiuss. l. cum apparebit. 47. D. locat.* (quod tamen iam olim competeat omnibus pro alio obligatis, *l. penult.**

384
 de fideiuss. minor. adeoque iis qui pro aliis se constituif-
 sent principales debitores, l. vlt. Cod. de constit. pecun. †
 Sed ex illo etiam, quod si forte ex pluribus correis
 debendi alter obligari non possit, siue quod alteruter
 duntaxat responderit, vt in l. duos reos. 6. de duob. reis, si-
 ue quod vnus hodie, alius die sequenti, vt in lege si ex
 duobus. 12. in princ. eodem. Siue denique quod ex iis al-
 ter sit pupillus, qui sine tutoris autoritate sponde-
 rit, d. l. si ex duob. §. 1. is nihilominus, qui recte respon-
 dit, solus & in solidum obligatur, dictis legibus. Quod
 sanè iniquum esset, & à iuris ratione prorsus alienū, si
 ita se res haberet, vt vni ex correis totum soluenti pa-
 rata foret mandati actio, aliave vlla contra correum
 pro partis repetitione. Siquidem ita posito iure, fieret
 vtique iniuria ei, qui contra id quod actum esset, in
 solidum proprio nomine obligatus reperiretur argu.
 5. l. idem. 14. D. de instit. act. † Nec est quod quis obiciat,
 idem contingere in fideiussoribus, vt si ex pluribus
 quidam obligari non possint, ceteri in solidum obli-
 gentur, l. si Titius. 48. de fideiuss. quos tamen cōstat be-
 neficium habere diuisionis & exceptionis cedenda-
 rum actionum. Nam respondeo. Pluribus fideiussori-
 bus ita acceptis, vt in solidum finguli teneantur (de
 illis quippe tantum hinc loqui possumus, vt ad quos
 solos beneficium diuisionis pertineat, lege inter eos. 51.
 de fideiuss.) itemque correis debendi commune illud
 esse, quod in solidum finguli obligari volunt. † Sed in
 eo tamen differre, quod fideiussores alieno nomine
 obligantur. Ideoque licet ex iis quidam obligari ne-
 queant, subsistit nihilominus ceterorum obligatio in
 solidum, propter obligationem principalis debitoris,
 qui in solidum teneretur. At in correis debendi, tam-
 etsi ponas eos vice mutua intercedere, nec proprio no-
 mine in solidum obligari, sed pro parte ex persona
 propria, pro parte verò ex persona correi. Non possis
 dicere, quenam aut vbinam sit obligatio illa principa-
 lis, cui possit accedere fideiussoria, quoties eorū alter
 obligari non potest. Et ob id fateri te necesse est, illo
 casu, eū qui solus obligatur vel nō obligari in solidū (q-
 tamē Iurisconsulti affirmant supradictis locis,) vel nō
 nisi proprio nomine obligari, cum fieri nequeat, vt tā-
 quam fideiussor obligetur eius nomine, qui non est
 obligatus, l. fideiussor. 16. in princip. eodem titul. de fideiuss.
 7. † Quod si admittas, obligari eos singulos proprio no-
 mine, illud statim consequens, eum igitur, qui totum
 soluerit quasi correus, non debere mandati actionem
 habere contra correum, quia propter obligationem
 suam soluit & suo nomine, tametsi correum ipso iure
 liberauerit, argument. l. Papinianus. 28. in l. qui fide.
 33. D. mandat. Sanè si pro te hiam reus promittendi
 certum est posse me contra te agere, aut mandati si
 mandaueris, aut negotiorum gestorum si non manda-
 ueris, idque etiam priusquam soluam, nimirum, vt me
 liberet, l. si mandatu meo. 45. §. si iudicio in si. eod. At cor-
 reo in correum, siue ante siue post solutionem, man-
 dati actionem competere, nūspiam, vt dixi, proditum
 est. De actione negotiorum gestorum an competere
 possit sequenti capite videbimus. † Sed prius admo-
 nendum est, corruptū esse duob. locis Papiniani respō-
 sum in d. l. qui fide. Primum in illis verbis, alterius mā-
 datum secutus fideiussit. legendum enim est alterius nō
 alterius, vt in l. vlt. D. de duobus reis alterius, non ali-
 cuius. Deinde in fine legis, vbi sic scriptum est, id enim
 contingit et si sine mandato meo pro alio soluas. † Malo
 namque legere et si sine mandato meo, vt non solum ele-
 gantior, sed etiam accommodatior sit ratio, qua Papi-
 nianus mouetur vt probet, eum, pro quo inuito vel i-
 gnorante quis fideiussit me mandante, iudicio man-
 dati conueniri non posse, sed me solum, quamuis li-

beratus ille sit pecunia fideiussoris. Nam qui vole-
 contendere, mandati actione teneri eum qui liberatus
 est, ob id tantum quod ego fideiussori mandauerim,
 vt pro ipso fideiuberet, idem perinde contendet, ean-
 dem mandati actionem multò magis competituram
 aduersus debitorem liberatum, si me mandante, quis
 pro eo soluerit. Idem enim concedendæ actionis color
 est, quod mandatum meum intercesserit, cuius vtili-
 tas ad debitorem peruenit, qui pecunia actoris libera-
 tus est. Et sanè, quid hac parte interest, vtrum alicui
 mandauerim, vt pro alio fideiubeat, an vt pro alio sol-
 uat? Neque verò quisquam fuerit tam stultus, vt ei,
 qui pro alio inuito vel ignorante ex mandato meo fi-
 deiussit, actionē mandati aliter cōcedere velit, aut cō-
 tra me, aut cōtra debitorem liberatū, quā si solutio secu-
 ta sit, cum nec ante solutionē contingat liberatio, nec
 regulariter, ob id solum quod quis fideiussit, habere
 debeat mandati actionem, sed tum demum cum sol-
 uerit, præterquam certis casibus, quibus receptum est,
 vt etiam ante solutionem, fideiussori detur actio man-
 dati in id scilicet vt à fideiussionis periculo eximatur,
 l. Lucius. 38. D. mand. l. si pro ea. 10. C. eod. l. fideiuss. 45. D.
 do fideiuss. l. 1. C. de fideiuss. minor. At si Papinianum sic
 legas, idem contingit et si sine mandato meo pro alio soluas.
 elegantissimam & vrgentissimam efficies rationem,
 ex qua apparebit, Non ob id, posse fideiussorem man-
 dati agere aduersus debitorem liberatum, quod man-
 dante me pro eo fideiussit, tum soluerit, cumque li-
 berauerit. Nam etsi nullo præcedente mandato meo
 facta solutio fuisset, etiam inuito aut ignorante debi-
 tore perinde liberatio contigisset, neque tamen actio-
 nis mandati concedendæ color vllus subesset, quomo-
 do nullum prorsus mandatum interuenisset. † Ex quo
 constat, etiam interueniente mandato, liberationem
 debitori contingere, non mandati mei, sed solutionis
 ab alio factæ potestate, quæ haud dubiè sēper illi pro-
 dest, cuius siue ignorantis siue inuiti nomine facta est,
 vulg. l. soluendo. 39. D. de neg. gestor. l. solutione. 23. de solut.
 Proinde fideiussori, qui mandante me pro alio inuito
 vel ignorante fideiussit & soluit, non magis actio mā-
 dati contra illum danda est, quàm si non mandassem.
 Errori causam dedit inscitia exscriptoris, cum veterem
 librorum more scriptum fortasse esset, ET SINE
 MEO MANDATO PRO ET SI SINE: quod à nobis
 tam sæpe libris superioribus inculcatum est.

CAPVT VII.

Actionem negotiorum gestorum aduersus
 correum non competere correo, qui to-
 tum soluit: nec rursus de in rem verso ad
 l. nam & Seruius. 21. & l. ex facto. 30. D. de
 neg. gest. & l. si pro parte. 10. §. vltim. de in
 rem vers.

SUMMARI A.

- 1 Tres rationes quibus Molineus probare voluit, correum qui totum soluit, negotiorum gestorum actionem contra correum competere.
- 2 Contraria sententia fundamenta.
- 3 Negotiorum gestorum actionem ei nunquam competere qui suum negotium gessit.
- 4 Respondetur ad l. si non singuli, & l. si in rem. C. si cert. pet.
- 5 Correum qui totum soluit suum duntaxat negotium gerere videri.
- 6 Quando ei qui alienum vel commune negotium gessit, & totum soluit, negotiorum gestorum actio possit competere.

7 Fide-

- 7 Fideiussori qui totum debitum soluit, non dari aduersus confideiussores negotiorum gestorum actionem.
- 8 Soluitur primum argumentum pro Molineo & Accursio si sententia allatum.
- 9 Es qui necesse habuerit aut putauerit necesse habere pro alio, non pro se negotium gerere, negotiorum gestorum actionem competere.
- 10 Cur debitori & coheredi qui pignus commune liberauit & ita negotium suum quodammodo gessit, negotiorum gestorum actio detur.
- 11 Debitori qui solutione pignus rei communis liberauit duplicem pro duplici sublata obligatione, actionem competere.
- 12 An in specie l. nam & Seruius. ff. de negot. gestor. actio negotiorum gestorum illis duobus detur, qui tertium quendam pecunia sua ab hostibus dimiserant.
- 13 Ex conuentione inter captiuos & cum hostibus facta in specie dict. l. nullam obligationem iure civili, sed ex sola equitate nasci potuisse.
- 14 Alia ratio propter quam in specie dict. l. duo illi qui tertium ab hostibus redemerunt actione negotiorum gestorum aduersus eum experiri non possint?
- 15 Tertium illum & eos qui ipsum redemerunt, eo tempore quo eius negotium gesserunt, seruos fuisse.
- 16 Aequitas Prætorie actionis que in specie dict. l. aduersus tertium illum datur qui à iocys captiuus redemptus non vult illis pretium reddere.
- 17 Coniunctio dict. l. nam & Seruius cum lege præcedente.
- 18 Diuersam esse rationem hominis liberi qui captiuus postea reuersi negotia administrauit, & captiuus qui pro captiuo redemptionis pretium soluit.
- 19 Eo casu quo captiuus captiuum redemit, non subsidiarie in factum actioni civili, sed Prætorie locum esse.
- 20 Captiuos in specie dict. l. nam & Seruius, correos debendi non fuisse, sed confideiussores, quorum vnus totum soluenti aduersus ceteros confideiussores negotiorum gestorum actio non competit.
- 21 Respondetur ad l. ex facto. 30. de neg. gest. & ratio redditur cur in ea lege curator aduersus subcuratorem negotiorum gestorum actio detur.
- 22 Actionem illam vtilem non directam esse.
- 23 Aliam curatoris & subcuratoris, aliam verò correorum debendi rationem.
- 24 Quo sensu dicatur, negotiorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo iudicio experiri?
- 25 An is qui totam pecuniam soluit quam cum correo mutuat accepit, correi negotium inspecto inuito gessisse videatur?
- 26 Constitutorem, expromissorem & fideiussorem soluentes inuito inspecto pro alio soluere.
- 27 In duobus reis debendi dici non posse vter pro altero sit obligatus, licet tota pecunia vni duntaxat ex correis numerata sit.
- 28 Resutatur pragmaticorum opinio existimantiū actionem de in rem verso dari debere, quum pecunia in rem vnus ex correis est conuersa.

Res † erit nobis hoc capite cum Accursio, qui ad l. 1. C. de duobus reis. ad cuius interpretationem tota hæc quæstio pertinet, sic existimat. Correo, qui totum soluit negotiorum gestorum actionem aduersus correum competere. Quam sententiam à ple-
 risque probatam, Molineus quoque secutus est ad leg. Modestini. de solut. num. 5. Accursius nihil prorsus adfert, ex quo suam probet interpretationem tam improbabile. Molineus verò cui familiare fuit ingenio-

sum agere in comprobandis siue suis, siue alienis opi-
 nionibus, quæ à vera iuris ratione abhorrent, mo-
 uetur primum ex eo, quod cum correus qui nihil
 soluit, perinde obligatus esset in solidum, atque is
 qui soluit, liberatusque sit per solutionem à corre-
 factam, negari non possit, quin, eiusmodi solutione,
 ipsius negotium vtiliter gestum sit. Nec ad rem, in-
 quit, quod vrgente necessitate vel necessitatis sus-
 picione eò ventum sit, vt alterius negotium gerere-
 tur, leg. 3. §. hac actione de negot. gestor. sufficit namque
 vtiliter gestum esse, & agentis interesse, l. actio. 47. eod.
 Addit quod Paulus ex Seruio tractat in l. nam & Ser-
 uius. 21. eod. titul. Cum tres à Lusitanis capti essent,
 & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus
 adferret, ac nisi redisset, vt duo pro eo quoque pecu-
 niam darent, isque reuerti nolisset, atque ob hæc
 causam illi pro tertio pecuniam soluit: æquum
 fuisse, Prætozem in eum reddere iudicium, scilicet,
 vt ille interpretatur, negotiorum gestorum. Id e-
 nim suadere videtur & titulus, sub quo lex posi-
 ta est, & finis legis præcedentis. Mouetur postre-
 mo quod contutori aduersus contutorem, & magi-
 stratu aduersus collegam magistratum; eadem ne-
 gotiorum gestorum actio competat, si quid vnus pro
 altero præstiterit; tametsi in solidum finguli essent
 obligati l. ex facto eod. titul. Cur non igitur, inquit
 ille correo quoque aduersus correum competet? † Me
 in contrarium illud mouet, quod iuris est certissimi,
 negotiorum gestorum actionem ei nunquam com-
 petere, qui suum negotium gessit, l. creditor. 60. §. 1. D.
 mandat. Imò nec retentio ei danda est, leg. deducta
 58. §. qui post tempus ad S. C. Trebellian. nisi cum suo
 alienum quoque, id est, commune negotium gesserit,
 l. in hoc iudicium. 14. §. 1. D. commun. diuid. de cuius sen-
 tentia & emendatione scripsimus libro 2. cap. 2. Nemo
 autem nescit, facilius esse, vt retentionem quis ha-
 beat quam actionem, l. 1. §. is autem de superfic. l. inuius.
 156. §. cui damus de regul. iur. † Inde est quod generaliter
 proditum legimus, negotiorum gestorum actionem
 ei dandam non esse, cuius pecunia ad suum credito-
 rem peruenit, licet alienum voluerit gerere nego-
 tium, l. liber homo. 36. de negot. gestor. in postremis ver-
 bis, que desinit competere si creditori eius soluta sit. Ad-
 de l. cum pecuniam 43. ibi eius nomine solueret, & l.
 mandasti 46. in illo loco si verò propterea emerim nē
 filius mandati iudicio teneretur. D. co. tit. Quin et si in
 rem communem à pluribus accepta sit pecunia, ita
 tamen, vt correi facti non sint qui acceperunt, & vnus
 totum soluerit, datur quidem soluenti partis re-
 petitio, sed per generalem certi conditionem non
 per negotiorum gestorum actionem, l. si non singuli
 5. l. si in rem communem. 12. C. si cert. pet. at. Quamò mi-
 nus igitur negotiorum gestorum actio aduersus cor-
 reum dabitur, correo qui totum soluit? † Nam quod
 in dict. l. si non singuli & d. l. si in rem. alia constitui-
 tur correorum ratio, alia eorum qui correi non sunt,
 non eò pertinet, vt correo actionem negotiorum
 gestorum accommodare debeamus, sed vt nullam
 potius, nisi quam ipsi creditor aduersus correum
 mandauerit, vt constat apertius ex l. si diuisa. 13. C. ad
 locat. † Illud enim verissimum est, quod nos supe-
 riori capite probauimus correum teneri suo & pro-
 prio nomine totum debitum soluere, non solum si
 correum habeat qui sit vtiliter obligatus creditori,
 sed & si obligatio correi non subsistat, l. duos reos. 6. l.
 si ex duobus. 12. in princ. & §. 1. de duob. reis. l. si duo. 128.
 de verb. oblig. Ideoque perinde suum duntaxat nego-
 tium gerere videtur cum totum soluit licet per con-

sequentias correum liberet, ac si eum non liberaret. Non enim idcirco liberat quod pro eo soluat, sed quia pro seipso soluens efficiat, ut tota obligatio extinguatur cuius nomine correus acceptus fuerat, argum. l. si ex pluribus. 16. de accept. iur. l. 2. de duob. reis. † Adde quod etiam cum quis alienum negotium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit explicare nisi alienum quoque gerat, negotiorum gestorum agere nullomodo potest, leg. heredes. 25. §. non tantum. 16. in illis verbis, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi & ideo negotiorum gestorum actio ei non competit. D. famil. erciscund. Tunc enim solum competere potest negotiorum gestorum actio ob id quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socij quoque partem administrare non cogeret, l. si communes. 40. de negotijs gestis. leg. si quis putans. 6. §. siue autem verfic. hoc autem, & verfic. ceterum. D. commun. diuid. Atqui non auditur correus qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur siue suum siue commune gerat negotiū cum totum soluit, quo iure obsecro liceat ei aduersus correum agere negotiorum gestorum? † Alioqui si vnum illud inspiciendum est, quod per solutionem à correo factam correus quoque liberatur, quidni eadem ratione concludimus pluribus acceptis fideiussoribus eiusdem obligationis nomine si vnus totum debitum soluerit dādam illi aduersus ceteros confideiussores negotiorum gestorum actionem? Vtique enim vnus solutione ceteri omnes liberantur, & tamen constat nullam eos inuicem habere actionem nisi si qua soluenti cessa sit, l. ut fideiussor. 39. D. de fideiuss. Nimirum, quia quod vnus ex confideiussoribus totum soluit facit suo nomine, & ut seipsum liberet quamuis per consequentias ceteri confideiussores liberentur. † Reliquum est, ut ad rationes quibus aduersarij mouentur respondemus. Ac primum quod obiicitur ex §. penul. l. 3. de negot. gestor. locum esse actioni negotiorum gestorum etiam si necessitate aliqua vel necessitatis suspicione urgente alienum quis negotium gesserit, facilem habet responsonem: † debet namque intelligi de negotio quod quis necesse habuerit aut putauerit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullomodo. Exemplum accommodatum sumi potest ex leg. curatorem. 6. D. eodem titul. in curatore qui testamento aut alia ratione inutiliter datus negotia minoris gessit. Hic enim interdum necesse habet gerere, puta si agnouerit, legatum sibi eodem testamento relictum, l. vltim. D. de confirm. tutor. Et quamuis alias necesse non habeat, si tamen gesserit cum putaret cogi se posse ut gereret, æquum est dari ei actionem negotiorum gestorum, in eumque vicissim, dict. leg. curatorem. Idem in cuiuslibet curatoris heredibus tractari potest, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per iuris imperitiam quasi obligati, cum in eos administrationis officium non transeat, l. curatori. 17. Cod. de negot. gestor. † Subiici aliud exemplum potest ex l. 3. Cod. eodem. de debitoribus qui pignus commune liberavit. Etsi enim iuris illa ratio quam supra attulimus facere videtur, ut familiæ erciscundæ iudicium inter coheredes aut communi diuidendo inter ceteros locum habere debeat potius quam negotiorum gestorū, cum hic qui pignus liberavit, causam habuerit totius negotij gerendi propter partem suam, dict. l. si communes. 40. D. eod. dict. l. heredes. §. non tantum famul. erciscund. Singularem tamen quodam iure competit hoc casu negotiorum gestorū actio propter sublatam obligationem principalem & personalem, cuius intuitu cum esset inter debitores iplo iure diuisa,

non cogebatur vnus ex debitoribus partem condebitoris ne quidem coheredis soluere. leg. 1. Cod. si vnus ex pluribus heredes. leg. idem erit. 14. D. de institut. actionum. † Itaque sicut qui soluit ad liberandum pignus rei communis duplicem tollit obligationem personalem vnā, realem alteram, quarum illa non tantum diuisa est, sed etiam diuisa, hæc verò indiuisa, ita pro qua parte tollit personalem quæ aduersus condebitorem exercenda erat, acquirit sibi actionem negotiorum gestorum, quoniam suæ partis solutione poterat consequi liberationem. Quæ verò parte tollit actionem realem quærit sibi actionem Communi diuidendo aduersus condebitorem, quia nec partem suam debiti soluendo pignoris partem vllam liberare potuisset. Cæterum nil ea res ad quætionem nostram pertinet quia quod vnus ex correis commune debitum cogitur totum soluere non fit ut alienum negotium gerat, sed ut suum proprium: quæ res omnino excludit actionem negotiorum gestorum quemadmodum diximus. † Quod autem obiicitur ex d. l. nam & Seruius, mouere minus potest. Non enim ait lex locum esse actioni negotiorum gestorum in illa specie, sed æquum esse Prætorem reddere iudicium in eum, cuius nomine soluerant illi qui apud hostes remanserant, proposita nimirum, ut puto actione in factum pro non ciuili & subsidiaria, quæ competere solet quoties vulgaribus actionibus locus esse non potest, l. 1. & pass. de præscript. verb. sed prætoria. Ibi enim non potuisse agi negotiorum gestorum ex eo apparet, quod duo illi, qui pro tertio soluerant non aliter liberari ab hostibus poterant, quam si pro eo quoque soluerent. Comparandi ergo sunt potius ei qui pro re communi aliquid impendit, cum alioqui partem suam expedire non potuisset, quem diximus negotiorum gestorum agere non posse, sed familiæ erciscundæ vel communi diuidendo, dict. leg. si communes. & dict. §. non tantum. Nec quod lex præcedens de actione negotiorum gestorum tractauerat facere debet, ut quam actionem Seruius dabit, eandem interpretari debeamus, cum diuersæ sint species diuersique iuris loci, ex diuersis locis de promptu, licet per Tribonianum fortassis incertam male coniuncti. Sed & illud actionem negotiorum gestorum in ea specie impedit, quod conuentio præcesserat, ut si tertius ille, qui ab hostibus dimittebatur, non rediret, duo alij qui retinebantur pro eo quoque soluerent: eique pactioni tertius ipse consenserat, seque tamen rediturum & pro aliis quoque pecuniam allaturum receperat. Quis enim vnquam dixit, quod ego pro te præsentem & consentientem ac quodammodo mandante promiserim & soluerim posse me iudicio negotiorum gestorum abs te repetere? Mandati potius actio danda esset, quæ tamen cum actione negotiorum gestorum nunquam concurrat: † quanquam illud etiam vtrique obstat, quod inter captiuos & cum hostibus facta conuentio fuerat, ex qua proinde nulla inter captiuos nasci obligatio iure ciuili potuerat: Nec consequenter actio, nisi & obligationem & actionem æquitas illa induceret, quod aperte dolo malo faciat, qui aliorum pecunia dimissus ab hostibus fidem neque hostibus neque conciuibus seruare velit: sicut euenit cum aliquid facio, ut des, & postea quam feci, cessas dare, l. naturalis. §. §. quod si factam de præscr. verb. † Et verò non est hoc casu locum actioni negotiorum gestorum ex illo etiam apparet, quod si pro captiuo redimendo liber pecuniam dedisset, captiuus ille seruus factus esset redimentis quousque seipsum lussit pretio reddere, leg. in bello. 12. §. si quis seruum captum, leg. si quis redempto

redemptio. 13. l. si quis ingenuus. 21. D. de capti. & postlim. l. 2. Cod. eod. l. fenatus. 43. vlti. de leg. 1. Nulla igitur ciuili actio redimenti contra redemptum competere potuisset, ut nec domino contra seruum, ac sanè cum captiuus quandiu apud hostes est reuera sit seruus hostium, & consequenter pro nullo habeatur, reuersus autem fictione postliminij nunquam captus fuisse videatur, non potest dici negotium ciuis Romani gessisse, aut quam aliam obligationem aduersus eum quæ fuisse, qui pro captiuo redimendo pecuniā dedit. Quæ res fortasse causam præbuit constitutionibus quibus cautum est, ut captiuus redemptus sit seruus redemptus. Eset enim ius illud iniquissimum & à fauore libertatis Romanæ alienissimum si quo alio ciuili & ordinario remedio indemnitati redimentis consuli potuisset. † In ea verò specie quam Paulus ex Seruio tractat, in d. l. nam & Seruius. etsi non potest locus esse constitutionibus, quoniam qui tertium redemerant iidem captiuus erant nec proinde seruum vllum in dominio habere poterant, hoc ipso tamen multò minus habere possint actionem negotiorum gestorum, cum eo tempore quo erant serui negotium eius gesserint qui etiam tum seruus erat, utpote qui non nisi ea lege & conditione dimissus fuerat ut rediret, preciumque redemptionis per se aut per alios captiuos exsolueret, sicut de Attilio Regulo scriptum legitur, non videri eum postliminio reuersum, quia promiserat se Carthaginem reuersurum, l. postliminij. §. §. captiuus. D. de capti. & postlim. † Neque tamen ea res facere debet ut impunitus sit dolus eius qui à sociis captiuus redemptus non vult illis precium reddere, imò tantò æquius est aduersus eum succurri subsidiaria in factum actione, non ciuili, sed prætoria, id est extraordinario quoque Prætoris auxilio cum ciuile profus deficiat. Quoniam verum est eo tempore quo a uxiliū petitur agi rem inter ciues Romanos qui inuicem & agere & conueniri possunt, aliorumque pecunia redemptum hunc qui conuenitur. † Eoque nimirum pertinet huius legis coniunctio cum præced. Nam cum §. vlt. l. atquinatur. 19. scriptum esset, ei qui captiuus negotia administrat dādam actionem negotiorum gestorum aduersus eum quandocumque reuersum: addita quoque & expressa dubitandi ratione illis verbis, etiamsi eo tempore quo gerebantur dominum non habuerit. Opportunè comprobatio illa subiicitur in d. l. nam & Seruius, quod eo quoque casu quo captiuus pro captiuo vtiliter quid gestum sit, puta in causam redemptionis iudicij eo nomine à Prætoris reddi oporteat. Hoc. n. difficilius admittendum videbatur propterea quod inter captiuos res acta esset, quæ cum liber homo captiuus negotia gessit. † Cæterum quæ ratio dat actionem negotiorum gestorum cum homo liber captiuus postea reuersus negotia administrat, non potest eadem facere ut redemptionis precium quod à captiuo pro captiuo datum est, negotiorum gestorū actione repetatur. Illo enim casu etsi administrationis tempore negotia quæ gerebantur dominum non habebant, erant tamen eiusmodi quæ & per eum Romanum geri, & ex ipsa gestione meliora fieri poterant. Isto autem nihil aliud gerebatur nisi ut captiuus captiuus pecunia redimeretur. Proinde vtriusque persona obstat ne qua tunc ex ipsa gestione obligatio nasceretur. † Propter quam causam licet in manifestissima æquitate, stricto tamen iure omni profus actio deficere videbatur. Et reuera deficere fatetur Paulus cum ita scribit, æquum esse Prætorem in eum reddere iudicium, ut intelligamus ne subsidiariæ in factum actioni ciuili, locum esse de qua in titul. de præscript. verbor.

sed vel Prætoris tantum quæ ciuili subsidiaria est, vel quod fieri fortassis probabilius, iudicio de dolo argum. dict. leg. naturalis. §. quod si factam, de præscr. verb. vult. l. iuris gentium. 7. §. 2. D. de pact. & §. ac cum doi. d. l. naturalis. † Verum ut ad propositam de duobus correis quætionem redeamus, etsi admitteremus in specie d. l. nam & Seruius. competere negotiorum gestorum actionem, nil tamen ad rem id faceret. Non enim proponebantur eo loco plures correi debendi facti, sed potius confideiussores, ut probant verba illa vti pecuniam pro tribus adferret, & quod sequitur ut duo pro eo quoque pecuniam darent. Nam qui correi debendi constituuntur, pro se non pro alio singuli in solidum obligantur. Quamquam ut diximus non magis confideiussori qui totum soluit, actio negotiorum gestorum accommodanda est aduersus confideiussorem, quam correo aduersus correum, dict. l. ut fideiussor. 39. D. de fideiussor. vbi obseruandum est sic loqui Modestinum ut dicat fideiussori aduersus confideiussorem actionem dandam non esse. Non enim id tantum sibi vult nullam stricto iure competere, sed neque vllam ex æquitate dari debere. † Iam vero quod Molineus obiicit ex l. ex facto. 30. de negot. gest. facillime dilui potest. Nam quod curator Reipublice constitutus ad filiginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negotiorum gestorum, quod licet soluere cogatur proprio nomine tanquam obligatus ex facto subcuratoris, præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris cui soli culpam suam nocere æquū est. Id enim est quod Iulianus ait ut id ei saluum esset quod causa eius damnum repisset. Imò verò potest hodie curator eiusmodi petere ut non nisi excusso subcuratore qui male gesserat conueniretur, præsertim cum subcurator ille non ab ipso electus esset, sed à Republica constitutus arg. l. 2. C. de hered. iur. l. 1. & 2. C. si iur. vel curat. non gesser. l. tres tutores. 55. D. de admin. tut. Itaque nihil vetat in ea specie dari negotiorum gestorū actionem curatori in subcuratorem sicut & tutori in curatorem, & magistratui in collegam, quæ haud dubiè nõ daretur si ob id debitum ex communi gestu aut negligentia contractum alius pro alio quidpiam dependisset. Tū enim necessaria esset vtilis illa actio quæ deficiente iuris ratione à posterioribus imperatoribus introducta est, de qua in l. 1. §. tractemus. de tutel. & ratio distri. & in l. 2. §. ius Reipublice. de admin. rer. ad ciuit. pertin. ut pluribus docebimus infr. ca. 11. † Sed & illud hinc mouendum est quod nec Accursius ignorauit, licet Molineus dissentiat, actionem illam negotiorum gestorum quam Iulianus in d. l. ex facto. dandam putat curatori in subcuratorem, tutori in contutorem, magistratui in collegam magistratum, non esse directam (quomodo enim directa competeret, ei qui ex propria persona fuit obligatus ut solueret?) sed vtiliter sicut & eam quam Papinianus dat in specie, l. liberto. 31. seq. eod. tit. ad exemplum institutoris, ut constat ex l. idemque. 10. §. idem Papinianus. D. mandat. Distincta tamen planè; diuersam ab actione illa vtili de qua in d. §. nunc tractemus. Est enim hæc vtilis actio negotiorum gestorum, illa vtilis actio tutelæ ut pro Molineo aut Azone potius contra Accursium ad eum locum disputabimus. † Cæterum alia correorum debendi ratio est, ut neque directa neque vtili negotiorum gestorum actione inuicè experiri possint, quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conueniuntur. † Denique si quis obiiciat quod generaliter scriptum est in l. actio. 47. de negot. gest. negotiorum gestorū actionem omnibus dari

quorum interest eo iudicio experiri, respondebo de-
bere id ita intelligi, vt nihil referat directa, an vtili
negotiorum gestorum actione quis experiatur, quem-
admodum lex ait, sed tamen illud etiam omnino re-
quiri, vt cetera omnia concurrant, quæ ad eiusmodi
actionem dandam sunt necessaria, inter quæ sanè vel
illud maxime vnum est, vt alienum negotium actor
gesserit non proprium, & alterius obligandi, non pro-
prij aut communis negotij expediendi gratia, vt su-
pra probauimus. † Dicat fortasse quispiam eum qui
soluit totam pecuniam quam cum correo mutuam ac-
ceperat, non quidem gerere negotium correi in eo
quod soluit, cum suo nomine sit ille obligatus, sed in-
specto initio iam tum gessisse cum se in solidum obli-
gauit non nisi partem accipiens pecuniæ. arg. l. si filius
familias. 15. D. de in rem vers. vbi filiusfamilias qui con-
stituit, deinde soluit quod pater debuit licet pro se vi-
deatur soluisse, quia constituit, dicitur tamen in rem
patris vertisse. Sed nego hæc esse similia. † Qui enim
constituit se soluturum quod alius debet, pro alio ob-
ligatur, non secus ac fideiussor, l. 1. §. debitorum cum seqq.
de const. pecun. quamuis ad validitatem constituti nõ
tam inspiciendum sit, an persona extet, quæ debeat,
quam vtum aliquid sit, quod debeat, l. hætenus. 11.
eod. Imò & expromissor quamuis ille sit qui pro non
obligato obligatur tanquam reus principalis, l. & ele-
ganter. 7. §. seruus pactionis. D. de dolo. leg. aliquando. 13. in
princ. ad SC. Velleian. l. si verò. 64. §. sed est reum. D. solu-
matr. l. qui libertinus. 37. in fin. de oper. libert. intercedere
tamen dicitur, l. quamuis. 8. §. si conuenerit ad Velleian.
Proinde quamuis constitutor aut expromissor soluat
ideo quia constituit aut expromisit, verum tamen est
initio inspecto soluere eum pro alio, sicut & fideiuf-
forem, qui nec ob aliam causam soluit quam quia fi-
deiussit. Et consequenter, quod solutum est ex causa
constituti facti pro patris debito, negari non potest,
qui in rem patris versum videatur. † At cõtrà, in duo-
bus reis non potest dici vter pro altero sit obligatus,
cum vtrumque eadem obligatio teneat, & quidem æ-
què principaliter, nec alterutrius debitum altero sit
antiquius. Neque quod pecunia ad vtrumque perue-
nerit quicquam facit. Videtur enim vnusquisque ab
initio partem pecuniæ accipiendo in solidum obligari
voluisse, sui potius gerendi negotij causa, hoc est, vt vi-
cissim correat qui non nisi partem pecuniæ mutuam
accipiebat obligaret se in solidum, quam vt correi ne-
gotium vllomodo gereret: Quasi videatur creditor
neutri partem pecuniæ daturus fuisse, nisi se vterque
in solidum obligasset. Idque facit natura ipsa & qua-
litas negotij quod agitur, quoniam pluribus eodem
momento eademque forma obligatis, non possis dice-
re vter pro correo voluerit obligari, nec si mutuo, &
magis mirum est fideiusserint: cum mutua illa fide-
iussio in solidum subsistere nequeat, quin vterque prius
in solidum obligatus sit, si quidem pro non obligato
in solidum fideiussor in solidum accipi non potest: fa-
cit, l. item si. 9. §. vlti. cum quatuor seqq. de stipulat. seruor.
Idemque erit licet tota pecunia vni duntaxat ex cor-
reis numerata sit, l. propter mutuum. 4. Cod. de duob. reis,
quia cū pecunia data mutua stipulatio interponitur,
non id agitur, vt obligatio ex numeratione nascatur,
deinde per stipulationem nouetur, sed id potius vt so-
la stipulatio teneat, & implenda tantum stipulatio-
nis gratia numeratio fieri intelligatur, ideoque vnus
tantum contractus est, siue numeratio pecuniæ præ-
cesserit siue subsecuta sit, l. si ita fuerit. 6. §. 1. & l. seq. D.
de nouat. Cui consequens est, vt non minus principaliter
obligetur correat cui pecunia non fuit numerata

quam is cui numeratio facta est. Igitur neque nego-
tiorum gestorum, neque de in rem verso agere cor-
reus, qui totum soluit aduersus correum nullomodo
potest, præsertim cum ea actio non nisi ex contracti-
bus filiorumfamilias aut seruorum in patres vel do-
minos comparata sit, l. 1. & pass. De in rem verso. † In
quo passim decipiuntur pragmatici nostri actionem
de in rem verso dantes quoties agitur de pecunia in
rem & vtilitatem alterius conuersa. Planè si duorei
pater & filius fuerint, potest fieri, vt etiam de in
rem verso pater teneatur scilicet creditori non filio,
puta si pecunia ad patrem peruenerat, leg. si pro par-
te. 10. §. vltim. de in rem vers. vbi tamen pro tibi legen-
dum puto sibi in illis verbis & filius creditum tibi sol-
uisset. Tractat enim illo loco Vlpianus de pecunia
credita filiofamilias siue iussu patris siue quasi cor-
reo patris, & soluta creditori filij, quam sanè constat
in rem patris versam videri si pecunia quam prior ille
creditor dederat cui nunc solutum est ad patrem ipsū
peruenerat. Ceterum vel maxime vnus hic locus
probat ex contractu correorum non nasci de in rem
verso actionem ne quidem creditori aduersus vnum
ex correis, multò minus inter correos ipsos. Nam &
quam Vlpianus dat eo loco, testatur ille non ex nego-
tij gesti natura, sed ex solo euentu competere: quod
non satis bene ab interpretibus nostris acceptum aut
explicatum videtur.

CAPVT VIII.

Neque communi diuidendo actionem cor-
reo aduersus correum dandam esse,
neque conditionem ex l. fi
& me & Titium. 32. D.
de reb. cred.

S V M M A R I A.

1. Negotiorum gestorum actionem nunquam concurrere cum actione communi diuidendo.
2. Ratio propter quam actio communi diuidendo correo qui totum soluit aduersus correum non datur.
3. Argumentum pro Molinæ sententia aliatum soluitur.
4. Quo sensu dicatur pluribus correis stipulandi vel debendi factis ius obligationis, aut onus debiti esse commune?
5. Communi diuidendo iudicium nunquam competere pro iure quod plurimum sit in solidum.
6. Multum interesse inter correum qui totum soluit, & socium qui in rem communem aliquid impendit.
7. Socium, qui socio heres non extiterit, ex delicto vel contractu serui communis conueniunt, non in solidum, sed peculio tenus condemnari, & quantum ex bonis alterius socij consequi poterit.
8. Cur in correis debendi secus obtineat?
9. Quo pertineat quod dicitur, ex persona serui communis dominos non fieri correos debendi?
10. Respondetur ad d. l. fi & me & Titium, à Molinæ oppositam.
11. Nec eo prætextu correo conditionem dandam esse, quasi ex re correi, qui totum soluit, locupletior factus sit correat qui nihil soluit.
12. Correo qui totum soluit damnum non infligi, nec cum eius iactura locupletari alterum correum, qui credita pecunia partem accepit, nullam vero restituit.

Quam parū sibi cõstet ac satisfaciatur Carolus Mo-
lineus in eo, quod Accurs. fecutus dat correo de-
bendi qui totū soluit actionē negotiorū gestorū aduersus
correat, vel ex hoc maxime intelligi potest, q̄ idem ille
in Dolanis prælectionib. ad l. in re. 62. D. ad l. fal. n. 19.

25. dat correo actionem communi diuidendo. Quā
tamē certum est nullo vnquam casu cum actione ne-
gotiorum gestorum concurrere, sed aut hanc duntaxat
competere aut illam. Neque enim negotiorum
gestorum agere potest qui suum negotium gessit, vt
superiore capite probauimus, neque rursus Commu-
ni diuidendo qui de alio obligando potius quam de
communi negotio gerendo cogitauit, l. in hoc iudicium.
14. leg. si quis cum. 29. leg. si quis putans. 6. §. siue autem.
D. commun. diuid. l. heredes. 25. §. non tantum. D. famil. er-
cisund. Postea verò quā à nobis ostensum est cor-
reo qui totum soluit non posse aduersus correum dari
negotiorum gestorum actionem videamus an com-
muni diuidendo dari debeat. † Me illa semper ra-
tio mouet, vt nullam prorsus dandam esse putem,
quod vt in superioribus disputauius correat qui
totum debitum exsoluit, suum proprium non etiam
alienum aut commune negotium gessit cum esset il-
le in solidum proprio nomine obligatus, non secus at-
que si solus obligatus fuisset. Nec quod eiusdem so-
lutionis potestate correat quoque per consequentias
liberetur inducere magis potest actionem Communi
diuidendo, quā si fideiussor id soluerit cuius nomi-
ne & debitor principalis & alij confideiussores erant
obligati. Nam & perinde dici posset facta per vnum
ex fideiussoribus solutione debiti, quod & ab omni-
bus debebatur & à singulis exigi poterat, partam cæ-
teris omnibus liberationem. Neque tamen vllò vn-
quam iuris loco proditum est actionem Communi di-
uidendo ex ea causa competere, quod sanè nec nisi
absurdissimè tentare quisquam possit. † Mouetur
potissimum vir meo iudicio parū subtilis ex eo quod
ius stipulationis dicatur commune inter correos sti-
pulandi & debitor communis in l. si rem aliquam. 3. §.
si duo. D. de nouat. & in l. qui hominem. 34. §. si duo de solu-
tion. quod sanè verissimum est licet correat non sint so-
cij, vt idem ille contra Accursium & Bartolum dispu-
tat. Ergo, inquit, deficiente actione pro socio inter
eos qui socij nõ sunt locum habere debet actio Com-
muni diuidendo, l. 1. & tot. tit. D. commun. diuid. l. si in
re. 19. D. de noxal. action. Ego verò, vir bone, nego
consecutionem. † Nam quod dicimus factis pluri-
bus correis debendi vel stipulandi ius obligationis
aut onus debiti esse commune, non ita accipiendum
est vt perinde sit commune, ac si partem in eo quis-
que indiuisam haberet, sed id significamus vniciuique
ex correis stipulandi ius idem competere totum de-
bitum exigendi in solidum ac si solus ille stipulatus
esset, Vnumquemque ex correis debendi perinde to-
tum debere atque si solus esset obligatus. Sunt verò
ista longè latèque differentia si Florentino credimus
qui in l. licet. 7. D. deposit. ita scribit. Itaque hoc casu in
solidum vnusquisque videtur deposuisse quod aliter est cum
rem communem plures deponunt. Cui simile est quod
Vlpianus tractat in l. 1. §. antepenultim eod. tit. Si duo
deposuerint & ambo agat, si quidem sic deposuerunt
vt vel vnus totum tolleret, posse singulos in solidum
agere, si verò pro qua parte eorum interesset, tunc in
partem duntaxat faciendam condemnationem. † At
nulla iuris parte scriptum reperias Communi diuiden-
do iudicium competere pro iure quod plurimum sit in
solidum, sed pro iis demum rebus quæ plurimum sunt
pro partibus diuisis quidem in quota, vt loquuntur,
non in corpore, d. l. 1. & pass. D. commun. diuid. l. familia.
9. C. commun. vtriusque iudic. l. si vt certo. 5. §. vlt. in illis
verbis, sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium
habere. D. commod. Nec sanè naturalis ratio patitur ita
quicquam commune esse plurimum, vt in solidum sit

commune, non magis quā vt eiusdem rei duo plu-
resve in solidum sint domini, d. §. vlt. † Neque rursus
probabiliter possis dicere, Correat qui totum soluit
ei similem esse qui in rem communem aliquid impedi-
dit cum aliter partem suam tueri nõ posset, cui nimi-
rum damus actionem Communi diuidendo vt quod
pro socio præstitit recuperet, puta si communis serui
nomine vnus ex dominis in solidum conuentus, &
damnatus sit, l. et si non omnes. 8. §. vlt. cum l. sequi. l. si Sti-
chus. 25. D. commun. diuid. iunct. l. si cum vno. 4. D. si ex nox-
caus. agat. l. & ancillarum. 27. §. vlt. D. de pecul. Habet e-
nim ille animū obligandi sociū, nec potest videri pro-
prium negotium omnimodo gerere qui pro parte so-
cij (quæ dominij iure diuisa est saltem per quotas, li-
cet non per corpora) aliquid facit vel præstat. Correat
verò solus, ipse proprio nomine & ex propria persona
obligatus est in solidum perinde ac si correat nõ ha-
beret, & ideo negotium suum duntaxat gerit & pro-
prium non commune cum totum soluit, licet seipsum
liberando coreum quoque per consequentias liberet.
† Multumq; inter hos casus differre ex eo quoq; constat
quod Iulian. scribit in l. quare. 28. de pec. Si neque heres
neq; bonorū possessor extiterit socio pro quo alius so-
cius ex contractu vel delicto serui communis vrgeat-
ur, non debere hunc qui cõuenitur condēnari in so-
lidum, sed eatenus duntaxat quatenus peculium apud eum
erit & quātū ex bonis alterius cõsequi poterit. Siqui-
dē aliter obseruatur in correo qui vtiq; non eo minus
tenetur in solidum quod correat habeat à quo nihil peti
possit, l. duos. 6. l. si ex duob. 12. in princ. & §. 1. de duobus
reis. Deniq; cū obligationis cõmunio ex re ipsa vel ob
rem proficiscitur, eatenus tantum constitui & subsistere
potest quatenus res ipsa patitur, l. si tibi. 17. D. de pact.
l. cum vltra. 6. C. de nuner. pecun. l. es cum quo. 7. de aqua
& aqua pluui. arce. † Et ob id si apud alterum ex sociis
cui cõmunis seruus fuit nullū sit peculium, placet nal-
lomodo eū teneri socio, quia nec eum liberare socius
are alieno vllomodo intelligitur, d. l. & ancillarum §.
vlt. Nempe quoniā vt obligaretur, faciebat tantum ratio
peculij. At quod correat in solidum licet non solus obli-
gatus est, nõ sit ex alia re vlla quā quia solidum quā-
uis nõ solus stipulandi promiserit. Proinde cum & ex
persona sua & ex propria stipulatione cõueniatur, ne-
gare non potest quin si totū debitum soluat suum so-
cius negotiū gerat. † Eoq; pertinet quod dici solet ex
persona serui communis non fieri dominos correos
debendi, l. habebat. 13. §. vltim. cum l. seqq. D. de instit. a-
ctio. quia non in solidum singuli, sed de peculio tan-
tum, & ex vnus facti obligantur, d. §. Tametsi qua-
tenus est in peculio, possit creditor cum vnoquoque
eorum in solidum experiri ne in plures aduersarios di-
stringatur qui cum vno contraxit, d. l. vlt. l. & ancillarum.
† Quod verò idem Molinæ correo qui totum soluit
dat contra correat conditionem ex l. si me & Titium.
32. de reb. cred. non possim videre quam habeat ratio-
nem. Illa enim generalis quæ placet Celso quæ pecunia
mea ad te peruenit eam mihi à te reddi bonum & æquum
est. ad rem nostram nullomodo pertinet. Neque enim
verum est dicere pecuniam correi qui totum debitum
soluit cum partem duntaxat pecunia credita mutuam
accepisset, ad correat peruenisse. Peruenit enim
ad creditorem, adeoque peperit soluenti qui in so-
lidum obligatus erat solidi liberationem. Ergo con-
dici nequit, neque creditori qui suum recepit bo-
na fide adeoque à debitore, leg. cum is. 32. §. 1. leg. repe-
tito. 44. leg. si fideiuss. 59. & pass. de condit. indebit. l. qui
hominem. 34. in fin. de solut. Neque correo qui æque in
solidum obligatus erat, quamuis ipsi quoque solu-

tio profuerit, quoniam iuris regula est, His solis con-
dicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta
est, non item quibus solutio proficit, *leg. his solis. 49. de
conact. in deb. cum cui. 13. C. de obligat. & action. † Quod
si cōditionem eo prætenu dare velis quasi ex re cor-
rei qui totum soluit, locupletior factus ut is qui nihil
soluit cum partem pecuniæ creditæ accepisset, argu. l.
seum seruum. 23. D. de reb. cred. Dicam ne hanc quidem
posse competere, quoniam licet locupletior factus vi-
deatur qui ab obligatione liberatus est, non tamen
principaliter hic liberatus est, sed tantum per conse-
quentias, id nimirum agente correo qui totum soluit
ut seipsum duntaxat non etiam ut correum liberaret,
utque ea solutione locupletior ipse nō etiam correus
fieret, quippe qui non minus debebat solidum quam
si solus obligatus extitisset. Alioqui possis eadem ra-
tione concludere si plures sint inopis cuiusdam debi-
toris fideiussores, & ex iis vnus totum soluerit dan-
dam ei aduersus confideiussores ceteros condictionem
tāquam factos ex huius qui soluit pecunia locu-
pletiores: quod tamen disertè negat Modestinus in l.
ut fideiussor. 39. de fideiuss. cum generaliter & indistin-
ctè scribit fideiussori aduersus confideiussorem dan-
dam actionem non esse. † Atqui, inquires, negari non
potest quin locupletetur cum aliena iactura correus
qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam restituit.
Imò verò, inquam, permittendum est ut locupletetur
cum iactura correi, quoniam æquè cum ipsius iactura
locupletari correus poterat si hunc potiusquam illum
eligere creditor voluisset. Videturque id tacitè inter
eos actum ut damni huius periculum spe paris lucrī
vnusquisque subiret. Quare imputet sibi qui prior
conuentus totum soluit, cur tanquam correus potius
quam alio contractus genere obligari voluerit, cur
indemnitatem sibi pro parte repromitti non curauerit,
cum partem duntaxat pecuniæ mutuum acciperet,
cur denique cum solueret non adegerit creditorem ut
sibi aduersus correum actiones mandaret. Quibus de
causis negare etiam audacter possum damnum ei vl-
lum infligi, ut consequens fiat neque ex ipsius iactura
correum locupletari, quia quod quis ex culpa sua fa-
ctoque proprio damnum sentit nec sentire videtur, ut
habet vulgata iuris regula.*

CAPVT IX.

**Correo qui totum soluit actionem aduersus
correum ex intervallo cedi non posse. Ad
l. Modestinus. 76. D. de solut. l. i. de contr.
iudic. tutel. l. cum alter. ii. C. de fideiuss. l.
ut fideiussor. 39. D. eod. Et emendatio leg.
cum is. 36. eod.**

SVMARIA.

- 1 Molineus super hac questione sententiam legibus contra-
riam esse.
- 2 Imaginaria aequitatis obtentu à certissima legum sen-
tentia non esse recedendum.
- 3 Quam aequitatis ratione motus Molineus crediderit
correo qui totum soluit actionem aduersus correum
ex intervallo cedendam esse.
- 4 Molineus responsio & interpretatio ad l. Modestinus.
ff. de solut. enertitur.
- 5 Solutionem in specie dicta legis à contutore eodemque
debitore, non ab extraneo factam esse.
- 6 Legem l. C. de contrar. iudic. tutel. de tutela, non de
iudicari. actione tractare.
- 7 Verba illa d. l. i. heredes iudicati poteris conueni-

- re, quomodo intelligenda sint?
- 8 Quibus rationibus moti Imperatores in d. l. i. damnato
contutori cessionem actionis aduersus contutorem de-
negauerunt?
- 9 An non æquum sit creditore qui sum ex iudicato aut
alia ratione consecutus est, iudicati aut pristina tute-
le actionem ei cedere, à quo solutionem accepit?
- 10 An deterior sit conditio tutoris non condemnati & so-
lutionem pro contutore vltro offerentis, quam si con-
demnatus esset?
- 11 An tutori non condemnato soluenti, aduersus iam cen-
demnatum contutorem iudicati actio cedenda sit?
- 12 Questio & sententia l. cum alter C. de fideiussorib.
& l. ut fideiussor. 79. ff. eod. tit.
- 13 An actio que cessat ante solutionem aut in ipso solutio-
nis actu, aut quam precedente pacto cedi conueniunt,
secus a solutione subsistat?
- 14 Restituitur quodam verba in l. cum is. 36. ff. de fide-
iussorib.

Ridicula † aut superuacua videri posset hæc dispu-
tatio, & ut nostri loquuntur, de indubitabili, nisi
dubiam faceret, & nostro dignam tractatu autoritas
Carol. Molineus qui dum subtilè agit in Dolanis præ-
lectionibus ad l. Modestinus. 76. D. de solut. nouam in-
duxit opinionem prorsus antea inauditam, ut plurib.
factis correis debedi si vnus totum creditori soluerit,
licet nec impetrata nec petita cessione vlla cōtra cor-
reum, possit tamen creditor etiam post sublatam solu-
tione obligationē cogi præstare correo aduersus cor-
reum itémque fideiussori aduersus debitorem actio-
nes. Quæ sententia pugnat apertissime eam d. l. Mo-
dest. 76. D. de solut. l. i. C. de contr. iudic. tutel. l. cum alter.
ii. de fideiuss. l. ut fideiussor. 39. D. eod. sed apertius cum i-
plissima & certissima iuris ratione cuius præcipua sæ-
per autoritas esse debet. Nam cum solutione per vnū
ex correis facta omnis obligatio perimatur, ita ut non
tantum correus ipse qui soluit, sed etiam alius correus
liberetur, l. 2. & pass. de duob. reis. quomodo fieri obse-
cro potest, ut vel superfit actio aliqua quæ cedi queat
perempta iam obligatione, vel cedi possit actio, quæ
nulla superest amplius? † Nam quod Molineus pe-
tuò nugatur, iniquum esse eum qui coactus & bona
fide totum soluerit nullum à legib. remedium habere
ad suum pro parte correi consequendum. Quam leue
& inane sit constare satis arbitror ex iis quæ in supe-
riorib. disputauimus, constabitque euidentius ex iis
quæ in sequentib. subiiciemus. Sed quamnam rogo tem-
eritas & amētia ista est, nescio cuius aequitatis ima-
ginariæ & ut nostri vocant, cerebrinæ obtentu certis-
simam iuris rationem cōuellere, leges corrumpere, ni-
hil non audere: Fuit hoc familiare Molineo, nimium sa-
nè ingenio suo cōfidenti, passimque istiusmodi æqui-
tatis commento abutenti, sed cui tamen adeò sua felici-
ter successit temeritas, ut etiamnum apud supremas
pleraque curias (quarum singulare ius est ut æquita-
tem stricto iuri præferre semper debeant) præcipua
vigeat gratia, non solum si contra leges legumque ra-
tionem sentiat, sed etiam quod in tanta seculi no-
stri infelicitate magis mirum videri debeat, si quan-
do recedat à receptissimis interpretum omnium
sententiis, quas ceteri quantumcunque eruditi iu-
ris magistri ne cogitatione quidem audeant lacesse-
re. Quæ me res mirum in modum offendit, & exa-
gitat. Quis enim contraueriarum inter nos finis
erit si vnicuique liceat pro arbitrio aequitates istas
comminisci quæ à iuris ratione prudentiumque re-
sponsis abhorreant? Nescio autem an nimio impu-
dentia istius odio factum sit ut in hunc vsque diem
vix

vix vllam Molineus sententiam aut interpretationem
probare poterim, ex iis omnibus in quibus placet il-
le sibi tantopere suamque ostentat æquitatem. Sed
ad rem. † Mouetur ille non iuris ratione aliqua (ne-
que enim vera iuris ratio pugnare secum vnquam
potest) sed æquitate tantum illa, quæ minus diligen-
ter intuenti plausibilis videri queat, quod in damno
morari non debeat qui ex correis partem duntaxat
pecuniæ mutuatus totum debitum soluit, correumque
liberauit ad quem alia pecuniæ pars peruenerat.
Leges tamen permultas congerit quibus probet et-
iam facta debiti solutione actionem nihilominus cō-
petere, adeoque & interdum cedi debere. Eæ sunt, l.
§. nunc tractemus. de tutel. & rat. distr. l. 2. in fi. C. de cont.
iudic. tutel. l. Stichum aut Pamphulum. 95. §. si mandato
de solut. lex si res obligata 57. in fin. de legat. l. dominus
Sticho. 23. de pecul. legat. l. Papinianus. 28. alias Pomponius
D. mandat. l. si minoris 25. in fi. de admn. tutor. l. cum pu-
pillus. 21. de iudic. & ration. distr. l. in si autem. 45. §. qui pro
alio de iur. fisc. l. cum possessor. 5. in princ. de censib. De qui-
bus singulis dicendum nobis erit sequentibus capituli-
bus, quò plenior sit & distinctior disceptatio. Nunc
videndum est quid ad supradicti iuris locos qui pro
communio nostraque sententia tam aperti sunt, aduer-
sarij respondeat. † Ac primum quod pertinet ad l.
Modestinus, de solut. respondet intelligi eam debere de
solutione pro tutore facta non à tutore sed ab extra-
neo. Ut idem sit sensus qui & legis nulla 5. C. eod. Solui
quidem posse pro extraneo ignorante adeoque inui-
to, l. solvere. 53. D. eodem l. solvendo. 39. de negot. gest. sed
non posse cogi creditorem ut actionibus suis cedat,
nisi ante factam solutionem ita conuenierit. Nec si ce-
dere velit ex intervallo nulla precedente conuentione,
quicquam eum agere quoniam tota actio solutio-
ne extincta sit, nec enim quisquam pro alio soluendo
alienam sibi comparat actionem. Sed interpretatio
hæc quicquid ille gloriatur, tota commentitia est & à
Modestini sensu aliena. † Nam verba illa, post solutionem
sine vilo pacto omne id quod ex causa tutela debebatur, à
quo potius solutionem factam esse demonstrant quā
ab ipso debitore hoc est à contutore? Aut cur ab ex-
traneo factam solutionem diuinamus si extranei nul-
lomodò lex meminit? Ratio autem illa qua Modesti-
nus mouetur, cum nulla actio superfuerit. an non æquè
locum habet si solutio non ab extraneo, sed ab ipso
tutore eodemque debitore facta sit? Nam si solutio
per extraneum facta, alieno nomine liberat debito-
rem, quantò magis liberabit solutio, quam debitor i-
pse fecerit? lege manifesti. 17. C. de solut. Cur non igitur
eo quoque casu idem iuris obtineat, quo eadem ma-
iorque sit ratio. Vulg. l. illud. 32. ad legem Aquil. l. 3. §. vn-
de etiam de iniust. rupt. Idque nominatim & disertè cau-
tum est in d. l. i. C. de contr. iudic. tutel. quæ tam apertè
loquitur de tutore soluenti pro contutore condem-
nato ut cauillationi nullus relictus locus videatur. †
Et tamen cauillatur adhuc homo, si Diis placet, non
insubtilis, & respondet eam legem non tractare de ac-
tione tutela, nec proinde negare quin cedi eā quan-
documque possit & debeat, sed de actione iudicati
quæ ex iudicato competit, ut constare ait ex illis ver-
bis, Quod si nomen emisti in rem tuam (sic enim legenti-
dum est, non suam) procurator datus, heredes iudicati
poteris conuenire. Hanc verò alterius ait esse conditio-
nis quam pristinam tutela, quod hanc creditor suo
sumptu & opera sine facto & auxilio condemnati
quæsierit, quodque possit esse durior & grauior. Id-
eoque nec cogendum ipsum ea cedere, sicuti nec uti
sententia pro se lata, l. euidenter. 16. de except. rei iudic. l.

si iudex. 28. de minor. qua tamen, inquit, hoc ipso quod
cederet vteretur, ex Paul. Castren. in l. si actionem. C. de
pact. Præsertim cum tutor offerens solutionem pro
contutorem non potuerit cogi ex sententia aduersus
contutorem lata, nemo autem possit cogere eum pro
quo soluit nisi illo ipso officio quo soluere cogitur, l.
cum vendente. 4. C. ubi caus. fiscal. vel diuin. dom. 29. an-
vbi Salic. & Castren. l. minor. 25. anis. 39. D. de eui. Quant
ob causam in fideiussore de iudicato soluendo specia-
liter receptum est, addit ille, ut iudicati actio ei cedi
debeat etiam si in secunda vel tertia instantia obten-
ta sit, ut idem ipse notat ad Alexand. conf. 209. lib. 7. &
probari existimat ex leg. cum apud Semprium penult.
D. iudic. solui. Nempe quia ex iudicato actio competit
absque nouo processu, ut nostri loquuntur, contra fi-
deiussores de iudicato soluendo. Gloss. Cyn. Bartol. &
ceteri ad l. fi. C. de vsu rei iudic. Gui. Pap. quæst. 29. num. 1.
& quæst. 215. num. 3. Has atque alias eiusdem ponderis
rationes conquirat miser innouator, ut opinionem
suam tueatur. Non animaduertens verba illa, nullum
iudicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi
aduersus liberatum actio. tam esse generalia ut nō pos-
sint esse generaliora, ut perinde complectantur tute-
lar actionem, atque eam quæ competit ex iudicato.
† Nec verò specialiora sunt quæ sequuntur, heredes
iudicati poteris conuenire. Non enim ad iudicati actio-
nem pertineat (Deus bone quæ infantia ne dicam a-
mentia in re tam aperta cæcutiisse!) sed iudicari lex
ait pro condemnato ut & in princip. si pro tutore iudica-
to, id est condemnato ut significet tutorem qui pro con-
demnato contutore soluerit, si nomen emerit posse
condemnato heredes mandatis actionibus conuenire.
† Sed & illud obseruare Molineus debuit, Imper-
atores quorum id rescriptum est non iis rationibus
motos fuisse quas ille comminiscitur ad denegandam
cessionem actionis, sed ex eo potissimum quod dan-
natus contutor pro quo contutor soluerat, ipso iure
liberatus esset per solutionem. Is enim sensus est illo-
rum verborum quæ sunt præcipue ponderanda ad-
uersus liberatum. Atqui non minus ab actione tutela
liberatus erat, quam ab actione iudicati. Vnica siqui-
dem actio sufficit ad vtramque tollendam actionem,
quoniam vtriusque vna tantum & eadem causa est,
cum nec nouum sit ut vna numeratio sufficiat in va-
riis causis, lege in numerationibus 44. de solut. Eadem i-
gitur ratio quæ impedit ne delegari possit ex inter-
uallo post solutionem iudicati actio, faciet ne delegari
possit actio tutela. Adde quod actio iudicati nouat
priorem contractum, & actionem quæ ex eo compe-
tebat, d. l. fin. ver sic. si enim nouatur. C. de vsu rei iudic. l.
si fundum. 16. §. si creditor. & §. pluris. D. de pignor. l. ut
iudic. solui. in d. leg. 1. de Prætor. stipul. de cuius senten-
tia scripsi lib. 3. cap. 1. Quomodo igitur cedi poterit ac-
tio quæ iam per nouationem perempta fuerit? argu.
legis prima de nouat. † Denique quid obsecro interest
creditoris qui suum ex iudicato aut alia ratione con-
secutus est actione iudicati aut pristina tutela cedere
ei à quo accipit solutionem? Aut cur non hic locum
habeat æquitas illa de qua in l. creditore. 38. D. de euiet.
l. quæsum. 30. §. si vnus verò filius. D. pecul. Id est, Cui non
æquum videri debeat, vel hoc saltem consequi solu-
tem debitorem, quod sine creditoris dispendio sit fu-
turum? † Alioqui si nec primam tutela actionem po-
test cedere creditor quia nouata est, nec iudicati pro-
pter eas rationes quibus seipsum Molineus vltro de-
cipit, sequetur, nullo remedio succurri posse contu-
tori qui & totum soluere velit, & sibi rectè prospicere
ut in contutorem vllam actionem habeat, qui tamen

fatentibus omnibus actionem haberet ad cogendum pupillum, ut sibi tutelae actionem delegaret, si nondum esset illa per iudicatum perempta. Atque ita fieret deterior condicio solventis contutoris ex facto alieno contra iuris regulas, id est propter sententiam aduersus contutorem latam. Imò & deterior erit condicio tutoris non condemnati, & vltro solutionem offerentis quam si esset condemnatus. Soluens enim ex condemnatione utique impetrare posset cessionem actionis iudicati, nec ei imputaretur, quod isti Molineus imputat, cur soluat post contutoris condemnationem qui ex ea condemnatione vrgeri non poterat. Quod si ita est permittendum illi erit ut creditorem pupillum cogat contra se agere (quod etiam aberrat à iuris regulis tit. *ut nemo iniuri ager. cog.*) Vt cum erit condemnatus impetret cessionem actionis iudicati aduersus contutorem aequè condemnatum. Hoc verò quam obsecro nititur ratione cum non plus creditor ab eo per iudicem consecutus sit quam ipse sine iudice offerat? ex *l. iudicatum solui stipulatione. 16. D. iudi. sol. l. si reus. 73. de procurat.* Aut si huic contutori licuit solvere pro contutore iam conuento necdum condemnato, cur non aequè poterit post ipsius condemnationem? An in eo facta videbitur deterior conditio creditoris quod vicerit, ut ea re deterreatur contutor à solutione faciendâ, ac non potius ad soluendum excitetur? † Atquin dici solet neminem litis contestatione deteriorem suam facere condicione, *l. aliam. 29. D. de nouat.* Sed & quamuis iudicati actio, adeoque litis contestatio nouet priorem actionem, *l. delegare. 11. eodem tit. l. solutione. 23. de solut. l. 7. §. i. dem scribit. D. de pecul. absurdum tamen sit idcirco existimare nullam amplius cedi posse actionem. Alioqui dicendum esset exceptionem cedendarum actionum opponi numquam posse in executionem iudicati, quod tamen manifestè falsum est. *l. si fideiussores. §. 1. de fideiuss. l. 1. §. non tantum. 18. l. cum pupillus. 21. D. de tutel. & ration. distr.* At si cedi potest condemnato eique solventi actio iudicati aduersus contutorem non condemnatum, quæro cur non facilius cedi possit tutori non condemnato aduersus iam condemnatum contutorem? Itèmq; si tutor condemnatus habet exceptionem cedendarum actionum, si non cedatur illi actio iudicati contra non condemnatum, quantum facilius habere debet is qui condemnatus non est aduersus condemnatum? Taceo quam futilis sit ratio illa non cedendae actionis iudicati, quod eam creditor suo sumptu & opera sine facto & auxilio condemnati quaesiverit. Nam & heres rogatus de restituenda hereditate non eò minus cogitur actionibus cedere propria stipulatione quaesitis quod eas ipse opera sua acquisierit: quamuis in hoc differant ab hereditariis quod hæ ipso iure transeunt in fideicommissarium, in illis cessione opus est, *l. si heres pecuniam. 73. D. ad S. C. Trebell.* Ex quibus satis superque refutata sit Molinei interpretatio ad *d. l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Cætera enim quæ confirmandæ ipsius gratia ille congerit ex *l. 2. eo. tit. & ex l. 1. §. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr.* postea refellimus cap. 11. † Illud subinde videndum restat, quid ille respondeat ad *l. ut fideiussor. 79. de fideiuss. D. & ad l. cum alter. 11. C. eo.* Neque verò hic cunctatur, sed ait tractari quidem iis locis de actione principali, non quæ ex iudicio nascitur. At non de illo quaeri, an cedi illa ex interuallo possit, sed an sine cessione competet, quod, inquit, vtraque lex negat. Verum apparet satis in *d. l. cum alter.* consultum fuisse Imp. non de illo solum, An sine cessione possit fideiussor aduersus confideiussorem agere (iam enim ad*

id responsum fuerat primis illis legis verbis, cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciatur, actio ei aduersus eum qui vna fideiussit non competit.) Sed de illo etiam, An ex interuallo, & post solutionem ea cessione fieri posset. Ad id verò respondet Imperator sequenti illo versiculo, *Potius si sane cum fisco solueres desiderare ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, & si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris.* Sic innuens non obscure si ita factum non sit, hoc est si fideiussor cum fisco solueret non desiderauit ut in se ius pignoris transferretur, nullomodo fieri posse amplius vt cessis actionibus fideiussor vtatur, id est vt ei actiones cedantur. Quæ etiam sententia est, *d. l. ut fideiussor.* in qua non solum negat Modestinus actiones vllas competere fideiussori aduersus confideiussorem, sed etiam tempus indicat quo cedi eas oporteat vt vtiliter cedantur, nimirum cum alter electus à creditore totum exsoluet. Ergo postquam exsoluerit, sera erit cessio tamen si facta sit à volente. Multò magis igitur sera postulatio eius qui petet cessionem quo tempore nulla amplius supererit actio quæ cedatur Idque adeò clarum est vt nullo iuris loco videas Iureconsultos dubitare an actio quæ solutione perempta est cedi debeat aut possit ex interuallo (quis enim præter Molineum id vnquam putaret? sed de illo potius, † An quæ cessa est ante solutionem aut in ipso actu solutionis, aut quam pacto præcedente cedi conuenerit, secuta solutione subsistat. Videbatur enim intercidere cum secuta quodcumque solutio plenam debitori vt diximus liberationem adferat, quod fieri non potest quin obligatio extingatur. Sed subtilissimè obseruarunt iuris autores non tam hoc casu videri peremptam solutione obligationem, quam venditum debitoris nomen solutumque venditionis precium ab eo qui pro alio solvere coactus fuerit. Quod remedij loco inductum videtur vt iis succurreretur qui pro aliis obligati solutionem recusare non possunt, *l. fideiussoribus. 17. l. cum is. 36. D. de fideiuss.* in cuius sine verba vt puto sunt inuersa, sicque meo iudicio restituenda, & idè quia habet actiones tenetur ad hoc ipsam vt præstet actiones ex *l. quod debetur. 51. D. de pecul. l. quod si in diem. 16. §. vlt. l. item veniunt. 20. §. ait Senatus placere. 17. de peti. hered. l. 2. §. peruenisse de hered. vendit. l. heredem. 14. l. Papin. 28. D. mand. Idque est quod Modestinus tractat, in dict. *l. Modestinus de solut. & Pap. in l. cum pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. & in l. cum possessor. 5. in princ. D. de censib.* Manet ergo verissima & inconcussa iuris sententia, Actionem quæ solutione perempta sit ex interuallo cedi non posse. Videamus iam quid ad eas leges respondendum sit quibus abutitur Molineus, vt errorem suum pluribus & grauioribus implicet erroribus.*

CAPVT X.

Emendatio & explicatio *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. si mandato de solut. l. si minoris. 25. de admin. tut. l. si res obligata. 57. de lega. 1. l. cum pupillus. 21. de tutel. & rat. distr.*

SVMARIA.

- 1 Generaliter respondetur ad leges à Molino pro sua sententia allatas.
- 2 Cur mandatori, cuius iussu pecuniam credidi, soluta pecunia actiones aduersus debitorem, etiam ex interuallo præstare teneat?

3 Cur

- 3 Cur dicto mandatore solvente debitor non liberetur?
- 4 Cur solvente tutore qui pupillo condemnatus est, ob id quod ipse pupilli debitorem non exegerit, debitor non liberetur?
- 5 De cedenda actione curatoribus qui minori pecuniam ex eo solvere parati sunt, quod eorum culpa eiusdem pupilli tutores minoris quam oportuerat fuerant condemnati?
- 6 An illis curatoribus, postquam iudicatum fecerunt, minorationes mandare cogi debeat?
- 7 Emendatur *l. si minoris. 25. ff. de admin. tutor.*
- 8 Appellationem interdum permitti, etiam quum appellanti aliter succurri potest.
- 9 Fideicommissario, cui res pignori obligata per fideicommissum relicta est, debitum solvente, pignus, non autem debitoris heredes liberari.
- 10 Ratio dubitandi ad *l. 2. ff. quib. mod. pig. vel hypot. soluit.*
- 11 Cur in specie *l. si res obligata. 57. de lega. 1. actio iudicatio ex interuallo admittatur?*
- 12 Respondetur ad *l. Dominus Stichus. 23. de pecul. leg. l. 5. ff. de censib.* à Molino pro sententia sua defensione allatas.
- 13 Ratio dubitandi in *d. l. 5.*
- 14 Deesse negationem in *l. cum pupillus. 21. ff. de admin. tutor.*
- 15 Cessionem petitam in specie *l. in fraudem. §. qui pro alio. ff. de iure fisci. in ipso soluitiois actu petitam intelligi.*
- 16 Quanam inter fiscum & priuatos differentia sit, quum de actionum cessione agitur?

AD † eas omnes leges quas superiore capite à Molineo allatas diximus, vt probet sublata per solutionem obligatione posse nihilominus ex interuallo cedi actionem, vna eademque responsio sufficere posset: Tractari scilicet in omnibus de cedenda actione quæ per solutionem extincta non sit. Idque verissimum est, sed tamen paulò obscurius nisi ad singulas aliqua adhibeatur interpretatio. † Primum verò occurrit, *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. si mandatu de solut.* vbi tractat Papinianus de mandatore cuius iussu tu pecuniam Titio credideris: Et ait, etiam postea quam pecunia soluta est præstare te debere actiones mandatori contra debitorem, vt ei satisfiat: Nempe quia, vt ille scribit, mandatore conuento & damnato quamuis pecunia postea soluta sit, non tamen debitor liberatur, idè quæ iuris ratio non solum patitur vt ex interuallo quantocumque fiat cessio, sed etiam te obligat vt mandatori qui tibi soluit actiones cedas, quod alioqui futurum sit vt nulla ei pro repetitione contra debitorem actio competat. Neque mandati cum nihil ille mandatori tuo mandauerit, neque negotiorum gestorum, quandoquidè non potest videri mandator vtiliter gessisse negotiū eius quem non liberavit, arg. à contrario sensu, *l. quam quam. 7. ad SC. Velleian.* Idque & Vlpianus ex eodem Papiniano tractat in *l. Papinianus. 28. D. mandatu.* † vbi rationem etiam reddit, cur solvente mandatore debitor non liberetur. Quoniam, inquit, non tam debitoris nomine soluit quam suo, & propter mandatum suum. Est enim perpetuum vt quod quis suo nomine soluit numquam alium liberet si plures numero licet de eadem re fuerint obligationes, *l. si quid possit. 31. de peti. hered. l. si pœna. 19. §. 1. de condit. indeb. l. cum quis. 38. de pecul. l. Paulus respondit. 101. in princ. de solut.* † Eademque ratio est vt ibidè Papinianus ait tutoris qui pupillo condemnatus est ob id quod ipsius pupilli

debitorem non exegerit. Quantumuis enim soluat ille pupillo quod alius debuit, non tamen liberat debitorem quia non pro debitore soluit sed pro seipso, hoc est ex causa propriæ condemnationis quam non pro debitore, sed pro seipso solo & ob tutelam à se gestam subiit. Ideoque solum illud remedium ei superest vt tutelae actione contraria cogat pupillum actionibus suis cedere aduersus debitorem, *d. §. si mandatu.* vbi apertum est legendum esse nos fecisse comparationem, non quomodo vulgò legitur non fecisse. † Idem iuris est in illa quoque specie quam idem Vlpianus ex Papiniano proponit in *l. si minoris. 25. de administra. & peric. tutor.* de minore qui contra suos curatores egit ob id quod eorum culpa eiusdem pupilli tutores, minoris quam oportuerat fuerant condemnati. Nam si curatores hi parati sint solvere ex condemnatione quæti interest pupilli, sed tamen petant mandari sibi actiones contra tutores, Papiniano placet (cuius sententia extat in *l. alterius. 20. §. 1. de tutel. & ration. distr.*) posse eos & debere id consequi per doli exceptionem, quoniam actio pristina quæ beneficio restitutionis in integrum salua esse poterat pupillo contra tutores, & cedi & mandari adhuc potest. Sed si iam fecerint iudicatum curatores, proderit, inquit, ea res tutoribus quoniam nihil minori abest qui de præda magis quam de damno sollicitus videbitur, si postquam à curatoribus suis indemnitate consecutus est pergat velle aduersus tutores in integrum restitui. Quæ ratio demonstrat apertissimè solutionem à curatoribus factam non in eo prodesse tutoribus, quod ipso iure sint liberati, sed hætenus duntaxat vt opposita doli exceptione repellant minorem qui contra bonam fidem captat prædam ex damno alieno, bisque idem vult consequi. Nam proculdubio si strictum ius inspicias salua manet pupillo aduersus tutores actio, etiam postea quam à curatoribus solutionem accepit, quod non pro tutoribus ipsi soluerint, sed pro seipsis ex causa curationis non bene gestæ condemnatis. Inde igitur fit quod Vlpianus ex Papiniano subiicit, vt mandare actiones suas curatoribus etiam post solutionem & ex interuallo pupillus possit, neque id habet dubitationem. † Sed an mandare cogi debeat difficilis est. Sic enim Papinianus loquitur quasi in minoris arbitrio id positum sit. Et sanè imputari curatoribus potest cur iudicatum fecerint non opposita doli exceptione per quam consecuturi erant vt sibi mandarentur actiones. Nec facile video quænam ipsis ex iure aut ex æquitate actio superesse possit in minorem postquam satisfecerunt iudicato. Non enim simile est quod idem Vlpianus scribit in *l. si res obligata. 57. de legat. 1. in illis verbis, quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem Præsidis provincie id ei præstabitur.* Ibi namque multò minus imputari potest fideicommissario qui conuentus hypothecaria soluit creditori hereditario, nec petiit exhiberi sibi actiones contra heredes, ad quos liberandi prædij onus pertinere testator voluerat (legendum enim est voluerit, non vt vulgò noluerit.) Nimirum quia vt eadem lex ponit, non satis apertè de ea re sententiam suam testator expresserat. Itaque nonnulla suberat quæstio voluntatis defuncti quæ sicut facti est, *l. voluntatis. 7. C. de fideicommiss.* ita facile prudentissimum quemque potest fallere, *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* At nihil est quod excusare queat imperitiam curatorum qui iudicatum fecerunt non petita aduersus tutores cessione præter correum iuris, cum proprii facti ignorantiam non possint prætere, *l. 3. eod. d. l. quamquam. 7. D. ad S. C. Velleian. l. cum putarem. 36. D. familia ercisc.*

Errorem porro iuris nocere certum est, lege regula 9. de iuris & facti ignor. tantum abest ut prodelle possit ad acquirendam in alios actionem, lege iuris ignoran-
 7 *na septima eodem titulo.* Nulla igitur curatoribus qui soluerit superesse potest actio in pupillum ut actionibus suis cedat, quamvis si vltro cedere ipse velit, nihil sit quod cessionem impediatur. † Ceterum illud quoque obseruandum est quod in dicta lege si minoris, Vlpianus ita scribit *posse prouocantes per doli exceptionem consequi ut eis mandentur actiones.* Sic enim videtur innuere, non esse audiendos curatores si post condemnationem quæ transferit in rem iudicatam, petant mandari sibi actiones, sed cogendos eos prouocare à sententia ut in causa appellationis possint ipsi exceptionem doli opponere. Atqui constat posse etiam in executione iudicati exceptionem doli obici ad extorquendam actionis cessionem, ut & cæteras exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum. l. 1. §. non tantum. 18. leg. cum pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. l. si fideiussores. 41. §. 1. de fideiuss. Cur ergo prouocandi necessitas curatoribus iniungatur? Præsertim eum difficiliter permitatur appellatio iis casibus quibus non est necessaria, ut puta si apud eundem iudicem qui iam cognouit, possit in executione iudicati proponi exceptio quæ ante condemnationem proposita non fuit. l. cum non eo die. 6. l. vlt. im. C. quando prouoc. non est necess. Itaque fit mihi probabile sic potius legendum esse apud Vlp. posse prouocantes aut per doli exceptionem consequi. ut ponat ille in arbitrio curatorem an prouocare velint à sententia, an potius, quod sanè & tutius est, per doli exceptionem consequi ut mandentur sibi actiones in executione iudicati. † Neque enim nouum est ut interdum appellatio quoque permittatur, etiam cum aliter succurri potest, ut cum minor ex condemnatione læsus est. Potest namque appellare si velit ut iure communi. nec eò minus tamen restituitur si malit contra sententiam leg. Præf. quadragesima secunda de minor. iunct. leg. si pater. 8. C. quando prouoc. non est necess. Et verò Papinianus cuius responsum ab Vlp. relatum extat, ut diximus in d. l. alterius. 20. §. 1. de tut. & ration. distr. prouocationem nullam requirit ad opponendam doli exceptionem, aut ad petendam actionum cessionem sed sola doli exceptione curatoribus succurri posse ait. † Iam vero quod pertinet ad l. si res obligata. 57. de leg. 1. ut intelligas non probari ex eo loco Molinei sententiam, scire te oportet, Cum alicui per fideicommissum res relicta est quæ alieni pignoris vinculo tenebatur, si fideicommissarius soluat debitum quod ad heredis onus pertinere testator voluerat, liberari quidem pignus, sed tamen non liberari heredes debitoris, quia non eorum nomine sed suo proprio soluit fideicommissarius, putâs luendi pignoris necessitatem sibi incumbere. Et iusque rei argumento est, quod creditori qui hypothecaria v. sus litis æstimationem consecutus est à possessore, actio tamen superest stricto iure contra debitorem ut ab eo debitum possit exigere quamvis doli exceptione repelli possit, quod bis idem velit consequi. l. sicut. 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. † Quæ dubitandi ratio est ad l. 2. eo. tit. in qua non videbatur debitor rem suam vindicans cogendus offerre debitum possessori qui litis æstimationem creditori Seruiana agenti præstiterat, quando eiusmodi præstatione non esset debitor à creditore liberatus. Sed decidendi ratio est, quod licet non sit ille ipso iure liberatus attamen tutus est doli exceptione d. §. vlt. Proinde indemnem seruare debet eum cuius benefi-

cio exceptionem illam quæ sitam habeat, hanc secus ac si ipso iure liberatus esset, arg. l. si pecunia. 77. de legat. 1. Aliud ergo est liberare pignus, aliud verò liberare debitorem. † Quod si ita est ut solutione per fideicommissarium facta non liberentur heredes debitoris, quis miretur fieri posse ut etiam ex interuallo ipsi mandare actiones creditor possit, quas adhuc integras habeat? Ut verò etiam cogatur illa ratio facit, quam supra attigimus, quod nihil imputari possit ei qui in obscura interpretatione voluntatis defuncti non satis expressa, errauerit. † Eodem modo respondendum est, ad legem dominus Stricho. 23. de pecul. legat. valere in illius legis specie cessionem factam ex interuallo post solutionem, adeoque eum cui solutum fuerat cogi actionibus suis cedere, quia per solutionem factam animo reddendarum rationum potius quam liberandorum debitorum gratia non fuerant debitores liberati: quod aperte Scæuola docet illis verbis, *Manentibus debitoribus pro quibus ipse pecuniam hereditibus patroni resuderat.* Cur non ergo cedatur actio, quæ quoniam superest cedi commodè potest? d. l. in creditori. 38. de euict. l. cum is. 36. in fi. de fideiuss. Ad l. cum possess. 5. de censib. facilis responsio est, tractari eo loco de solutione facta post actionum cessionem, sicque intelligenda verba illa, *nec inutiliter actiones præstantur, tamen si fiscus pecuniam suam recuperauerit*, ut secutam non præcedentem recuperationem ac solutionem demonstrent. Id enim probat ratio quæ subiicitur, quia nominum venditorum precium receptum videtur. Nam cum post solutionem totius tributi pro prædio debiti nulla fisco superest actio, nec in personam cum nulla eo nomine personalis vnquam competierit, nec in re quæ liberata est, fieri sanè nequeat ut venditum videatur nomen quod in rerum natura nullum est. † Dubitandi autem causa illa fuit quam in superioribus perstrinximus, quod etiam cum ante solutionem cessio facta est, videatur tamen actio secuta quandoque solutione intercideret. Quod apparet manifestius ex alio eiusdem Papiniani loco in d. l. cum pupillum. 21. de tutel. & ration. distr. in illis verbis *quamuis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercedit.* † Eadem enim decidendi ratio sequitur, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur. In quibus tamen verbis non dubito quin desit negatio, potiusve legendum sit pro parte non condemnati. Proponebatur enim illo loco facta solutio totius debiti per vnum ex tutoribus condemnatum in solidum, eique cessa actio pro parte scilicet in tutorem non condemnatum. Illud ergo sibi vult Papinianus, pro parte tutoris non condemnati, non tam tutelam redditam quam nominis precium solutum videri, ideoque actionem quæ ante solutionem cessa fuerat, non intercideret secuta quandoque postea solutione: facit l. soluitur. 5. §. si conuenerit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. At pro parte ipsius condemnati tutela sanè reddita dicenda est, non precium nominis solutum, cum pro ea parte nulla in contutorem actio cedi potuerit, l. si plures. 38. de admin. & pericul. tutor. l. quasitum. 30. §. 1. vers. si vero filius. D. de pecul. nec rursus ipsi condemnato in semetipsum. Cæterum probat manifestè ratio illa ne quidè tutori aduersus contutorem vllam actionem ex interuallo cedi posse, cum de illo magis Papin. dubitet, An quæ cessa fuerat ante solutionem postea interciderit. Non leuior eiusdè Molinei error ille est quod pro se obicit Paulum in l. in fraudem. 45. §. qui pro alio de iur. fisc. vbi scriptum est eum qui pro alio contentus à fisco totum debitum exsoluit, non iniquè postulare persecutionem bono-

rum eius pro quo soluit, in eoque adiuuari etiam per officium solere. Illa enim verba *exsoluit, soluit*, quibus lex vitur non in præteriti temporis ut ipse putat, sed in præsentis significatione accipienda sunt, hoc est de cessione quæ petatur in actu ipso solutionis. Nullam siquidem hac parte differentiam esse inter fiscum & priuatos constat ex d. l. cum alter. C. de fideiuss. Item ex l. si cum pecuniam. 3. & l. vlt. C. de priu. fisc. quibus etiâ id ipsum apertissime probatur, quod volumus, ita demum vtiliter cedi posse actiones ei qui pro alio soluit fisco, si ante solutionem, aut saltem in ipsa solutione cessio petatur & præstetur, aut de præstanda ea pactu interueniat. † Quod si qua inter fiscum & priuatum hac parte differentia est, in eo tantum elucere potest, quod in priuatorum causis si pignoris liberandi gratia vnus soluerit quod alius debebat, superest aduersus debitorem personalis actio quæ cedi quandoque potest, d. l. si res obligata. In causa verò fisci qui in debitorum bonis ius habet taciti pignoris si fisco solutum sit etiam pro alterius parte nulla prorsus obligatio aut actio superest quam cedere fisco ex interuallo possit, quippe qui nec aliam vllam actionem habebat quam quæ coniuncta esset cum persecutione bonorum eius qui tributo præstando erat obnoxius. Quomodo enim aliam merè personalem haberet contra eum qui neque ex contractu vel quasi obligatus esset, neque ex delicto vel quasi delicto? Nam & ideo induci necesse fuit ut taciti pignoris ius fisco accommodaretur ne alioqui actio ei omnis deficeret bonis alienatis pro quibus tributum pendi debuerat, hoc ita cum de tributo aliisque eiusmodi causis fiscalibus tractatur. Si enim fiscus pecuniam crediderit aliterve cum priuato contraxerit, iure communi vitur, nec deterioris conditionis esse debet quam priuatus.

CAPVT XI.

Ad §. nunc tractemus l. i. D. de tutel. & ration. distr.

SUMMARIUM.

- 1 Conuenientia l. 2. C. de contrar. iudic. tutel. cum d. §. nunc tractemus.
- 2 Vno ex tutoribus totum debitum solvente alios contutores liberari.
- 3 Præcipua dubitatio dicti §. nunc tractemus.
- 4 In d. §. non de actione cessa agi, sed de vtili qua citra cessionem competit.
- 5 Cur vtilis illa actio introducta sit, & ex quo iure originem trahat?
- 6 Negotiorum gestorum actionem vtilem, non directam contutori in specie d. §. competere potuisse.
- 7 Non competisse si ex communi gestu, sed ex solo facto tutoris contentus aut condemnatus tutor soluisset.
- 8 Vtilem actionem in d. §. nunc tractemus, de vtili tutela, non de negotiorum gestorum actione intelligendam esse.
- 9 Quo iure inductum fuerit ut contutores diuisionis beneficium habeant?
- 10 Aliis rationibus probatur vtilem tutela actionem in specie d. §. competere.
- 11 Non semper illam vtilem actionem tutori qui soluit aduersus tutorem competere.
- 12 Non si ex dolo communi tutor solidum præstiterit.
- 13 Ex sola æquitate hanc vtilem actionem inter contutores à Diuo Pio introductam & accommodatam esse.
- 14 Quenam sit ratio illius æquitatis, differentia inter fideiussores, & contutores aliosque administratores?

15 Soluitur argumentum ex d. §. nunc tractemus à Molineo petitum.

Vnus hic tantum iuris locus est qui pro Molinei errore quem nos exagitamus non nihil scrupuli iniicere posse videatur. Sic enim Vlpianus scribit, Si fortè quis tutor ex facto alterius tutoris condemnatus aliquid præstiterit vel ex communi gestu, nec ei mandata sint actiones, constitutum esse à Diuo Pio, & ab Impp. Seuero & Antonino, vtilem actionem tutori aduersus contutorem dandam. Cui conuenit l. 2. C. de contr. iudic. tutel. quæ est Imp. Antonini, in illis verbis *actiones aduersus contutores vnos mandari tibi à pupilla desiderabis vel vtili actione vteris.* Nec responderi illud potest quod ad alias Molinei obiectiones superiore capite respondimus, Possè hoc casu cedi actionem post solutionem ideo quod solutione extincta non sit obligatio. Cum certissimi iuris sit vno ex tutoribus solvente alium contutorem liberari, l. 1. C. eod. tit. de contr. iudic. tutel. l. Modestinus. 76. de solut. Neque mouet quod tutor hic qui totum soluit, soluerit proprio nomine, qui scilicet proprio nomine in solidum tenebatur, l. cum interdicitur. 6. in fin. C. arburr. tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel. Nempe quoniam vna eademque causa est quæ tutores omnes obligat videlicet tutela, & consequenter vna omnium eademque obligatio, l. vlt. D. rem pupill. saluam for. nec tam propter contutorem quam propter tutelam soluit, qui solidum præstat quod ex causa tutela debeat, cum singulis tota administratio iniuncta videatur. l. 1. C. si ex plurib. tutor. vel curat. l. decreto. 24. §. 1. de administ. tut. nisi quibusdam duntaxat à magistratu concessa fuerit cæterisque prohibita, l. 3. §. apparet & per totum co. tit. l. legitimus. 5. §. in legitimis de legit. tutor. Et tamen ei qui solidum soluit non eo minus competit repetitio pro parte contutoris, qui æque vel administauerit vel in administrandum negligens fuerit. Nimirum quia pro ea parte solutum fuit propter contutorem factum aut culpam: quod non contingit in mandatore qui soluit propter mandatum suum. l. Papinianus. 28. D. mandat. Nec in correis aut confideiussoribus, qui totum soluent propter propriam singulorum promissionem. † Illa igitur manet dubitatio, cum vno ex tutoribus solvente cæteri liberentur, qua ratione fieri queat ut ei qui soluit vtiliter cedi possit actio ex interuallo aduersus contutores. Id enim est quod Molineus defendit & ex locis supra dictis probari putat. Ego verò perpetua illa ratione moueor, ut putem non magis hoc casu quam alio vltro valere cessionem actionis factam ex interuallo, quod fieri nullomodo queat ut cedatur actio quæ amplius nulla est, qualis illa, quæ solutione prorsus extincta fuit, idque tam apertè scriptum est, in d. l. 1. C. de controu. iudic. tutel. & in d. l. Modestinus, ut nihil scribi potuerit apertius † Neque verò si benè inspicias contrarium probatur ex d. §. nunc tractemus, in quo, manifestum est non de actione cessa agi, sed de vtili quæ citra cessionem competit. Quæ enim cessa & mandata est, directa dici debet non vtilis, cum sit illa ipsa quæ penes cedentem erat, eaque vtatur cessionarius non ex persona sua sed ex persona cedentis tanquam procurator in rem suam constitutus dicta l. 1. qui stipendia. 9. C. de procurat. † Ea porro vtilis actio non alia ratione introducta est quam quod post factam solutionem directæ locus esse amplius non possit. Introducta autem fuit non tam ex iuris ratione aliqua quam ex æquitate idque ex rescriptis Imperatorum cum Iureconsultorum autoritas non suffice-

ret. Et si enim plerisque casibus iuris autores introduxerunt vtilis actiones, iis scilicet quibus directa actio deficiebat, siue quod legis vel edicti Pratorij verba manca essent, siue quod stricta iuris ratio deficeret, solaque æquitas dari actionem suggereret, quoties tamen æquitas iuris ratio prorsus obstitit, vix reperias vnquam ausos eos fuisse actionem dare. Tunc enim fuit necessaria Imperatoris autoritas, *l. i. C. de legibus*, quomodo contigit in ea specie de qua tractamus. Nam cum ipso iure tutor in solidum teneatur vt diximus ex contutoris administratione perinde atque ex sua, & consequenter soluisse videatur pro obligatione propria quicquid soluit ex facto & pro parte contutoris (quamuis habeat beneficium diuisionis exemplo fideiussoris si contutor præfens sit & soluendo, *d. §. nunc tractemus*.) fieri certè non poterat vt actionem tutelæ vtilem ei accommodarent iureconsulti in contutorem. † Fateor potuisse negotiorum gestorum actione conueniri eum ex cuius facto contutor quid præstitisset, quod & in Collegis magistratibus obtigebat, *l. ex facto 30. de neg. gest.* Sed nego cum Accursio quicquid garrat Molineus ad *d. l. Modestinus num. 5.* fuisse eam directam actionem (quo enim iure directa competeret ei qui ex propria persona obligatus erat vt solueret?) Dico fuisse vtilem, sicut & eam quam Papinianus dat in specie *l. liberti, 31. ood. tit. ad exemplum institoria, vt probat l. idemque. 10. §. idè Papinianus. D. mandat.* Dico eam actionem vtilem non aliter cõpetuisse quam cum ex solo facto tutoris condemnatus aut conuentus contutor soluisset, non etiã si ex communi gestu. Idè autem competiisse quia damnum à contutore solutum, non tam ex causa tutelæ quam ex mala contutoris administratione processerat: vt supra docuimus *c. 7. ex illis Iuliani verbis, id vt ei saluum esset quod eius causa damnum cepisset.* Proinde in alios omnes casus quibus actio illa vtilis negotiorum gestorum aut locum habere nequeat, puta si ex communi gestu negligentiaue condemnatus vnus ex tutoribus totum soluerit, aut inutilis futura sit fortè ob inopiam debitoris quæ post susceptam tutelam superuenerit, cum neque actio negotiorum gestorum nascatur ante solutionem factam pro alio, *l. 1. & pass. de neg. gest.* neque priuilegium vllum habeat tacitæ hypothecæ, *l. pen. C. eo.* † Necessarium & æquissimum fuit introduci vtilem illam actionem de qua Vlp. in *d. §. nunc tractemus.* Quæ proculdubio vtilis tutelæ non negotiorum gestorum actio intelligenda est, vt contra Accursium & ceteros Molineus disputat post Azonem, cum quo & ego hac parte sentio: cum eam competere ex rescriptis Imperatorum Vlpianus dicat eo quoque casu, quo vtilem negotiorum gestorum Valerius Seuerus & Iulianus iam dederant in *d. l. ex facto*: quos constat sub Hadriano floruisse annis aliquot ante Antoninum Pium qui Hadriano successit. † Vnde illud etiam est quod in specie *d. l. ex facto*, nullam illi dant exceptionem ordinis aut diuisionis contutori conuento ex facto contutoris, quæ tamen hodie proculdubio competit. Nempe quod ius illud nondum inductum esset per epistolam Hadriani aliaque posteriorum Imperatorum constitutiones, de quibus in *l. tres fratres. 55. §. non solum. de admin. tuto. l. vlt. C. de iud. tutel. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser.* Nam quod obtinet vt contutores habeant beneficium diuisionis receptum est non lege aliqua specialis sed exemplo fideiussorum, *d. §. nunc tractemus.* In fideiussoribus verò id ipsum constitutum fuit per epistolam Hadriani. Et si enim iam ante Hadrianum idè Pratoribus placuisse testatur Paulus *lib. 1. sentent. tit.*

20. non fuisse tamen in vsu ius illud Pratorium vel ex eo maxime constat quod iureconsulti passim ad epistolam Hadriani hoc beneficium diuisionis referunt, *l. inter fideiussores. 26. & l. seq. §. praterca. D. de fideiussoribus. 39. de fideiussoribus.* id est nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum est per interpretationem rescriptum Diui Pij quomodo ad Collegas magistratuum ceterosque Reip. administratores. † Alia ergo æquitas ratio querenda est quæ ad solos tutores, curatores, magistratus, aliosque si qui sunt similes administratores pertineat. Illa autem esse videtur, quod hi omnes non ex voluntate, sed ex necessitate obligantur. Cogente quippe lege vel iudice cum inuiti quoque tutelam suscipere cogantur nisi adferant excusationem. Fideiussores verò non nisi vltro & ex propria voluntatis arbitrio obligantur. Quò minus iis succurrendum est cum se in eam necessitatem ipsi cõiciant, *arg. l. si fideiussor. 7. §. si necessaria. D. qui satisd. cog. am. tutoribus.* verò ceterisque administratoribus multo facilius, ne iis tam damnosum sit officium quod ex necessitate susceperint, *arg. l. videlicet. 29. ex quib. caus. mar.* Vnde illud etiam est, quod fideiussoribus haecenus succurritur, vt ei qui soluit cogatur creditor vendere ceterorum nomina, *l. fideiussoribus. 17. ff. de fideiussoribus.* Tutoribus autem ita succurritur, vt electionem habeant an actionis cessionem petere, an vtili tutelæ iudicio experiri malint, *d. l. 2. C. de contra. iud. tut.* Nec eò magis repellatur pupillus, quòd nullas fortè actiones, tutori soluendi mandare possit, cum alia ratione, id est vtili illa tutelæ actione liceat soluendi tutori à contutore consequi indemnitatem. † Igitur vt ad Molineum redeamus, errat ille turpiter cum ait, Facta solutione per vnum ex tutoribus superesse aliquam actionem. Idè, inquit, quòd ipso iure vtilis tutelæ competat contra collegas etiam si nihil actum sit de cessione. Quasi plus sit competere vtilem ipso iure quam mandari directam & cedi posse. Nam imò verò nulla ipso iure actio competit, neque directa sine cessione, neque vtilis: sed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, nò alia, vt prædiximus ratione quam quòd directa cedi amplius non possit: In damno autem morari tutorem, qui totum siue coactus soluerit siue vltro cum posset implorare beneficium diuisionis, iniquissimum certè videatur. Vtilis porò accommodatur non ex edicto Pratoris aut prudentum interpretatione, sed ex Imperatorum autoritate, sine qua non magis tutori in collegam, quam fideiussori aduersus confideiussorem daretur actio.

mittendum esset, quod tamen nusquam est proditum. Nam fideiussori qui totum soluit, nec aduersus confideiussorem actionem sibi mandari curauit nulla actio danda est, *l. vt fideiussor. 39. de fideiussoribus.* id est nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum est per interpretationem rescriptum Diui Pij quomodo ad Collegas magistratuum ceterosque Reip. administratores. † Alia ergo æquitas ratio querenda est quæ ad solos tutores, curatores, magistratus, aliosque si qui sunt similes administratores pertineat. Illa autem esse videtur, quod hi omnes non ex voluntate, sed ex necessitate obligantur. Cogente quippe lege vel iudice cum inuiti quoque tutelam suscipere cogantur nisi adferant excusationem. Fideiussores verò non nisi vltro & ex propria voluntatis arbitrio obligantur. Quò minus iis succurrendum est cum se in eam necessitatem ipsi cõiciant, *arg. l. si fideiussor. 7. §. si necessaria. D. qui satisd. cog. am. tutoribus.* verò ceterisque administratoribus multo facilius, ne iis tam damnosum sit officium quod ex necessitate susceperint, *arg. l. videlicet. 29. ex quib. caus. mar.* Vnde illud etiam est, quod fideiussoribus haecenus succurritur, vt ei qui soluit cogatur creditor vendere ceterorum nomina, *l. fideiussoribus. 17. ff. de fideiussoribus.* Tutoribus autem ita succurritur, vt electionem habeant an actionis cessionem petere, an vtili tutelæ iudicio experiri malint, *d. l. 2. C. de contra. iud. tut.* Nec eò magis repellatur pupillus, quòd nullas fortè actiones, tutori soluendi mandare possit, cum alia ratione, id est vtili illa tutelæ actione liceat soluendi tutori à contutore consequi indemnitatem. † Igitur vt ad Molineum redeamus, errat ille turpiter cum ait, Facta solutione per vnum ex tutoribus superesse aliquam actionem. Idè, inquit, quòd ipso iure vtilis tutelæ competat contra collegas etiam si nihil actum sit de cessione. Quasi plus sit competere vtilem ipso iure quam mandari directam & cedi posse. Nam imò verò nulla ipso iure actio competit, neque directa sine cessione, neque vtilis: sed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, nò alia, vt prædiximus ratione quam quòd directa cedi amplius non possit: In damno autem morari tutorem, qui totum siue coactus soluerit siue vltro cum posset implorare beneficium diuisionis, iniquissimum certè videatur. Vtilis porò accommodatur non ex edicto Pratoris aut prudentum interpretatione, sed ex Imperatorum autoritate, sine qua non magis tutori in collegam, quam fideiussori aduersus confideiussorem daretur actio.

CAPVT XII.

Correo qui totum soluit non competere vtilem actionem aduersus correum. Et obseruata Triboniani manus in l. alterius. 20. in princ. ff. de tutel. & ratio. dist.

SVM M A R I A.

- 1 Verba illa in d. l. alterius, sed æquitas ratione suadente per vtilem actionem, &c. Triboniani non Papiniani esse.
- 2 Non eandem esse in specie huius legis æquitas rationem, que in specie d. §. nunc tractemus.
- 3 Singularis casus quo distinctio personarum facit, vt ex vno debito alterius rationem sumi oporteat.
- 4 Indicatur Tribonianismus in l. quidam. ff. ad S. C. Velleian.
- 5 Prætorum non posse in eas res que nec expressè, nec tacite obligatae sunt, quasi Seruianam dare.
- 6 Noua emendatio & lectio d. l. quidam eiusque sensus.
- 7 Difficilius esse inducere vtilem actionem ex stipulatione

ns rem pupilli saluam fore, quam vtilem tutela actionem.

8 Casus singularis, in quo quis præcisè ad factum cogitur ob id solum vt postquam fecerit, agi cum eo possit.

9 Vtilem tutela actionem inter contutores à prudentibus induci non potuisse.

10 Cur inter correos debendi vtili actioni locus esse non possit, & que sit differentia inter correos & contutores?

11 Quæ ratio diuisionis beneficium inter contutores olim induxerit?

Non est superioribus contrarium quòd aduersus genuinam iuris rationem videtur Papinianus vtilem introducere in specie *l. alterius. 20. in princ. de tutel. & ration. dist. a.* vbi cum ille scripsisset: Si alterius curatoris heres minor, vt maiore pecunia condemnatus in integrum restitutus sit ex eo tamen non dari materiam litis aduersus alium curatorem instauranda quasi minore pecunia condemnatus, si non sit eius ætatis actor cui subueniri oportet, Subijcit, *Sed æquitas ratione suadente per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est oportet.* Dicam ingenue quod sentio. Videtur mihi totus hic versicul⁹ est Triboniani potius quam Papiniani, non solum quòd verborum contextus ipse minus sit elegans quam vt Papiniano tribui debeat, sed etiam quia iuris ratio prorsus impediatur ne in ea specie vtilis vlla actio accommodari possit. Neque enim restitutio in integrum impetrata aduersus vnum caput sententiæ prodesset potest contra cetera eiusdem sententiæ capita si ea pars litis in qua restitutio in integrum admittitur ceteris speciebus non cohæreat, nec si inter easdem personas agatur, *l. etiam 29. §. 1. l. tutor. 47. §. vlt. de minor.* Multò minus igitur si adsit persona vna aduersitas, quæ sanè fieri non potest, vt capitum sententiæ connexitatem non impediatur, vt in ea specie quam Papinianus tractat, in *d. l. alterius.* Ceterum nihil ea quæstio commune aut simile habet cum quæstione *§. nunc tractemus. l. 1. ood. tit.* de qua proximo capite diximus: † Nec eadem æquitas ratio suadet, vt apud Papinianum admittamus vtilem actionem contra eum qui pro se habeat rem iudicatam aduersus quam nulla amplius proponi queat in integrum restitutio: Non magis quam vt creditori cui ex eiusdem pecuniæ debitoribus quidam plus parte sua soluerint, quidam minus, liceat indebiti soluti conditionem impedire prætextu debiti ab aliis non soluti, *leg. Paulus respondit. 10. de soluton.* † Nimirum distinctio personarum facit, vt ex vno debito alterius rationem sumi non oporteat: excepto casu valde singulari, *l. quidam. 29. ff. ad S. C. Velleian.* vbi Paulus ait, si is qui volebat tecum contrahere cum facultates tuas suspectas haberet cum muliere contraxerit & ab ea pignus acceperit, illa verò à te, iuuari quidè illam Velleiano, in dèq; fieri, vt neque pignus, quod illa dedit, neque quòd tu ipsi dederis teneatur creditori: Sed non sine ratione Prætorem facturum si non tantum personalem subducta muliere in principalem debitorem, hoc est in te dederit actionem, sed etiam in eas res quas tu mulieri obligare voluisti. Idè fortasse quòd ab initio id actum erat, vt tecum ille contraheret, persona verò mulieris interponeretur, vt pro te intercederet, colorque intercessioni contra Senatusconsultum quæreretur. Itaque subducta persona & obligatione mulieris actionem in te dari necesse est non restitutoriam, hoc est ad restituendam pristinam obligationem, quæ nulla vnquam fuit, sed ad hoc potius vt instituat obligationem, hoc est, vt perinde obligeris eodemque ob-

ligationis genere quo ipsa mulier est obligata. Finge per stipulationem & pignori. datis obligatam mulierem. Tu quoque quasi ex stipulatu & ac si pignora creditori dedisses conuenieris, *l. quamuis. 8. §. si cum esse. eod. tit.* Porro quæ hoc casu utilis actio competit, non civilis est, quomodo esset si ex prudentum interpretatione descenderet, quales sunt illæ de quibus in *tit. De præscript. verb. sed Prætoria*, eamque à Prætoribus dandam esse nominatim scribit Paulus, ut quiuis intelligat non potuisse eam sola prudentum autoritate introduci. † Quamquam ne quid dissimulem non parum suspectus mihi est versiculus ille, *sed non sine ratione*, & c. ferèque est, ut Tribonianum mihi redoleat magis quam Paulum, in eo præsertim, quod contra manifestissimam iuris rationem dat actionem hypothecariam in eas res debitoris quas creditori obligatas non esse Paulus proximè dixerat. Fateor posse interdum debitorem, qui mulieris personam in senatus-consulti fraudem interposuit conueniri ex quasi stipulatu à creditore cui nihil ipse promiserit, *d. §. si cum esse. †* Sed in eas res quæ nullomodo, id est, nec expressè nec tacitè sint obligatæ, ut quasi Seruianæ dare Prætor possit longè difficilior est, quantocumque æquitatis prætextu nitare. Est enim ius tacitæ hypothecæ in eam rem comparatum, ut si quando deficiente pignoris conuentione rem obligari æquitas suggerat pignoris vinculum tacitè contractum intelligatur *tot. tit. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* At nemo dixerit casum hunc ex iis esse qui habent priuilegium tacitæ hypothecæ, idque Paulus aperte negat, cum ait *eas res quas mulier ab his pro quibus intercedebat pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse.* Et ratio euidens est, quia non creditori mulieris, sed ipsi mulieri fuerant obligatæ. † Itaque totum illum sequentem versiculum vel à Triboniano additum facile crederem, vel si quid in eo Pauli est ita restituendum, ut legamus, *sed non sine ratione prætorum facturum si subducta muliere in principales debitores dederit actionem.* Ut eius loci sensus idem sit qui & dicit, *§. si cum esse.* ubi dat quidè Vlpianus creditori mulieris actionem ex quasi stipulatu aduersus eum qui nihil spoponderat, sed de hypothecaria in eas res quæ obligatæ non erant, verbum nullum. Certè quàm difficile sit inducere vtilem actionem ex æquitate contra iuris rationem, vel ex eo maximè nec ineleganter conici potest quod scriptum legimus in *l. non quasi. 4. §. sed enim. D. rem pupill. sal. for.* † Tutorem qui cauit rem pupilli salutem fore omnino non teneri ex ea stipulatione, id est nullomodo, itèmq; nec fideiussores eius si tutelam ipse non gesserit, quia, inquit Vlpianus, nec tutelæ actio eum qui non gessit tenet: Sed hanc tamen differentiam esse inter actionem tutelæ & ex stipulatu, quod vtili actione tutelæ conueniri potest qui non gessit, quoniam suo periculo cessauit: At ex stipulatu vtili actione nec ipse nec fideiussores eius teneri possunt. Igitur, inquit Vlpianus, Erit ille ad administrationem compellendus propterea ut stipulatione quoque ista possit teneri. Quis verò hinc non miretur, non inductam potius autoritate Iureconsultorum vtilem actionem ex stipulatu contra tutorem qui non gessit etiamque fideiussores, ob eam, ipsam æquitatem quæ vtilem tutelæ actionem induxit? Maximè cum vtriusque actionis eadem causa sit, eademque vis & potestas, *l. cum pupillus. 9. §. seq. eo. tit.* Nempe multò difficilior est inducere vtilem actionem ex stipulatione quæ non nisi verbis, & quatenus verbis expressum est contractatur, *l. si quis quid. 9. §. si de verb. oblig. l. pen. indic. solui.* quam actionem tutelæ quæ tota ex bona

fide nascitur, & ex sola officij susceptione secutaque mala administratione aut in administratio negligentia, *l. pro officio. 20. C. de admn. iuro. †* Estq; hinc valde singularis casus in quo contra vulgares iuris regulas cogitur quis præcisè ad factum etiam citra actionem ob id solum ut postea quæ fecerit agi cum eo possit, ne alioqui in eius potestate sit damnus infligere pupillo ex propria negligentia, & tamen facere ne stipulatio vnquam committatur. Neque. n. agi potest ex stipulatione non commissa, *l. qui Romæ. 12. §. Agrius. de verb. oblig. l. si commiss. 13. D. rem rat. haber.* Sanè posteaquæ commissa erit, hoc est statim atq; tutor administrationem attingere cœperit, nõ erit vtiq; cogendus in singula momenta facere & administrare ad hoc ut pro tota tutela possit conueniri, *l. 5. §. 1. de admn. tut. l. 5. de magistr. comen.* Sed tum demum succedere incipiet obligatio eius quod interest Rem pupilli salutem fore, ut in omnib. faciendi obligationibus, *l. si quis ab alio. 13. §. ult. de re iudic. præsertim ex prætoria stipulatione descendentes, d. l. si commiss. l. ult. de prætor. stipul. †* Quod si vtilis ex stipulatu actionem inducere tota iuris prudentia nõ potuit, ne fauore quidè pupilli pro quo tam manifesta urgebat æquitas, & cui iam ipso iure utilis tutelæ actio cõpetebat, quis putet (ut ad institutã aduersus Molineum disputationem redeamus) induxisse prudetes aut inducere potuisse vtilis actionem inter contutores? Aut quis existimet vtilem actionem absq; cessione dandam esse generaliter iis omnibus qui pro altero soluerint puta confideiussoribus, & similib. personis? Præsertim cum si qua inter confideiussores actio esset, ea nõ alia quam ex stipulatione esse deberet quando fideiussores non nisi ex stipulatu possint obligari, *l. 2. §. ius republice. de admn. iur. ad ciuit. perti. uncta l. blandus. 12. C. de fideiuss.* Sic vtilem ex stipulatu actionem pro dote Iulianus inuita iuris prudentia induxit in *l. unica. Cod. de rei uxor. act.* quam ex prudentib. nemo quantocumque autoritatis vnquam inducere potuisset. † Sane inter 10 correos debendi siue per stipulationem siue qua alia ratione constitutos vtili actioni locus esse multò minus potest, quoniam quod singuli soluunt, non ob alterius correi factum soluunt, sed ob propriam promissionem in eoque differunt à contutoribus, quorum si quis soluat solidum, licet id soluat quod debebat proprio nomine, habet tamen partis repetitionem, quia verum est pro ea parte solutum fuisse propter factum & culpam contutoris, qui æquè vel administrauerit, vel administrando negligens fuerit quemadmodum initio superioris capituli docuimus. † Quæ etiam ratio induxisse videtur, ut cum inter correos debendi non esset olim locus beneficio diuisionis, *l. 2. §. 3. l. reos. ci. in pr. D. de duob. reis. l. 1. §. 3. C. eo. l. reos. 23. C. de fideiuss. l. si non singulis. C. si cert. pet. inter contutores tamen esset, d. §. nunc tractemus.* Fuit enim beneficium diuisionis ius singulare illorum qui pro aliis soluerent, *l. penult. D. de fideiuss. tut. l. ult. C. de constit. pecun. l. si duo. 16. D. eo.* Et si autem contutores ex propria obligatione singuli conueniuntur, *l. si plures. 38. D. de admn. tutor. l. cum interdicta. 6. ad fin. C. arbit. tutor. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Attamen non tam tutela eos obligat (cum fieri possit, ut tutori pupillus debeat contrario iudicio tutelæ, *l. ult. C. de contr. iudic. tutel.*) quam mala administratio aut cessatio in administratione: id eoque cum alij ex aliorum facto aut negligentia quid præstant, perinde pro alio præstare dicendi sunt, atque si alieno tantum non etiam proprio nomine obligati essent: Et consequenter æquissimum est diuidi inter eos actionem ac si essent fideiussores quibus ob hanc causam Vlpianus eos comparat in dies, §. nunc

tractemus, non etiam correis debendi. Itque sensus videtur, *l. ult. D. rem pupill. salu. fore.* in illis verbis, *nam æquitas arbitri atque officium vtri boni videtur eam formam iuris desiderasse.*

CAPVT XIII.

Cogendum esse creditorem ei ex correis qui totum soluit actione sua, aduersus alium cedere si ante solutionem aut in ipso actu solutionis cessio petatur.

SVM MARIA.

1. *Contraria Bartoli & aliorum sententia, eiusque fundamentum.*
2. *Rationibus & legum autoritate firmatur noua authoris opinio.*
3. *Eliduntur duo axiomata ex l. rem hereditariam. ff. de euictionib.*
4. *De sententia l. cum apparebit. 47. ff. locat.*
5. *Respondetur ad l. in lege. 62. ad l. Falcid. pro Bartoli sententia allatam, & differentia proponitur inter plures correos, & eum qui sit correus & heres correi.*
6. *Distinguendum esse, an correi sint socij necne.*

Refutato errore Molinei existimantis creditorem qui ab vno ex correis debendi solutionem accepit cogendum esse, ut ei aduersus alium cedat suis actionibus etiã ex interuallo, altera nobis planè contrarius nec tamen leuior nostrorum error diluendus est qui putant vulgò post Bartolum ad *l. Modestinus. 76. de solutio.* non posse cogi creditorem ut vni ex correis solidum soluenti vllas præstet in correum actiones. Fatentur posse cedere si velit, sed negant cogendum si nolit. Moti tantum ex *l. in lege. 62. D. ad legem falcid.* ubi Vlpianus ex Iuliano scribit si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, sic in lege falcidia seruandum esse, ut si quidem socij sint, in ea re diuidi inter eos debeat obligatio, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promississent, sed si societas inter eos nulla fuisset, in pendentem esse in cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Quid enim inquit, interesse videretur, An correi socij essent necne, quomodo lex illa distinguit, si ita ius esset ut cessionis remedio succurri posset ei qui totum soluisset? Nec sanè leuis obiectio est minus acutè intuenti. Nos tamen & facillè & more nostro apertè respondebimus si prius nouam opinionem nostram probauerimus, quæ illa est ut correo qui totum soluit, cogendus sit creditor præstare suas in correum actiones. † Ac primum iuris & æquitatis ratio hoc sanè euincit. Cui enim non æquum videtur vel hoc saltem consequi correum qui soluit, quod sine dispendio creditoris fururum est? Inquit, *l. in creditore. 58. D. de euict. l. penultim. D. de distract. pign. l. cum is. 36. D. de fideiuss.* Dolo facit vtiq; creditor qui solutionem petens recusat præstare actiones quas nullo suo incommodo præstare possit: ob idque per doli exceptionem cogendus est, ut præstet, ut omnium apertissimè Papinianus probat in *l. rem hereditariam. 65. D. de euict.* in illis verbis, *nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur: quia non duo rei facti proponerentur.* † Qui locus non solum illud docet quod volumus, Quoties duo correi debendi facti proponuntur cogendum creditorem opposita doli exceptione, ut ei qui soluit

cedat suis actionibus, sed etiam, quod nos tota ista disputatione præcipuè agimus, Correo qui totum soluit nullam prorsus actionem contra correum competere nisi quæ cessa sit. Illa namque verba, *nec remedio locus esse videbatur*, ostendunt manifestè hoc vnum remedium correo superesse, qui certè remedio non egeret si quam suo iure aduersus correum haberet actionem pro soluti repetitione. Sed & idem ille locus probat optimè quod nos contra Molineum proximè disputauimus, non aliter valere cessionem illam quàm si ante solutionem aut in ipso actu solutionis facta vel promissa sit, cum non nisi per doli exceptionem extorqueatur, cui tum demum locus est cum agitur ad solutionem non posteaquam facta solutio est, & solutione prorsus extincta obligatio. † Nec aliud Marcelli iudicium est in *l. cum apparebit. 47. D. locat.* ubi tractat proculdubio de correis debendi ex causa locationis vel venditionis (nam & ex iis causis sicut ex cæteris correi fieri possunt, *l. item queritur. 13. §. duo rei. eodem tit. l. eandem. 9. D. de duobus reis*) & ait si emptor conductorve pluribus vendent, vel locant (id est vendentibus vel locantibus, quomodo legendum est, non ut vulgò *vendentem vel locantem*) singulorum in solidum personam intuitus probetur, posse quidem tentari non nisi ad præstationem partis singulos esse compellendos si constabit omne esse soluendo. Sed tamen iustius & constantius dicendum esse Etiam si soluendo omnes erunt, electionem conueniendi quem velit non auferendam auctori, si, inquit, actiones suas aduersus cæteros præstare non recuset. Ergo si recuset ei præstare à quo solidum exigit, non erit permittendum ut solidum exigat, opposita nimirum doli exceptione. † Quid ergo respondebimus ad Vlpianum & Iulianum in *l. in lege?* Nempe tractari ea loco de correo debendi qui non solum sit correus, sed etiam correi heres. Aliam verò planèque diuersam rationem esse plurium correorum, aliam eius qui & correus sit & heres correi. Hoc enim casu licet vna eademque persona duas, id est duorum obligationes sustineat, quia cum vtraque par est & æqualis, dici nõ potest vtra vtram absumere debeat, *l. si res. 13. de duobus reis.* fieri tamen nequit, ut aliqua fiat cessio, cum sibi contra seipsum cedere nemo possit, non magis quàm sibi ipsi aut pro aliquo apud eundem esset obligatus, *l. tutor pupilli. 19. D. ad S. C. Velleian. l. heres à debitore. 21. §. seruo tuo. l. Granus. 71. D. de fideiuss.* Cum verò plures sunt correi, nihil est, quod prohibeat vni cedi actionem contra alium, *dicit. l. rem hereditariam. dicit. l. cum apparebit.* Et hoc sanè casu quo cessio facta sit fateor nihil referre, an correi socij sint necne, quia tantundem præstat cessio, quantum societas. † Sed non ideo tamen minus utilis est illa distinctio, An correi sint socij necne; ut sciatur quid iuris sit siue cessio facta non fuerit, fortè non petita per imperitiam aut negligentiam correi soluentis, siue fieri etiam non possit obstante ratione illa, ut ita dixerim incompatibilitatis, quæ occurrit in specie, *dicit. l. in lege.* His enim casibus longè alia ratio est correorum sociorum alia non sociorum, ut in sequentibus disputabimus, capite 16.

CAPVT XIV.

Si correo nulla actione cedere creditor possit, an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in solidum fieri vllò casu cessio debeat.

S V M M A R I A.

- 1 An creditor, qui, quas habebat actiones, facto suo amisit, exceptione cedendarum actionum a correo totum soluenne repellere possit?
- 2 Quibus, & quando ea cedendarum actionum exceptio competat?
- 3 Differentia inter exceptionem cedendarum actionum, & exceptionem doli mali
- 4 An exceptio cedendarum actionum repellere possit creditor, qui cum vno ex confideiussoribus pactus de non petendo solidum nihilominus ab alio exigit?
- 5 Dissimilitudinis ratio inter correum debendi & mandatorum.
- 6 Cessione, quomodo sit a creditore vni ex correis, pro parte duntaxat fieri debere.
- 7 Confideiussoribus, contutoribus & mandatoribus actionem duntaxat pro parte cedi solere.
- 8 Correos debendi iure veteri beneficium diuisionis inuito creditore non habuisse.
- 9 An post renunciationem beneficio diuisionis a fideiussoribus factam, fideiussori qui totum soluere paratus est creditor actionem in solidum cedere possit contra eum quem fideiussor ex ceteris confideiussoribus eligit?
- 10 Quid absurdi sequeretur si fideiussori totum soluenti, aduersus eum quem vellet ex confideiussoribus actio in solidum a creditore cederetur?
- 11 Quo casu doli exceptio correo accommodetur aduersus creditorem recusantem prestare actiones quas habet?
- 12 Reijciuntur exceptiones duae a Molino allatae, quibus correo aduersus correum actionem in solidum cedi posse putauit.
- 13 Casus quibus refert cui ex correis pecunia numerata sit, & cuius culpa stipulatio commissa sit.
- 14 Casus quo correo totum soluenti non cogitur creditor vllas in correum, ne quidem pro parte prestare actiones.

1. Quod proxime diximus, Correo qui totum soluere paratus est, competere remedij loco exceptionem doli aduersus creditorem si recuset ille prestare actiones quas aduersus correum habeat, suadere videtur, vt si quas habebat facto suo amisit, quod contingere multis in modis potest, multo magis ea exceptione repellatur. Finge absolutum correum a iudice propterea quod in eum creditor inepte egisset, vt in l. §. si apud duos. D. de dep. Finge tempore liberatum aut exceptione pacti contenti de non petendo tutum esse, vt in l. idem in duob. 25. D. de pact. aut denique alia qualibet ratione persona ipsius obligatione exempta fuisse, vt in l. Gramus. 71. de fideiuss. l. ult. D. de duob. reis. Ego tamen probabilis arbitrator, vt non cogatur creditoris actionibus cedere quas amplius non habeat, quia nec aliam ob causam tenetur, vt eas praestet qua quod eas habeat, arg. l. cum is. 36. l. vt fideiuss. 39. de fideiuss. l. Modestinus. 75. de sol. Neque igitur exceptio cedendarum actionum repellendus erit. Competit quidem huiusmodi exceptio aduersus eos omnes qui quas prestare coguntur actiones prestare nolunt, vel non possunt si eas forte suo facto amisissent. Sed ita tamen si omnimodo eas prestare teneantur, non ite si vt in correis euenit no alia ratione prestare eas teneantur, quam quod habeant. Indequo est quod Papinianus in l. rem hereditariam 65. de iur. non ita loquitur, vt dicat, creditorem qui ab vno ex correis solidum exigit cedendarum actionum exceptione repellendum esse, sed tantum opposita doli exceptione cogendum, vt quas habet aduersus correum actio-

nes eas praestet. Multum vero differt exceptio cedendarum actionum ab exceptione doli. Fieri siquidem potest vt quis actiones quas prius habebat amisit, adeoque facto suo, citra dolum tamen. Quo casu, id est dolo nullo interueniente, vtique doli exceptionem nemo dederit. Et sane est, quod imputare sibi debeat correo qui conuenitur, cur ab initio sibi melius non prospexerit, atque indemnitate a correo stipulatus non sit, cum sciret obligationem a se suscipi eius pecuniae nomine qua tota ad correum erat peruentura. Nam cum potuerit creditor vno promissore contentus esse, cur non ei liceat alterius personam liberare saluo tamen ipsius obligationis iure? l. eandem. 9. §. 1. l. ult. de duob. reis. d. l. Gramus. 71. de fideiuss. Alioqui prodesset correo liberatio correi, siue per sententiam siue per pactum de non petendo, siue qua alia denique ratione contigisset: quod tamen negatur supradictis locis, nisi cum correi sunt socij, d. §. si apud duos. d. l. idem in duob. l. 3. §. nunc de effectu delib. leg. Quae ratio facit, vt quod nemo fortasse hactenus dixit affirmare audeam, neque ista exceptione cedendarum actionum repellere creditorem, qui cum vno ex confideiussoribus pactus de non petendo solidum nihilominus ab alio exigit. Nam & in fideiussoribus idem constitutum est, quod in correis, vt vnus pactum alteri non profit, l. fideiussoris. 27. D. de pact. Prodesset vero si faceret, vt pro parte repellere posset agens creditor ob id solum quod pro ea parte nulla cedere actione posset. In eoque minus versatur periculum fideiussoris, qui licet nullam ex cessione habeat actionem aduersus confideiussorem, habiturus tamen est suo iure contra principalem debitorem aut mandati, si mandatum aliquod interuenierit, aut negotiorum gestorum, si nullum, l. ex mandato. 20. §. 1. D. manda. Solis mandatoribus hac parte succurri oportuit, l. Stichum aut Paphilum. 95. §. pen. D. de solut. quia scilicet non alia quam cessa actione possent repetere quod pro alio soluisent, vt sequenti capite pluribus dicemus. Quod cum ita sit, mirari fortasse quis ob hoc ipsum possit. Cur no mandatori potius quam fideiussori correum comparemus cum tam saepe dixerimus, Correo debendi qui totum debitum soluit nullam aduersus correum ex persona propria competere actionem aduersus correum pro partis repetitione, sed tantummodo si qua cessa sit. Verum dissimilitudinis ratio evidens illa est, quod correo qui totum soluit licet alium liberet, pro se tamen non pro alio soluit, cum sit ille non intercessor, sed aequo principalis debitor ac si solus deberet, l. 2. l. 3. §. ubi duo. l. duos reos. 6. d. l. eandem. 9. §. 1. & pass. de duobus reis. l. si duo. 128. de V. O. Mandator vero tamen propter mandatum suum soluat, ideoque nec debitorem ipso iure liberet, hoc ipsum tamen quod mandauit fecit quasi intercedens pro debitore, qui postea principaliter obligatus est, ob idque in damno morari eum certe iniquissimum esset, dicit. l. Stichum. §. penultim. de solut. iur. l. 1. Papianus. 28. D. mand. Quomodo dicimus filiumfamilias qui constituit se soluturum & soluit quod pater debuit, licet pro se videatur soluisse, quia constituit, in rem tamen patris vertisse existimandum, l. si filiusfamil. 15. D. de in rem vers. Sed illud hic videndum superest, cum cessio sit a creditore vni ex correis an pro toto debito an pro parte duntaxat fieri debeat. Et si enim magis commune placuit ex Accursii sententia ad l. Cod. de duobus reis, no nisi pro ea parte virili fieri debere, sunt tamen qui contra sentiant, ratione illa quod eum ex correis a quo nihil creditor exigit, poterat ipse si voluisset in solidum conuenire: Quasi haec etiam in re

dispar

dispar conditio sit correorum & confideiussorum. Nam si vnus ex confideiussoribus totum soluat debitum, fatentur omnes non posse actionem ei cedi in solidum contra ceteros fideiussores, sed pro eorum duntaxat portionibus, nimirum quonia habituri sint illi beneficium diuisionis aduersus confideiussorem agentem, non secus ac contra ipsum creditorem iure scilicet iis quaesito ante cessionem iis adimi potuit. Quod & de contutoribus tractari potest quonia habent illi quoque beneficium diuisionis exemplo fideiussorum, §. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr. l. si plures. 38. de adm. & peri. tut. Et similiter de mandatoribus, l. penult. de fideiuss. tut. Quomodo accipi omnino debet quod Modestinus respondit, in l. si fideiussor. 41. §. 1. de fideiuss. Si in solidum condemnatus sit vnus ex mandatoribus posse eum desiderare cum iudicati conueniri coeperit, vt aduersus eos qui idem mandauerunt actiones sibi mandentur, scilicet in singulos pro virili cuiusque portione. At correi, vt saepius diximus non habebant iure veteri beneficium diuisionis inuito creditore, l. reos. 11. de duob. reis. l. si duo. 16. D. de const. pec. l. ult. C. eo. Nec si Principis rescriptum in eam rem impetraretur, l. 2. C. de duob. reis. quamuis omnes quoque soluendo essent, l. cum apparebit. 47. D. loc. poterat igitur creditor, inquit isti, contra eum quem ex correis elegisset pro arbitrio agere, & ita actionem cedere cui & contra quem voluisset, vt per omnia similis esset extraneo: quandoquidem inter correos ipsos qui inuicem non cauerunt nullum negotium gestum videri potest, non magis quam inter extraneos, id est diuersis obligationibus deuinctos: Quod in fideiussore diuersum est, qui no semper extraneo comparatur, l. si mandata. 59. §. 1. D. mandat. Sane postquam Iustiniano placuit, vt fideiussorum exemplo correi quoque beneficium diuisionis habeant Nouell. 99. non est qui neget idem profusus iuris hodie in correis quod in fideiussoribus etiam quod ad actionis cessionem pertinet obseruari debere. Sed cum vt plurimum & correi & fideiussores ita accipi soleant, vt beneficium diuisionis nominatim renuncient, consequens fit, vt ea renunciatione adhibita, quod ad correos attinet, ius vetus sequi oporteat, quod autem ad fideiussores, non magis ei prodesse possit, quod ex epistola Hadriani beneficium diuisionis habere potuerint, quam si nunquam habuissent, cum hodie non habent propter renunciationem. At si ita esset, licet ei ex fideiussoribus qui totum soluere paratus esset petere, vt mandarentur sibi a creditore actiones in solidum contra eum quem ipse confideiussor vellet ex ceteris fideiussoribus, vt ab eo quem eligeret totum consequeretur nulla facta confusione aut deductione pro ea parte quam soluens ipse debuisset si ab initio creditor singulos in viriles conuenisset. Quo admissio, quaero qua ratione possit hic fideiussor qui solidum repetit, recusare quominus ei qui conuenitur eandem quoque actiones in solidum praestet: cum vtique auferri ei non possit beneficium quod habet exceptionis cedendarum actionum. Ita ergo fiet vt contra hunc ipsum fideiussorem qui nunc agit postea acturus sit is, qui nunc conuenitur. Eoque tandem per circuitum deduci rem oportebit, vt vel perpetuis litium infractibus fideiussores inquietentur, vel inter omnes si reus non sit soluendo totius debiti onus diuidatur. At respondebunt fortasse, hunc fideiussorem qui cessas habeat a creditore actiones in solidum contra ceteros confideiussores, cogendum non fore, vt cedat contra seipsum, sed tantum aduersus alios. Erit ergo,

inquam, venale hoc casu beneficium, non tantum creditoris, sed etiam confideiussoris si vni ex confideiussoribus magis quam alteri fauere velit, vt beneficio heredis scripti proditum est in specie leg. filium. 20. D. de honor. poss. contr. tab. At qui nullo vsquam iuris loco ita scriptum reperias, quod tamen si verum & ex iuris ratione diceretur non erat praetermittendum. Sed & illud etiam absurdi sequetur, vt si reus principalis sit non soluendo aut difficilioris conuentionis, quod plerumque euenit cum aduersus confideiussores agitur: totum fideiussionis onus & periculum ei incumbat qui postremo loco conuenietur, meliorque conditio futura sit eius qui prior conuentus fuerit ob id solum quod prior conuentus sit: quae res abhorret sane a naturali intellectu. Quare concludendum est siue de confideiussoribus agamus, siue de correis [idem. n. hac parte tractatus est.] ei qui in solidum conuenitur non nisi pro virilibus portionibus in ceteros mandari actionem oportere. Nam & si ab initio creditor correos singulos aut confideiussores ex aequis partibus contenuisset (quod vtique facere poterat, d. l. reos. 11. D. de duob. reis) qua fronte aut contra quem potuissent illi actionis cessionem postulare? Neque verò alio casu iuris auctores doli exceptionem accommodant correo aduersus creditorem recusantem prestare actiones quas habeat, nisi vno illo quo in solidum conueniatur a creditore, d. l. cum apparebit. 47. D. loc. l. rem hereditariam. 65. D. de iur. Idque licet non in correis debendi, in aliis tamen, quorum eadem ratio est, plerisque prudentum responsis ita scriptum legimus, d. l. si plures. 38. de adm. & peri. tut. l. cum pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. l. quaesitum. 30. §. 1. ver. si vero filius sit de pecul. l. cum possessor. 5. de censib. Nec admittendas puto quas Molino, ad l. Modestinus de sol. 7. 25. subiicit exceptiones: quarum prior illa est, Nisi, inquit, totum negotium ad alium spectet, vt in l. si non singulari. 5. C. si cert. pet. & in l. propter. 4. de duob. reis: Posterior illa: Nisi propter solam correi culpam correus soluerit, arg. d. l. si plures. 38. de adm. & peri. tut. l. 1. §. planè si ex dolo a contr. sens. & d. l. cum pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. Nam his quoque casibus verum est vtrumque correo aequè principaliter obligatum esse, & aduersus vtrumque pro virili cuiusque portione agere creditorem potuisse, ita vt neutri in alterum prestare actionem cogeretur. Qua ergo fronte possit is qui in solidum conuenitur petere vt sibi contra correum mandetur in solidum actiones? Neque. n. cum de correis agitur quicquam refert cui pecunia numerata sit, d. l. si non singulari, & d. l. propter. Sicut neque ex vtriusque culpa commissa sit stipulatio. Nisi vno eo casu quo sint socij, quia societatis iudicio potest correo correo reputare danum, quod ex ipsius culpa senserit, d. l. eandem. 9. in fin. de dub. reis. Cui alius etiam addi potest si speciali conuentione inuicem correi sibi de indenitate cauerint: Extra hos casus imputari singulis potest cur correo iure obligari voluerint: sibi que melius non prospexerit: Adde vt nec correo cui tota pecunia numerata fuit, nocere debeat quod in ipsum creditor actionem in solidum mandauerit correo qui totum soluit. Tantum abest vt ad cedendas in solidum actiones adigi creditor possit. Planè vno etiam casu fieri potest, vt correo qui totum soluit no cogatur creditor vllas in correum ne pro parte quidem prestare actiones. Nimirum si soluentis culpa interuenierit, quae causam dederit committenda stipulationi, d. l. si plures in fin. Si tamen soluenti cedere creditor velit, non eò minus utilis erit cessio, vt neque per doli exceptionem repellatur is qui in culpa fuit, cum non suo, sed creditoris iure agat & ex ipsius persona qui nulla exceptione repelleretur.

Non magis fideiussori quam correo competere exceptionem cedendarum actionum, Ad l. si stipulatus 15. §. 1. de fideiuss. Et de differentia correorum confideiussorum & mandatorum.

S V M M A R I A.

1. Rationibus noua uerbis sententia firmatur.
2. Textus expressus in eam adducitur.
3. Cur in specie l. si stipulatus 15. §. 1. de fideiuss. Iulianus neget summouendum vlla exceptione creditorem?
4. Illam legem à Iuliano scriptam fuisse ante dictatam ab Hadriano epistolam, quæ fideiussoribus diuisionis beneficium concessit.
5. Cedendarum actionum exceptionem fideiussori in illa lege denegari.
6. Quam exceptionem creditor tota viginti à fideiussore petens in specie dictæ legis repellatur?
7. An iniquitatis aliquid habeat, quod non magis fideiussori quam correo exceptione cedendarum actionum succurratur?
8. Fideiussorem pro principali debitore solo, non pro cæteris fideiussoribus fideiubere.
9. Pluralitatem fideiussorum diuisionis beneficium quidem induxisse, sed non actionum cedendarum exceptionem peperisse.
10. Creditorem cui à fideiussore integrum debitum solutum est, non teneri nomina vendere, quæ non sint amplius in rerum natura.
11. Quod creditor fideiussori totum soluenti actiones quas habet vendere & præstare cogitur, ex sola æquitate introductum esse.
12. Casus quo vnus ex fideiussoribus creditorem doli exceptione repellere potest.
13. Vno ex pluribus fideiussoribus à creditore liberato, cæteris non eo minus diuisionis beneficium competere.
14. Cur si ex pluribus fideiussoribus creditor vnum liberauerit qui soluendo non erat, melior sit conditio confideiussoris qui obligatus manet, quam si alius liberatus non esset?
15. Explicantur quedam in l. si plures. 27. ff. de fideiussoribus.
16. Casus singularis quo actionum, quæ cedi non possunt, cedendarum exceptio fideiussori accommodatur.
17. Confideiussoribus diuisionis beneficio renuntiantibus cedendarum actionum exceptionem inutilem fore fideiussori qui in solidum conuenitur.
18. Vno tantum casu, fideiussores qui beneficio diuisionis non renuntiauerunt, actionum cessione indigere.
19. Cur mandatori cæterisque qui ex propria persona sic soluent, ut tamen pro alio soluant, cedendarum actionum exceptio competat?
20. An quod in l. Stichum aut Pampulum. 95. §. pen. de solut. de mandatore scriptum est, ad fideiussorem sit extendendum?

ERit hoc ad d. d. apud eos omnes, qui inueteratos nostrorum interpretum errores pro Delphicis oraculis amplectuntur. Nemo enim ad hunc vsq; diem vnquam dixit, quod nos hoc capite disputandū probandumque proponimus, Fideiussori siue solus sit, siue confideiussoribus habeat, exceptionem cedendarum actionum competere non posse. Imò verò in tantalia pleraque beneficia quæ fideiussorum favore introducta sunt vel hoc vnum maximum & præcipuum est, si nostris interpretibus credimus quod illi

appellant, exceptionis cedendarum actionum. Mouet me primū quod in toto iure locus nullus est qui probet huiusmodi exceptionem fideiussoribus accommodandam esse. Quod apparebit manifestè, cum ad eos omnes responderimus quibus mouentur nostri vt contra sentiant. Deinde quod nos proximo capite iam attigimus, Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiussoribus aliis confideiussoribus non prodesse, siue in personam siue in rem conceptum sit, l. fideiussoris. 23. D. de pact. Nam prodesset vtique si facere deberet, vt ob eam creditor repelleretur, quod pro parte eius cum quo pactus fuisset nullam præstare posset actionem. Quid enim refert, an tale pactum proficit correo hæctenus, vt pariat exceptionem pacti de non petendo, aut in factum subsidiariam, an vt præbeat exceptionem cedendarum actionum? Cùm vtriusque exceptionis idem effectus futurus sit, ille nimirum vt creditor summoueatur. † Sed ne id ipsum nobis obiiciatur quod nos aliis obiicimus, textum habemus quæ non vides quomodo effugere Doctores possint. Is est in l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiuss. vbi Iulianus scribit, Creditorem qui in viginti acceperat duos fideiussores, si ab vno quinque acceperit ne ab eo quicquam peteret, tum ab alio petat quindecim nulla exceptione summoueri posse. Ergo neque exceptione cedendarum actionum. Et tamen constat non posse in ea specie cedi actionem vllam aduersus confideiussorē qui tutus est exceptione pacti de non petendo. Siquidem paria sunt, nulla prorsus actione cedere, Et eā cedere quæ sit inutilis & inefficax propter competentem reo exceptionem: maximè verò cùm ex pacto factoque cedentis proficiscitur ius exceptionis quæ actionem eneruat & debilitat. † Quamquam illud mirari quis fortasse nec abs re possit quod in hac specie Iulianus negat summouendum vlla exceptione creditore. Cur non enim liceat fideiussori à quo quindecim petuntur, exceptionem & beneficium diuisionis obicere, vel inuito creditore qui sponte & accepta vltro pecunia alium ex fideiussoribus liberauit? Nam qui ex fideiussoribus aliqua exceptione tutus est, non ei similis videri debet qui nihil habet vt cōfideiussori beneficium diuisionis eripiat, sed illi potius qui satisfecit: cùm habeat quod obiiciat petitori: quemadmodū in eo qui tempore liberatus est, eleganter Papinianus respondit, in l. si pupillus. 45. de adm. & peric. tutor. † Ac sanè fatendum est meo iudicio, Iulianum qui Hadriani temporibus floruit, ita scripsisse ante dictatam ab Hadriano epistolam illam quæ fideiussoribus beneficium diuisionis dedit. Alioqui nec tam celebrem constitutionē ignorasset vir prudentum omnium consultissimus, & Imperatori charissimus, quo scilicet iubente perpetuū Prætoris edictum cōposuit, neq; contra ius apertissimū, & æquissimum respondisset. † Plane quod ad cedendarum actionum exceptionē pertinet, nec negare quisquā potest quin eam Iulianus fideiussori deneget cùm ait creditore nulla posse exceptione summoueri, nec mirari cur ita respōdeat quādo alia nulla iuris parte exceptio illa fideiussori accommodatur. Quod si tota viginti creditor petat à confideiussore, exceptio ei oberit in quinque vt Iulianus subiicit: † Exceptio inquam, non pacti (neque enim pactū vnus ex confideiussoribus alteri prodest, vt diximus) sed doli, quia in dolo sit creditor qui contra bonā fidē velit bis idem consequi. Nam licet non sint soluta illa quinque tanquā pars debiti, sed ob hoc ipsū nequicquā ab eo, qui soluebat peteretur (quæ dubitandi causa erat) cū tamen petendi aut soluendi alia ratio non fuerit, quā quia debebatur, perinde est ac si

ac si in diminutionem debiti quinque illa soluta essent. Exemplo eius quod dicimus, Mulierem quæ pecuniam tuo creditori promisit ne pro te intercederet hoc ipso intercessisse videri, perindeque ac si intercessisset Velleiano adiuuari, l. debitor. 19. in princip. D. ad Senatuscons. Velleianum. Et hæc ad Iulianum obiter adnotasse sufficiat. † Ne quis autem iniquum esse putet ius illud quod nos inducimus vt non magis fideiussori quàm correo succurratur exceptione cedendarum actionum, obseruandum est multò minus iniuriam videri id debere in confideiussore quàm in correo: siquidem correo nullam prorsus in corream nisi ex cessione habet actionem vt indemnis seruetur, si forte nihil aut non totum ad eum peruenerat. Fideiussor verò etsi aduersus confideiussorem agere nullomodo potest, habet tamen paratam actionem mandati aduersus debitorem principalem si mandatum interuenerit, sin minus negotiorum gestorum, l. ex mandato. 20. §. mandat. qua actione abunde illi succursum est vt indemnitate consequatur. † Nec mouere debet quod fideiussoris interesse possit pristinam potius habere creditoris actionem fortè propter priuilegium causæ, vel temporis, vel hypothecæ. Itēq; vt agat aduersus confideiussorem, si principalis debitor aut egenus sit aut difficilioris conuentionis. Hic enim locum sibi vindicat ea ipsa ratio quam nos in correis debendi usurpauimus, quod imputare sibi debeat qui pro tali debitore & quidem solo non etiam pro confideiussoribus fideiussoribus, quique cautius non sit negotiatus. Aliud enim est fideiubere pro debitore principali, aliud pro fideiussore aut confideiussore, l. si plures. 27. §. vlt. de fideiuss. Et cùm plures fideiubent pro eodem debitore, creditor quidem omnium fidem æquè sequitur: At fideiussores non alter alterius, sed singuli solius debitoris fidem intuiti videntur. Ex quo illud nascitur vt ei ex fideiussoribus qui totum soluit nulla fiat iniuria si nulla illi actio datur aduersus confideiussorem de quo sibi oligando numquam ille cogitauerit. † Dices fortasse plures confideiussores qui se pro eodem simul obligauerint periculi societatem intuitos videri, vt Papinianus loquitur, in l. si plures. 38. de adm. & peric. tutor. & quod plures fuerūt eò facilius ad subeundam fideiussionis aleam accessisse, quasi tantò minore futuro periculo quanto plures essent illi inter quos diuidendum foret. Nam & inde fit vt beneficium diuisionis inter eos locum non habeat qui non sunt cōfideiussores, hoc est qui simul nō fideiusserunt, & alter alterius contemplatione, licet pro eadem summa & apud eundem creditorem interuenerint, l. si à Titio. 43. l. si Titius. 48. de fideiuss. Sed respondeo rationem hanc diuisionis quidem beneficium inducere, & ob id Papinianum in d. l. si plures ita loqui vt periculi societatem excipere dicat elegantissimè pro eo quod vulgè dicimus obicere exceptionem diuisionis. At cum cedendarum actionum exceptione nihil commune habere: cuius scilicet longè dispar & dissimilis ratio est, quippe quam fideiussores nō tam ex propriæ obligationis conditione quàm ex creditoris persona & iure sibi velint acquirere. † Fateor hæctenus succursum esse fideiussoribus vt ei qui soluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina. Eoque nimirum pertinent leges ferè omnes quas nostri congerunt vt ista cedendarum actionum exceptionem adstruant, l. fideiussoribus. 17. l. cum is. 36. l. vt fideiussor. 79. D. de fideiuss. Sed vt cogatur creditor vendere omnia quæ amplius non sint in rerum natura fortè si cum debitore ipso fecerit pactum personale de non petendo, aut si alios confideiussores gratis aut aliquo accepto liberauerit, aut

vt, quia vendere non potest nomina quæ proprio facto amisit, propriam quoque admittat actionem contra hunc qui non est liberatus, nullibi certè scriptum reperias. † Nam & eo casu quo saluus habet creditor actiones quas præstare potest in fideiussores cæteros, quod placuit cogendum illum actiones eas præstare & vendere, non tam ex necessitate aut ratione iuris aliqua introductum est, quàm ex æquitate illa, quod inhumanum videretur non cogi creditorem id saltem præstare quod sine vllò suo dispendio aut incommodo præstare posset, l. in creditoris. 8. l. rem hereditate. 65. D. de euit. l. qua situm. 30. §. si vero filius de pecul. Id quoque verbum ipsum succurrendi demonstrat quo passim iuris autores vtuntur, cùm tractant de remedio quod iure deficiente ex sola æquitate ita introducatur, vt vni proficit nec obstat alteri. Hoc enim est quod dici solet, quæ vni proficit nec alteri nocent facile concedi debere. Atqui noceret creditori remedium quo deagimus, si quoniam aduersus liberatos confideiussores nulla cedere actione posset, suam quoque amitteret. Eaque res non tantum à iuris ratione abhorreret, sed etiam ab æquitate, qua tamen sola exceptiones omnes nituntur. An vero ea saltem subiicietur limitatio, si non appareat dolo malo fecisse creditorem, quominus fideiussori à quo solidum exigit actionibus vllis cedere posset? Si quidem in toto ferè iure ita comparatum est, vt parum intersit an quid habeas an dolo malo defieris habere, & pro possessione dolus est vulgata iuris regula. Verum non video qua ratione dici possit dolo malo quicquā facere eum qui iure suo vtitur, l. si duorum. 42. D. de actio. empre. † Nisi fortè proponas tam euidens dolum vt debiti iactura non immeritò coerendus sit. Finge post oblatam creditori ab vno ex fideiussoribus solutionem petitamque cessionem maluiffe creditorem alium fideiussorem liberare, ab isto deinde totum debitum exigere. Quidni exceptione doli repellatur? Extra hūc casum imputari potest fideiussori à quo solidum petitur, non solum cur sibi melius non prospexerit vt ante diximus, sed etiā cur non fuerit diligentior in soluendo priusquam liberati essent confideiussores. † Nec si mile est quod si vnum ex pluribus confideiussoribus creditor liberauerit, non eò minus cæteris competet beneficium diuisionis, l. si pupillus. 45. de adm. & peric. tutor. Id enim habent illi iure suo & ex diui Hadriani epistola, adeoque inuito creditore non ex ipsius creditoris persona, l. inter fideiussores. 27. D. de fideiuss. l. vlt. C. de constit. pecun. Ideoq; nec æquum est vt vllò creditoris facto iis adimatur. At competentem creditori actionem à quo alio habere possint quàm ab ipso creditore? Rursus contra creditorem ad hoc ipsum agere vt actione cedat, quo iure possunt priusquam debitum & quidem totum obtulerint? d. l. cum is. 36. d. l. fideiussoribus. 17. De fideiuss. l. cum alter. 11. C. eod. d. l. Modestinus. 76. de solut. Ergo si quid antea creditor fecerit per quod actionē quam aduersus alios fideiussores habebat amiserit, totū id inculpatum est, nec eo nomine quicquam ipsi imputare fideiussor potest, à quo solidum exigitur. † Illud magis mirum videri possit quod tamen ego verissimum arbitror, si ex pluribus fideiussoribus vnum creditor liberauerit, qui iam tum soluendo non erat, melioris conditionis fore confideiussorem qui obligatus manet quàm si alius liberatus nō esset. Habitum enim diuisionis beneficium quod non haberet, si inanem cōfideiussoris obligationem sola ipsius inopia faceret, d. l. inter fideiussores. Hæc idè tam variè quoniam eo quoque casu quo vnus ex fideiussoribus inopia cæteris cōfideiussoribus æquitatem diuisionis eripit, ut

men haftenus succurrendum est vt quoad eius sine creditoris incommodo fieri queat, indemnitate saltem spe non fraudentur. Quid enim si is qui nunc inops est fiat postea ditior? Cur non perinde cogatur fideiussoriae obligationis periculum praestare atque si eo tempore diues fuisset, quo creditori solui oportuit? (Neque enim praecedens inopia actionem peremerat aut extinxerat, sed tantum inanem & inefficacem reddiderat, l. nam is. 6. D. de delo.) Id vero non aliter euenire potest quam si eam actionem quae in fideiussorem inopem competit creditor transferat in confideiussorem soluentem, vt quae nunc inanis est propter inopiam, fieri possit utilis & efficax superuenientibus quancumque facultatibus. Alioqui nec ditior fiat qui nunc inops est vlla tamen actione tenebitur,

15 d. l. vt fideiussor. 39. de fideiuss. † Atque ita accipiendum puto quod scriptum est in l. si plures. 27. eod. restituenda actionem in pure acceptum. Id est, ita tamen vt illi pure accepto cedatur actione competenti aduersus confideiussorem condicionalem qui in eo tempore reperitur non soluendo. Proinde si per creditorem stet quominus ea cedatur actio siue quod nolit ille cedere, siue quod cedendi potestatem sibi praeripuerit, non est expectandum vt aduersus alium confideiussorem agat in solidum, ne ita fiat vt ipsi adimere videatur beneficium diuisionis quod ille non dederit. † Itaque

16 singularis hic casus est in quo actionum quae cedi non possunt cedendarum exceptio fideiussori accommodanda est. Nimirum propter coniunctum beneficium diuisionis, quod licet creditori obici nequeat pro partibus fideiussorum qui non sunt soluendo, d. l. inter fideiussores. l. 1. §. tractemus. de iuel. & ration. distr. inter ipsos tamen fideiussores saluum esse debet, in eum saltem casum, quo alter ab altero pro eius parte consequi indemnitate aliquando possit. Id namque necessario exigit periculi societas, quae ab initio inter fideiussores contrahitur, d. l. si plures. 38. de admin. tut. Ita fit vt inopia vnus ex fideiussoribus ceteris confideiussoribus noceat in eo quod creditori totum exigenti aequitatem diuisionis obicere non possunt, totiusque debiti solutionem representare coguntur: sed non tamen in eo nullam spem habere debeant repetendae quancumque partis a fideiussore inope qui si diues esset partem debiti agnoscere & soluere teneretur. Denique inopia vnus nocet quidem a quo interea solidum exigitur, sed non prodest inopi vt omnino liberetur, verum haftenus duntaxat vt non frustra cum

17 eo nunc agere creditor velit. † Ergo si confideiussores vt fieri assolet beneficio diuisionis renunciauerint cedendarum actionum exceptio inutilis erit fideiussori qui in solidum conuenitur aduersus creditorem, quando beneficium diuisionis solum illud est, vt diximus, quod cedendarum actionum exceptionem vtile adeoque necessariam facere potuit. † Qui non renunciauerunt aut non indigent cessione si in solidum conueniatur, cum Hadriani epistolam pro se habeant [siue a confideiussore exigere pars possit, siue ideo non possit quod eum creditor liberauerit.] Aut si quo casu indigent cessione, vno nimirum illo quo propter vnus inopiam totum fideiussionis onus ad ceteros deuoluitur, cessionem fieri aequum est, & consequenter exceptione cedendarum actionum repelli creditorem si aut nolit cedere, aut ideo non possit quod fecerit

18 etiam citra dolum ne possit. † In mandatore & ceteris qui ex propria persona sic coguntur soluere, vt tamen pro alio soluant nec in eum vllam habeant actionem, contrarium non immerito responsum est vt si per creditorem factum sit ne actionibus suis iisque ad vin-

cedum efficacibus possit cedere exceptione ista sumi, moueatur siue proponas ideo non posse cedere, quod ob litem inepte institutam fuerit condemnatus, siue quod cum principali debitore pactum fecerit de non petendo in personam conceptum. Ratio est ne factio culpae creditoris in damno morentur ij qui fidem suam [quam intercedendi potius quam donandi animo pro alio obstrinxerunt] bona fide liberare parati sunt: Quod sane contingeret si nulla ipsis actio praestaretur: quippe cum ex persona propria nullam habeant, qui scilicet propter suam propriam obligationem soluerunt, nec alium ipso iure liberauerunt. † Idque est quod Papinianus respondit in leg. Stichum aut Pamphilum. 9. §. penult. de solut. qui locus cum disertè de mandatore loquatur non debet trahi ad fideiussorem quomodo a nostris incaute, ne dicam imperite tractus est quasi ex rationis vt loquuntur identitate. Apertissima enim illa est aduersitas & diuersitatis ratio, quod fideiussori qui totum soluit optimè consultum est etiam citra cessionem, cum proprio iure & ex natura gesti negotij obstrictum habet debitorem actione mandati vel negotiorum gestorum sicuti diximus. At mandator qui pro debitore principali soluit nullam habet in eum actionem nisi quam a creditore ipso acceperit. Quod si dicas mandatori huic id ipsum imputari posse quod nos in superioribus & fideiussori & correo imputari posse diximus, cur sibi melius non prospexerit? Respondebo imputari etiam posse creditori cur suam aduersus reum actionem factio suo amiserit aut inefficacem fecerit, cum sciret aut scire deberet aequum fore vt quancumque soluenti mandatori, cui alio remedio consultum non esset, ea cedere cogeretur.

CAPVT XVI.

Quantum interfit an correi debendi aut stipulandi focij sint necne, Ad l. in lege 62. D. ad leg. falc.

SUMMARIA.

- 1 Quid sit effectus societatis inter correos?
- 2 Quid attendendum quum queritur in vtrius reorum debendi aut stipulandi bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahatur?
- 3 An si correi focij non sint, & alteruter eorum sit incapax liberationis, liberatio capace incapax liberetur, vel liberato incapax liberatione consequatur?
- 4 Molinei opinio resutatur, non distinguunt an correi focij sint nec ne, quum de cedendis actionibus agitur.
- 5 Eiusdem explicatio ad d. l. in lege. reijcitur.
- 6 Multum in specie dicta legis interesse, an correi debendi vel stipulandi focij sint necne?
- 7 An in dicta specie in arbitrio heredis correi debendi positum sit ex qua causa soluat, vel in arbitrio heredis correi stipulandi ex qua causa ipsi soluantur?
- 8 Reijciuntur Bartholi & aliorum ad superiorum legem distinctiones.
- 9 An quod vnus ex correis stipulandi a debitore consecutus est, ceteris communicare cogatur?
- 10 Bartholi distinctio ad hanc questionem remouetur.
- 11 Distinguendum esse an correi stipulandi focij sint, necne.
- 12 Respondetur ad Bartholi objectionem.
- 13 Nihil commune habet ius ipsum liberationis qua solutione acquiritur, cum iure acquisitionis qua fit ex accepta solutione.
- 14 Adiectum solutionis duntaxat causa nullam omnino ius in obligatione & acquisitione habere.

- 15 In quo differat correi stipulandi ab eo qui solutionis tantum causa obligationi adiectus est, in quo item ambo conueniant?
- 16 An nullum remedium super sit correo credendi, vt a correo cui totum solutum est indemnitate consequatur.

Quantum referat an correi debendi aut stipulandi focij sint necne, ex eo apparet, quod quoties ferè de correis prudentes disputant hac vna passim vultur distinctione: vt puta, cum quaeritur an conuentio facta cum vno ex correis debendi profit alteri, Nam si focij sint, prodest: si minus non prodest, l. idem duob. 25. D. de pact. l. eandem 9. §. vltim. & seq. D. de duob. reis. Item cum disputant An creditor qui vni ex correis debendi heres extitit in solidum agere contra alterum possit. Si enim focij fuerint non potest, si non fuerint potest, l. Granus 71. vers. cum altero autem de fideiuss. † Denique ne singula recenseamus, cum quaerunt in vtrius reorum debendi aut stipulandi bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi, Nempe si focij fuerint in vtriusque bonis id computatur, aut ex vtriusque bonis detrahitur pro partibus societatis, sin focij non fuerint computatur in bonis aut detrahitur ex bonis duntaxat eius cui soluitur aut qui soluit. l. in lege 62. D. ad leg. falc. Ratio est quia cum societas inter correos vt inter ceteros bonorum omnium communicationem inducat l. 1. §. 1. pro socio. quicquid correi praestat licet ex propria obligatione dummodo non ex culpa propria id socio reputat iudicio societatis, l. 3. §. sed quid focij de lib. legat. iunct. l. si communis 9. & l. si ex duobus 17. D. de noxal. action. Et vicissim quicquid correi credendi consecutus est cogitur communicare correo socio etiam incapaci, l. si is qui duos 29. de liber. legat. Vnde nostrorum illud brocardicum vulgare desumptum est, incapacem fieri capacem per capacem. † Quod si correi focij non sint, & alteruter sint incapax liberationis, puta si duos habeam reos debendi Titium & mulierem quam postea uxorem duxerim, & velim Titium per acceptilationem liberare donandi animo, non ideo tamen liberabitur mulier quae Titij socia non est sed solus Titius si ipsi non mulieri accepto tulerim. Neuter verò si in persona mulieris concepta sit acceptilatio, quoniam ab initio non tenuit, l. si sponsus, 5. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. Non enim commixta Titij extranei persona facere potest vt pro parte mulieris donatio valeat, cum non idcirco causa vtriusque sic commixta sit quin separari possit, vt ibidem Vlpianus subiicit in §. generaliter, quod vtique secus esset si focij proponerentur, & Titio non mulieri acceptum fecissem. Eadem igitur ratione si vtrique dummodo non mulieri soli, d. l. si is qui duos. Quae ratio omnium maxime mouet vt lentiam. Correo qui socius non est totum soluit nullam prorsus contra correum actionem competere. Quid enim obsecro interesset an pro socio an qua alia actione correi in correum ageret vel a correo conueniretur, si vtriusque actionis idem foret effectus? Et consequenter quod pertineret illa distinctio, An correi focij essent an non? Tanti autem momenti est haec ratiocinatio vt Molineus qui correo in correum actionem omni casu dadam putauit, quemadmodum a nobis in superioribus tractatum & disputatum est, coactus fuerit eò vsque progredi amentiae vt dixerit nihil hac parte referre an correi focij sint necne. † Quod quoniam pugnat apertissime cum d. l. in lege, comminiscitur ille, subtiliter si Diis placet, verba illa Vlpiani, in pendentem esse, & c. non respicere electionem soluendi aut petendi in qualitate vt ille loquitur, he-

reditaria aut propria quomodo ceteri omnes interpretes rectissime intelligunt, sed respicere ius ipsum obligationis, hoc est eò pertinere vt quaeratur pro qua parte in heredis bonis computari aut ex ipsis detrahi oporteat id quod debetur. † Quasi nihil interfit An correi focij sint vel non: Sed tantum An ex societate appareat pro qua parte focij sint, Vt societate requirat Vlpianus exempli loco potius quam quod in correis non focij aliter respondendum existimet. Quo sane stultius nihil dici potest, cum in hoc vno tota vim distinctionis consistere Vlpianus moneat, An inter correos societas aliqua fuerit necne: quod & aliis omnibus locis supra citatis mirifice congruit. Sed & verba illa in vtriusque bonis computari, nullomodo hac admittunt interpretationem, vt perinde sit ac si scriptum esset quo modo ille explicat pro qua parte in vtriusque bonis computari oporteat. Id enim proculdubio Vlpianus sibi vult in alterutrius duntaxat bonis computandum esse, aut ex alterutrius bonis detrahendum id quod debetur, prout ex propria vel hereditaria persona soluetur id aut exigitur: nec fieri posse vt in vtriusque bonis computetur aut ex vtriusque bonis detrahat. Nisi cum partim ex propria, partim ex hereditaria persona solutio fiet aut exactio. † Neque verò vt aequè insubtiliter idem Molineus putat, in arbitrio heredis correi debendi positum est, ex qua causa soluat. Si enim ex propria persona conueniatur, vtique soluere non poterit tanquam heres correi: sin ex hereditaria, non poterit soluere ex propria. Erit ergo id in arbitrio creditoris l. reos. 11. de duob. reis l. inter eos 51. §. duo rei. D. de fideiuss. Et ex contrario si correi stipulandi correo heres fuerit, potest esse in arbitrio debitoris vtrum ei soluat tanquam correo stipulandi, an potius taquam heredi alterius correi l. 2. l. 3. §. vbi duo de duob. reis. Rectè igitur Vlpianus concludit in pendentem esse in vtrius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex vtrius bonis detrahi, hoc est quousque appareat ex qua causa solutum sit, si modò correi non fuerint focij. Nam si focij fuerint nihil est in pendentem, sed pro iisdem portionibus diuisio debiti facienda est ex quibus fuerint focij, ac proinde ex aequalibus & virilibus si alia non appareant. l. si non fuerint 29. D. pro socio. Valeat ergo Molineus cum suis istis inspidis stupidisque subtilitatibus. † Sed valeant etiam Bartoli ceterorumque interpretum non minus futiles & commentitiae illae distinctiones, an correi per stipulationem facti sint, an alio quouis contractus genere: Item an ex causa lucratiua an onerosa. Nunquam enim Iureconsultos ita distinxisse reperias, sed ad id tantum respexisse, an correi siue debendi, siue credendi focij aut non focij proponerentur. † Itaque in quaestione illa quae nobis hoc loco breuiter tractanda est, an quod vnus ex correis stipulandi a debitore consecutus est, cogatur communicare ceteris, etsi scio improbatam vulgo optimaque ratione sententiam Accursij qui ad l. si Titio & Seio 16. de legat. 2. scripsit communicationi locum esse indistinctè inter eos quoque qui sunt correi credendi ex causa lucratiua, non tamè persuaderi vt distingui oporteat quomodo Bartolus distinguit, ad l. ex duob. de duob. reis, an obligationis causa lucratiua fuerit an onerosa, vt posteriore casu fiat communicatio, ex l. si in re communi 19. D. de noxal. action. l. si & me & Titium 32. de reb. credit. Priore non item ex d. l. in lege 72. D. ad leg. falcid. praeter quam inter focios, l. Granus 17. de fideiuss. l. eandem 9. §. pen. de duob. reis. † Mihi enim probabilius semper visum est meliorem esse debere conditionem occupantis, ex l. 2. l. 3. §. vbi duo. D. eod. l. si rem aliquam 31. §. 1. D. de donat. nec aliter cogendum exa-

ore communicare quod accepit quam si correi stipulandi socij proponantur, *d.l. in lege l. item in duobus 25. de pact. l. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* Neq; enim correat stipulandi qui occupauit recte comparatur ei qui ex persona serui comunis quid perceperit, de quo agitur in *d.l. si in re commum.* Cum hic iure dominij quod comune est, ille vero iure proprio egerit & obtinuerit, *argum. l. licet. 17. D. de posi.* Sicut & refert multum, An pecunia tua ad me peruenit sine causa, que res locum facere solet conditioni, *d.l. si & me & Titium 22. de reb. credit.* an vero pecunia eius cui tu credideras, & a quo passus fueris me tecum & totum stipulari. Ferè namque est vt mihi donasse videaris sub ea conditione si prior exigere *arg. item si 7. alius. leg. sed Iulianus §. nam solium. D. ad S. C. Macedon.* Id enim est quod dici solet, donatum videri quod nullo iure cogente concessum est, *l. donari 19. D. de donat. l. donari de regul. iuris.* † Neque contrarium est quod nonnulli pro Bartolo obiciunt *ex d. l. 3. §. ubi duo de duob. reis. & ex l. qui hominem 34. §. 1. de solui.* Eum qui hominem duobus correat stipulandi debeat liberari si partem eiusdem hominis vni, partem alteri soluerit. Non enim ex eo sequitur quod illi inferunt, Ad vnumquemque ergo ex stipulatoribus partem hominis peruenire debere. cum imò verò idèd receptum id esse Papinianus dicat, quia vni solutum videtur quod pluribus correat stipulandi solutum est. † Porro nihil commune habet facultas soluendi aut ius ipsum liberationis que ex solutione acquiritur cum iure obligationis aut acquisitionis que fit ex accepta solutione. Nam etsi separatim correi singuli ita stipulati essent, *si illi non dederit, mihi dare spondes.* nemo dubitauerit quin vni soluerit debitor ab altero quoque liberetur. Id. n. facit cōdicio stipulationis, *l. si Titius 9. de verb. obligat.* Neque tamen idèd quisquam dixerit quod vni solutum est alteri quoq; quæsitum esse. † Sic etiam dicimus adiecto solutionis causa perinde ac stipulatori ipsi vtiliter solui posse adeoq; inuito stipulatore *l. si quis stipulatus. 57. §. 1. de solui.* Et tamen constat eum qui non nisi solutionis causa obligationi adiectus est nullum omnino ius habere in obligatione multò minùs in acquisitione que fit ex causa illius obligationis. Ob idque nec petere potest nec nouare, sed tantum solutionem que offeratur accipere. *l. cui recte 10. D. de nouat.* † Etsi autem nō ignoro, minùs rectam esse comparisonem correi stipulandi & adiecti solutionis causa, quoniam vterque correat stipulandi ad obligationem ponitur, non ad solutionem, & quod correat stipulandi soluitur, non alterius nomine ei soluitur, sed suæ obligationis causa, adeo vt nec valeat solutio si in ipsius persona obligatio non constiterit quemadmodum eleganter Paulus tractat, *in l. si duo 128. de verb. oblig.* Hactenus tamen valere potest comparatio vt intelligamus, Non si quod vni ex correat soluitur alteri solutum videtur ad acquirendam soluti liberationem, idèd statim consequens esse, vt quod is cui soluitur sibi acquirit, correat quoque nō socio acquirere existimetur. Eadem quippe ratione inferri posset, quod adiecto soluitur ipsi acquiri quadoquidem parit ea solutio liberationem. † An igitur remedium nullum supererit correat credendi ad quem negotium aut in totum aut pro parte pertinebat vt à correat cui totum solutum est, indemnitate consequatur, Nullum penitus. Nam remediō cessionis quod inter correat debendi necessarium esse diximus sup. cap. 7. vtiq; locus esse non potest, vt facile quiuis intelligit. Restat, vt impetari sibi debeat qui cum re suam siue in solidum siue pro parte ageret, correat adhibuit ad stipulandum

nec sibi cauit diligentius. Planè cum totum negotium ad eum solùm spectat ex correat credendi qui totum exegit, nec Bartolus ipse negat correat nullam actionem competere vt quod alteri solutum est sibi communicetur. Qua enim fronte id desideraret? Ceterum ille semper casus excipiendus est nisi correi sint socij. Tunc enim haud dubiè societatis iudicio inuicem sibi tenentur: nec quisquam dubitat quin hoc casu pro socio actio inter correat siue debendi, siue credendi locum habeat.

CAPVT XVII.

Nullam prorsus actionem correat debendi qui totum soluit competere aduersus correat non socium. Et obseruata interpretis aut Triboniani manus in l. 1. quæ aliàs 2.

C. de duob. reis.

SUMMARI.

- 1 Ratio proposita sententiæ.
- 2 Dictam l. 1. aliàs 2. Interpretibus in proposita questione dubitandi causam prebuisse.
- 3 Legem pranam tit. C. de duob. reis, ab Accursio & aliis tanquam subdititiã reiectam fuisse.
- 4 Versiculum & idèd si probaueris &c. d. l. 2. cum primis eiusdem legis verbis non conuenire.
- 5 Non rectam esse illationem in dicto versiculo factam.
- 6 Authenticam sequentem non posse ad dictum versiculum accommodari.
- 7 Alia ratione probatur illum versiculum suppositiũ esse.
- 8 Non posse quemquam condemnari nisi conueniatur, nec conueniri sine actione.
- 9 An deficiente actione ordinaria, extraordinaria aut subsidiaria, officio iudicis mercenario vel nobili locus esse possit?
- 10 An iniquum sit totum onus debiti communiter contrahi ad alterum correat solum pertinere.
- 11 Cur in fideiussoribus diuisionis beneficium inductum sit?
- 12 Cur iure vetere fideiussoribus potius quam correat succursus fuerit, quid item inter eos commune olim fuerit, & nunc sit?
- 13 Quando inter correat vel confideiussores dande inimicem actionis ratio vel æquitas subsit?
- 14 Alia ratio propter quam correat qui totum soluit actio aduersus correat non socium non competat?
- 15 Resutatur præcipua ratio propter quam correat totum debitum soluenti actio cedenda videtur?

Quæ † hucusque toto ferè libro disputauimus eò pertinent vt appareat, quod nos hoc capite concludimus, Nullam prorsus actionem correat debendi qui totum soluit competere aduersus correat nō socium pro soluti repetitione. Nam si neque mandati agere potest, neque negotiorum gestorum, neque de in rem verso, neque conditione vlla, neque directa aut vtili creditoris actione citra cessionem, an non omnino consequens est, nullam prorsus habeat? † Neque puto quisquam ex nostris interpretibus de eo dubitasset nisi tenebras omnibus offudisset, quod in l. 1. que aliàs 2. C. de duobus reis apertissime contra scriptum est his verbis, *Et idèd si probaueris te conuentum in solidum exsoluisse, rector prouinciæ inuare te aduersus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.* Fatebor ingenuè. Locus mihi suspectissimus est, neque dubito quin totus hic versiculum sit irreptitius, siue Triboniani, siue quod fortasse probabilius fuerit, socij cuiusdam interpretis esse velis. Nam

vt ea taceam quæ in superioribus ex vera rectaque iuris ratione differuimus, & illud præsertim quod correat qui totum soluit id ipsum soluit quod proprio debebat nomine, tametsi correat quoque liberet. Item quod soluenti correat remediũ cessionis necessarium esse dicitur, *in l. cum apparebit. 47. D. locat. & in l. rem hereditariam. 56. D. de euict.* † Me illud non parum mouet quod iam video totam legem primam illius tituli quæ Accursio & veteribus glossatoribus ignota fuit subdititiã esse nec nisi interpreti adscribi posse, eique non minus imperito quàm audaci, cum rectam sententiam nullam habeat, vt nouissime docuit Iacob. Cuiacius Obseruat. 5. cap. 35. † Sed illud magis vrget quod versiculum hic de quo disputamus nullo modo conuenit prioris legis sententiæ. Nam ex eo quod primum lex ait creditorem prohiberi non posse quominus debitum exigat à quo velit, cum duo sunt eiusdem pecuniæ rei promittendi, nō video quæ ratiocinatione inferre possis quod sequitur, & idèd si conuentus vnus solidum soluerit succurrendum ei aduersus correat. Quid enim hoc cum illo commune habet? Aut quid vetet solidum exigere posse creditorem à correat debendi, nec tamen vllam soluenti actionem saluam esse in correat? Finge ex correat eum qui nō soluit obligari ab initio vtiliter non potuisse, vt in l. duos 6. l. ex duob. 12. in princ. & §. 1. D. eo. de duob. reis. Vel cum ab initio vterque correat vtiliter acceptus esset, alterius tamen personam obligatione exemptam aut per deportationem, vt in l. vlt. eod. aut per confusionem, vt in l. Granianus. 71. D. de fideiuss. aut per sententiam iudicis, vt in l. 1. §. si apud duos. 43. D. de positi. Quis dixerit alterum correat idcirco liberari? Id enim negant Iureconsulti supradictis locis. † Atqui si recta est illatio ista & idèd vtique prorsus consequens esset, quandoquidem omnibus illis casibus euenit vt correat qui totum soluit nullo remedio succurri possit aduersus correat qui solutionis tempore iam erat liberatus. ex ratione posita, *in l. & ancillarum. 27. in fi. D. de pecu. quia nec liberare vllomodo ere alieno eum intelligitur. l. idem erit 14. vers. certe vbiunque. D. de instit. a. Etion.* † Sed & obseruandum est Authent. hoc ita, que statim sequitur, non posse ad posteriorem hanc legis partem accommodari, sed tantum ad priorem, vt non temerè suspicari liceat posteriorem quam nos irreptitiam esse contendimus in Irnerij libro defuisse. Nam verba illa *hoc ita* demonstrant satis, voluisse Irnerium accommodare suo more Nouellam Iustinianam ad id quod proximè & immediate præcedebat. † Postremò me illud omnium maximè mouet quod quisquis versiculum hunc supposuit cum nec sciret nec scire posset quanam actio correat aduersus correat competere deberet, non ausus est, neque verò potuit exprimere quamnam competere putaret, sed simpliciter & obscure ita loqui maluit, *rector prouinciæ inuare te non cunctabitur.* † An verò rector prouinciæ ex officio suo condemnabit correat nulla in illum proposita actione? Minimè. Neque enim potest quisquam condanari quin conueniatur, nec rursus conueniri sine actione, *l. si pupilli 6. §. videamus de negot. gest.* An autem ex officio suo & ex æquitate dabit vtilem actionem? Fateor non esse id nouum, eo demum casu quo ordinaria actio non competit, vt in specie *l. nam & Seruius 21. eod. l. quedam 9. in princ. D. de edend.* † Sed & scio, proposita actione competenti multa venire officio iudicis quæ iure actionis peti non possunt, *l. qui per collisionem 49. §. 1. de action. l. centum 8. de eo quod cert. lq.* At si actio nulla sit aut ordinaria aut extraordinaria vel subsidiaria, nego posse locum esse officio iudicis

mercenario, vt nostri vocant, id est quod subseruit actioni. Nobili fortasse locus esse possit, & ex eo interdum sequi condemnatio nulla quoque proposita actione, vt aliquid nostris largiamur: At non eo casu quo ius resistit & actionem nasci prohibet, *arg. l. obligationes. 27. de oblig. & action.* Id verò contingit cum quis suum reuera gessit negotium nec sibi alium obligare voluit. Tunc enim nec iuris nec æquitatis ratio patitur vt ex eo actu alius obligetur, ne videatur actus operari ultra intentionem agentis, quod ex vlt. nostri nostrorum brocardico fieri nunquam potest *l. non omnis 19. D. de reb. cred. l. 1. §. eum qui. D. de const. pecuni.* Nec rursus ignoro interdum contingere vt si quis suo tempore non petierit actiones sibi exhiberi, quarum exhibitionem petere poterat, id ei per iurisdictionem prædis prouinciæ ex interuallo quoque præstetur, vt in l. si res obligata 57. de legat. 1. Sed iam supra docui, cap. 10. longè aliam rationem esse fidei commissarij de quo agitur in *d. l. si res obligata & correat debendi,* quod pertinet ad impetrandam ex interuallo siue actionis iure siue officio iudicis actionum quæ cedi debuerunt exhibitionem. † Verum, inquires, An non iniquissimè sit totum onus debiti quod ob pecuniam mutuam communiter acceptam contractum est ad alterum solum pertinere? Ita sanè rudi & imperito cuiq; videatur. Nam & ob hanc causam Iustinianus Nouel. 99. de duob. reis. beneficium diuisionis inter correat ex p. lo fideiussorum introduxit, vt constat ex illis verbis, & non commune debitum proprium cuiusquam fieri onus. Quæ res suadere forsitan possit vt versiculum quem tollimus *ex l. 1. C. de duob. reis.* non tam interpretandū scribendum quis putet, quàm Triboniano, ad Iustiniani constitutionem vt facere solet respicienti: sed ita est, nihil dici potest Triboniano imperitius. Nam quod Iustinianus æquitate ista motus correat beneficium diuisionis concedendum putauit, ostendit manifestè ita ius esse, vt correat qui totum soluit nulla prorsus in correat actio dari debeat. Alioqui quid erat necesse beneficium diuisionis inducere ad hoc ne, vt ait cōstitutio, commune debitum proprium cuiusquam fieret si iam antè ad indemnitate consequendam actio aliqua aut etiam si voles officium iudicis competebat? † Neq; verò in fideiussoribus quoque aliam ob causam inductam esse credendum est vt habeant exceptionem diuisionis, quàm vt ei occurreretur iniquitati quæ singulos confideiussores ad totius debiti exsolutionem nulla indemnitate spe relicta obligabat. Ceterum quemadmodum non possis ex eo inferre confideiussorem qui totum soluerit siue diuisionis beneficium vltro omiserit siue qua ratione amiserit, indemnitate à confideiussore consequi debere, [*obstat enim l. vt fideiussori 39. D. de fideiuss.*] Ita neque potest æquitas illa facere vt correat debendi qui totum soluit aliquam aduersus correat habere debeat actionem. Nam ante Iustinianum iuris ratio prohibebat ne correi fideiussoribus comparari possent quod pertinebat ad beneficium diuisionis, quoniam non alieno, sicuti fideiussores, at proprio nomine singuli obligantur. Post Nouellam verò Iustiniani absurdum sanè fuerit hoc ipso meliorem facere conditionem correat quàm fideiussorum quod parem eam Iustinianus fecerit. † Nam vel inuito Iustiniano ea semper mansit iuris veteris ratio quæ suaderet succurrendum magis esse fideiussoribus quàm correat, quod remedio & auxilio digniores sint qui alieno nomine sunt obligati, quàm qui suo. Illud sanè vtriusque commune fuit iure vetere, ac etiamnum est vt nullam inuicem actionem habeant nisi quæ cessa sit

An pactum vnus ex correis crededi aut debendi profit noceatve alteri. Et de commendatione l. si vnus 27. D. de pact. & l. si duo 34. D. de recept. qui arbitr.

SVMARIA.

- 1 Pactum vnus correi debendi alteri correo socio in totum prodesse debere.
2 Modo pactum illud sit in rem, non in personam conceptum.
3 Factum vnus ex correis debendi, excepta culpa & dolo, ceteris correis etiam non sociis nocere:
4 Cur pactum vnus ex correis difficilius profit correo non socio, quam noceat?
5 In correis stipulandi meliorem esse occupantis & solutionem accipientis, conditionem.
6 Adeo vt si ex pluribus correis stipulandi vnus solutionem exigere ceperit, ne quidem aliis soluere debitor possit.
7 An communem obligationem vnus ex correis stipulandi infcio altero nonare possit?
8 Venuleij sententia, & rationes.
9 Neratium, Atlicium, Paulum & alios a Venuleio dissensisse.
10 Reuocatur Roberti emendatio ad l. si vnus ff. de pact. & Cuiacij ad principiu eiusdem legis interpretatio.
11 Nihil interesse correorum stipulandi vtrum correus nouationem donandi animo, an vero in rem suam fecerit: & cur hac distinctio admittatur in filio cui peculij administratio concessa est?
12 Compromissum ab vno ex correis siue debendi siue stipulandi factum ceteris non nocere nisi socij sint.
13 Emendatur l. si duo. 34. de recept. qui arbitr. & l. si vnus in princ. ff. de pact.

Pluribus constitutis correis debendi aut credendi eleganter quari solet an pactum factumve vnus alteri prodesse debeat vel nocere. Et quod ad correos quidem debendi pertinet, constat sane eatenus prodesse debere quatenus interest pacificetis leg. item in duobus 25 cum procedentibus. D. de pact. Interesse vero tum maxime videri si socij proponantur. l. Granus 71. de fideiuss. l. eandem 9. §. pen. de duob. reis. cum l. seq. cum quod ab vno exigetur, sit ille societatis iudicio pro parte a socio repetiturus, leg. 3. §. nunc de effectu. D. de liber. legat. l. in lege 62. D. ad leg. falcid. Ideoque correo socio prodesse pactum correi necesse est, non pro ea duntaxat parte quam a socio correo repetere possit, verum etiam in totum nequicquam repetat: Alioqui eueniret vt quantulumcunq; esset quod exigeretur a correo qui pactus non fuisset, id ille pro parte a correo esset repetiturus d. l. 3. §. nunc de effectu. Proinde partis consideratio facit vt pactum correi prodesse correo debeat in totum. Adhibita tamen semper distinctione illa an pactum in personam conceptum sit an in re. Nam cum mere in personam conceptum est, non magis prodesse debet correo quatumuis socio, quam si societas nulla interueniret. Et si enim hoc etiam casu pacificetis maxime interest propterea quod correo non eo minus regressum aduersus eum habiturus sit iudicio societatis. Tamen non tam utilitas debitoris hac parte intuenda est quam vtriusque pacificetis voluntas. Quemadmodum si cum debitor pactum personale factum sit de non petendo non potest ea res prodesse fideiussoribus, tamen si actionem habituri sint & repetitionem aduersus debitorem qui pactus fuit,

l. nisi

l. nisi hoc actum. 22. cum seqq. D. de pact. Semper enim & in omni conuentionum genere sequimur id quod actum est. Factum sane vnus ex correis debendi nocet ceteris etiam non sociis, l. penult. D. de duob. reis. l. vlt. D. eod. praterquam si agatur de mora per dolum vel culpam alterius contracta, suam enim vniciue culpam & multo magis dolum nocere æquum est, non etiam alteri, l. mora. 32. §. sed si duo. D. de usur. l. in condemnatione. 173. §. vniciueque de regul. nec distinguemus an correi socij sint necne, l. eandemque. §. pen. de duob. reis. Nam societas vniuersalis bonorum quidem omnium communicatione inducit, leg. 2. D. pro socio. sed culpam quæ sit vnus ex sociis non idcirco comunem facit, l. i. §. si apud duos. 43. D. deposit. & d. l. eandem. §. pen. in illis verbis. si communis culpa inuenerit de duob. reis. Quod si quis miretur quamobrem pactum vnus ex correis difficilius profit correo non socio quam noceat: Respondebo id fieri quia per liberam personam nihil nobis acquiri potest nisi quatenus interest pacificetis, l. licet. 15. D. de consti. pecun. l. si quis solutio. 24. §. vlt. de usur. l. i. in princ. quod vt in clam. stipulatio ista. 38. alteri de verb. oblig. Dices nec in potestate alterius esse debere conditionem meam deteriorate facere, l. i. §. vlt. & l. 2. D. quod vt aut clam. l. i. i. i. de negot. gest. l. ne in potestate. 26. de recept. qui arbitr. l. de p. p. l. 5. §. si plurimum de oper. noui. nunciat. Sed hæc non sunt similia Imputari namque potest correo qui nihil fecit cur hoc ipsum saltem fecerit quod cum alio impudentiore se obligauit: siquidem sciuit aut scire debuit, ex iuris ratione illam obligationis conditionem futuram vt sibi nocere posset factum correi, vt proinde quod ex facto correi damnus sentit ex propria culpa sentire videatur, §. pen. Inst. quib. mod. re com obligat. §. vlt. Inst. de societ. facit l. si Titius. 48. D. de fideiuss. In reis vero stipulandi sic comparatum est vt scientia vnus alteri noceat, l. item si. 7. alias. l. sed Iulianus. §. non solum. D. ad S. C. Maced. meliorque sit condicio occupantis, hoc est eius qui prior in iudicium rem deduxerit, l. 2. D. de duob. reis. l. si rem aliquam. 31. §. 1. de noua. aut solutionem acceperit adeoque debitum acceptum tulerit, d. l. si re. §. 1. de noua. l. & per insin. andum. 13. §. vlt. l. si ex plurib. 16. de acceptilat. Acceptilatio si quid solutioni comparatur, l. in diem. 5. eod. tit. l. non solum. 7. §. 1. de liber. legat. Idque adeo verum est vt si ex plurib. correis stipulandi vnus agere ceperit, ne quidem soluere aliis debitor possit, l. ex dub. 16. de duob. reis. ac si separatim singuli stipulati essent. Si illi non dederis mihi dare spondes. l. si Titius 9. de verb. oblig. aut ac si correo stipulandi solutionis tantum causa adiectus fuisset, leg. si quis stipulatus. 57. §. 1. de solut. licet in ceteris recta non sit correi & adiecti comparatio vt diximus cap. 116. ex l. si duo. 128. de verb. oblig. De illo certe dubitatum fuit inter iuris autores, an communem obligationem nouare vnus ex correis infcio altero possit. Nam Venuleius, in d. l. si rem aliquam. 31. §. 1. de noua. generaliter scribit, vnumquemque ex correis stipulandi perinde sibi adquisisse ac si solus stipulatus esset. Excepto eo, inquit, quod etiam facto eius cum quo commune est ius stipulationis, amittere debitorem potest. Ex quo infert ille, si vnus ab aliquo stipuletur nouatione quoque liberari eum ab altero posse, cum id specialiter agitur vt fiat nouatio. Præsertim quod eam stipulationem quæ nouationis causa sit solutioni similem esse existimemus, l. i. l. nouatione. 18. eod. Alioquin, ait, quid dicemus si vnus delegauerit creditori suo comunem debitorem, isque a debitore stipulatus fuerit? Aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi cum doti promiserit? His omnib. casib. putat ille de-

bitorem ab vtroque liberari. Pro qua sententia facit etiam iuris regula quæ habet eum cui recte soluitur etiam nouare posse, præterquam si quis solutionis causa adiectus proponatur, l. cui recte. 10. eod. tit. l. re. c. r. t. m. 10. §. vlt. cum il. seqq. D. de pac. Sed tamen aliud visum est Neratio Atlicino, Proculo & Labeoni, quos vt in questione dubia fieri solet, Paulus refert, & sequitur in l. si vnus. 27. in princ. eod. tit. Vt pactum vnus ex argentariis etiam sociis, itemque ex correis stipulandi, aliis non noceat, nec si in re pactus sit, adeoque nec nouare alius possit, quamuis ei recte soluatur: Quibus verbis potest summa Venulei ratione destruit. non enim cuiusque solui potest ei & nouare licet. Nam & his, inquit, qui in nostra potestate sunt recte soluitur quod crediderunt, nec tamen nouare obligationem possunt, non idro. 25. D. de noua. sicut nec is qui non nisi solutionis causa adiectus est, d. l. cui recte. Denique placet Paulo, illud tantum stipulanti permittendum esse vt solus possit solidum petere, item vt ei soli totum debitum solui possit. Itaque frustra laborat nostri in illis conciliandis quos vltro dissentisse a pertissimum est. Ridendūque, nescio an vltropadus magis Ioannes Robertus qui ubi. 1. Sem en. ca. 25 Paulo manus infert vt duobus locis reponat donat pro nouare. Nec felicior Iacob. Cuiacius qui Paulum intelligit de nouatione facta donandi animo, vel per pactum de non petendo: quod inquit, pactum non sit legitimus modus tollendæ obligationis, d. l. si vnus §. pactus ne petere. Quasi verò possit aut potuerit vnquam fieri nouatio per pactum, quam vtique constat non nisi per stipulationem fieri posse vnquamve potuisse, d. §. pactus. l. i. & pass. de noua. D. & C. Aut quasi quicquam inter sit correorum stipulandi, vtrum nouationem correo fecerit donandi animo, an vero in rem suam propriam vt in iis exemplis quæ Venuleius proponit. Quod autem distinctio hæc adhibetur in filio cui administratio peculij permilla est, l. vlt. D. de noua. alia rationem habet, quia plus iuris habet filius in peculio cuius liberatus est a patre administratione quæ habeat correo in communi obligatione. Omnino siquidem filio videtur permilla, nisi vt donet, quoniam donare perdere est, l. filius familias. 7. D. de donat. l. contra. 28. §. si filius. D. de pact. l. i. §. 1. D. qua res pign. oblig. poss. vbi scriptum est nec pignori dari pro alio posse a filio familias rem peculiarem, licet administrationem peculij liberam habeat, quod ea sit species quædam donationis licet pro se aut pro parte obligare eam possit adeoque alienare, l. si conuenit. 18. §. vlt. cum il. seq. D. de pign. act. Illud verò tam stipulandi aut potius credendi quàm debendi correis commune, est quod ab vno ex iis factum compromissum non aliter nocet ceteris quam si sint socij, l. si duo. 34. D. de recep. qui arbitr. Ideo fortasse quæ proxime accedat ea res ad culpam, ob idque nec procuratori constituto ad re petendam permittitur est de lite compromittere, sicut nec transigere, nisi aut speciale madata habeat aut generale cum libera administrandi potestate, l. procurator. 62. D. de proc. Ceterum obseruandum est quod meo iudicio apertissimum videtur, in d. l. si duo, erratum esse, legedumque nec a te petitur quod ego peto, vt recta sit & accommodata ratio ad id quod Paulus tractat. Apparet etiam ex eo loco mendum aliud subesse, in d. l. si vnus. 27. in princ. de pac. falsumque esse quod ibi ex eodem Paulo traditur de argentariis sociis. Nam proculdubio vnus ex argentariis sociis pactum nocet ceteris, d. l. si duo. itemque prodest, quomodo idem Paulus prædixerat in d. l. duob. 25. eod. tit. l. de pact. Quare nec dubito quin dictio illa Socij in textum irrepsit ex glossa imperiti alicuius interpretis non animaduertentis, posse plurium argentariorum nomina simul ire, & consequenter vni ex iis exactio-

M m

nem in solidum competere, licet non sint socij, dicitur l. si duo. Idque euidenti ex eo intelligitur, quod ibidem Paulus subiiciens idem in duobus reis stipulandi obtinet quod de argentiis dixerat, non loquitur de correis stipulandi sociis, nec ea actio socijs, quam nos in legis principio tollimus, ibi repetita est.

CAPVT XIX.

De correis testamento factis, itemque de sententia & emendatione l. eandem. 9.

l. si id quod in fin. de duob. reis. & veterum iuris autorum obseruata diffensio.

SVMARIA.

1. Quando plures correi sine credendi sine debendi fieri intelligantur?
2. Correos constitui non posse, si personarum aut rerum quae in obligationem deducuntur, qualitas aut conditio repugnet: ubi tria repugnantiae exempla afferuntur.
3. Triboniani manus notatur in l. si id quod. ff. de duob. reis.
4. Illam Triboniani additionem iuris rationi repugnare.
5. In specie d. l. si id quod Titium & Seium qui stipulati sunt decem aut fundum qui sit Titij, correos stipulandi non esse.
6. Quibus verbis correi debendi in testamento constituantur? ubi de sententia l. eandem, ff. eod. tit.
7. Reijcitur emendatio ad illa d. l. verba Titius & Mauius sempronio decem dato.
8. Alternatiuos credutores vel debitores correos constitui non posse.
9. Refutatur opinio Molinae existimantis correos difficultius fieri testamento quam contractu.
10. Pro qua parte singulos heredes conueniri oporteat quum correi testamento facti non sunt?

Vorum pluriūve correorum debendi credendive constitutio an hodie post Iustiniani Nouel. 99. eodem modo fiat quo fiebat olim, iam satis superq; disputauimus in superioribus cap. 4. † Illud tantum hinc repetendum est non aliter fieri plures correos siue debendi siue credendi quam si hoc agatur, l. 2. l. 3. §. ubi duo. l. duos reos. §. l. his verbis. 8. & pass. D. de duobus reis. Agi verò toties intelligendum est quoties aut ex conuentionis verbis, aut ex habito tractatu aliusve rerum argumentis constat creditorem plurium debitorum fidem in solidum secutum esse, vel debitorem pluribus creditoribus in solidum fidem suam obstrinxisse, l. eandem. 9. in princ. D. de duob. reis. l. 1. §. si apud duos. 43. D. de positi. l. creditor. 60. §. duob. mandat. l. si vt certo. 5. §. vlt. cum seqq. D. commod. l. cum apparebit. 47. D. locat. l. si ex duob. 13. de tutel. & rat. distrab. Alioqui non ex eo solo quod vel vnus pluribus vel vni plures nominatim promiserint correi constituti videbuntur, sed in viriles portiones obligationis executio diuiditur, l. reos. 12. §. cum tabulis de duob. reis. † Sed & illud praeterea requiritur ad correorū constitutionē, vti ne personarum aut rerū quae in obligationē deducuntur, qualitas aut cōditio repugnet, l. si id quod. 15. eo. tit. vbi tria huiusmodi repugnantiae exempla Caius ponit si vsufructus nomine qui vni relictus fuerat plures stipulatur: si dos promittatur marito & alteri qui maritus non sit: deniq; Titius & Seius stipulentur decem vel rem quae sit Titij. His. n. casibus idē non fiunt plures correi stipulandi quod in vtriusq; personae subsistere non possit obligatio propter naturam & qualitatem rei quae deducitur in stipulationem. Nā & vsufructus & dotis ius personale est, & rem suam stipulari nemo potest vulgar.

urib; † Quod cum ita sit non abs re quis miteretur, cur vltima legis sententia corrigatur finalibus iis verbis, Sed dicendum est, vt si decem alteri soluantur ab altero liberetur. Et hinc quoque videor mihi non obscure Tribonianum manum, & cerebrinam aequitate agnoscere, cum & parum eleganter contexta sit additio [debeatur enim scribere, Sed dicendum est liberari. nō quomodo scriptum est, vt liberetur] & omnino repugnet germanae iuris rationi. † Nam si in illa specie, cum Titius & Seius stipulati sunt decem aut fundum qui sit Titij, non sunt Titius & Seius duo correi stipulandi [nō esse verò fatendum est neque Tribonianus ipse negaret] fieri sanē non potest vt solutio vni facta liberet ab alio debitorem praesertim ipso iure. Saltēque debeatur potius subiici tuendū debitore exceptione doli si post solutionem vni factam ab alio urgeatur, vt in l. si stipulatus. 15. §. 1. de fideiuss. & aliis similibus. † Alioqui nec illud admittendum erit quod Papinianus scribit in d. l. eandem. 9. §. 1. Non fieri duos reos depositi si ex duobus penes quos res deposita sit vni remittatur culpa, non etiam alteri. Quo enim id obsecro pertinet, nisi vt sciamus vno ex ipsis liberato aliū nihilominus in obligatione remanere? Nā quis alius effectus esse potest illius quaestiois, an sint duo correi debendi, necne? At neque iuris ratio patitur vt diuidatur stipulatio ac in specie proposita Titius & Seius correi sint stipulandi quod ad decem attinet, non etiam quod ad eā rē quae iam sit Titij, vt propter adiectā Titij personam idem sit ac si sola decem in stipulatum deducta essent. Cur enim auferatur promissori electio quam sibi saluam esse voluit soluendi rē Titij, id est ei aestimationē si id malet? † In correis testamento constituendis idem iuris obtinet. Nā si vel à pluribus heredib; vel plurib; benē meritis personis legatum aut fideicommissum relictū fuerit, constat nō fieri plures reos debendi credendive nisi hoc ipsum testator voluerit, suamque voluntatem aut expresse rit aut non obscuris argumentis confirmauerit. Quae sententia est d. l. eandem in princ. vbi Papinianus scribit testamento fieri duos reos debendi si testator ita dixerit Titius & Mauius Sempronio decem dato. Nam verbum illud dato cum sit singularis numeri, vtrumque singulariter, hoc est singulos in solidum obligat: nec admittit contrariam interpretationem de legati debito in viriles diuidendo. Cui vtiq; locus fieret si ita scriptum proponeretur, Titius & Mauius Sempronio decem dato. Tunc enim singuli partes dare iussi viderentur. † Quod minus diligenter obseruatum fuit ab iis qui apud Papinianum legendum putant Titium aut Mauius Sempronio decem dato. Certū enim est correos debendi hoc modo fieri testamento non posse, quemadmodum nec duos reos collegatarios si ita scriptū sit, ille aut ille fundum habeto, l. si Titio aut Seio. 16. l. cum quidam. 24. de leg. 2. His enim speciebus nō solum vnum legatum est, sicut & cum illud aut illud legatum est, l. si illud aut illud. 27. eod. [quod vtiq; pluribus etiam constitutis correis, similiter contingeret l. 3. §. vbi de duob. reis] sed etiam ab alterutro duntaxat non ab vtroque herede, aut alterutri tantum, non itē vtrique legatario relictum videri debet. Si quidem in alternatiuis debitoribus non vterque debet sed alteruter, & in alternatiuis creditoribus non vtrique debetur, sed alterutri, quemadmodum & in debitis alternatiuis non vtrumque est in obligatione, sed alterutrum duntaxat l. plerumque. 11. §. vlt. de iur. dot. cum similibus. Id verò à constituendorum correorum ratione prorsus alienum est, quorum ea condicio est vt vterque in solidum obligationem in se suscipiat

piat aut sibi acquirat, d. l. 2. 3. & pass. de duob. reis. l. si duo. 128. de verborum obligat. Ideoque in h. si ex toto. 8. §. si ita scriptum de legat. 1. ita scriptum est, quasi si duo rei promittendi, &c. vt appareat in ea specie correos propriè non esse. † Neque leuior error est Caroli Molinaei qui ad l. in leg. 62. D. ad leg. falcid. scripsit difficultius fieri correos testamento quam contractu, nec in dubio praesumendum testatorem voluisse correos facere. Id enim absurdissime dicitur & cōtra Papiniani sententiam in d. l. eandem. Leges autem quibus ille nititur vt probet in dubio viriles partes deberi aut hereditarias, nec à singulis heredibus posse in solidum exigi [sunt verò penè innumeræ] ad eos casus pertinent quibus plures heredes generaliter onerati sint, non ad eum quem Papinianus tractat, cum vnusquisque in solidum oneratus est: Nimirum cum testator ita dixit, Titius & Mauius Sempronio decem dato. † Plane eo casu quo correi testamento facti non sunt, elegans quaestio est, Pro qua parte singulos heredes conueniri oporteat, id est, an in viriles, an in hereditarias. Papinianus enim magis probat deberi viriles in l. non nunquam. 24. D. ad Senatū consultum Trebell. quod & iam ante Papinianum Neratius senserat in l. si heredes. 124. de leg. 1. Ea fortassis ratione quod cum heredum personae siue omnes siue non omnes nominatae & enumeratae sunt, videantur heredes onerati non tam quasi heredes [quae res induceret diuisionem in partes hereditarias] quam quod nominati sint, proindeq; virilium portionum rationem haberi voluisse testator credendus sit. Paulus contra post Attilicinum Sabinū & Cassium magis esse putat vt inducantur hereditariae portiones omni casu, propterea quod hereditas ea sit quae heredes obligat, l. siue à certis. 17. D. de duob. reis. At Pomponio in l. turpia. 54. §. vlt. de leg. 1. media quadam sententia placuit, vt si non omnes heredum personae nominatae sint, viriles partes debeant qui nominati sunt, sin omnes, hereditarias: Itaq; ridiculi sunt, nostri qui tantopere laborant in istis male conciliandis, quos vltro dissentisse manifestissimum est, Pomponij tamen sententia vt media ita probabilior fortasse videri potest.

CAPVT XX.

Omissam exceptionem cedendarum actionum non magis quam exceptionem ordinis aut diuisionis locum facere condictioni. & de differentia correorum, fideiussorum & mandatorum. Ac emendatio l. 2. C. de fideiuss. tutor. l. penul. D. eod. l. vlt. C. de constit. pecun.

SVMARIA.

1. Quibus iuris locis & rationibus Molinaeus probauerit correos, qui cedendarum actionum exceptionem per iuris errorem omisit, condictionem competere.
2. In quo differat exceptio cedendarum actionum ab illa quae competit ad impensas deducendas, aut retinendam seruitutem.
3. Eum qui exceptione perpetua tutus soluit, indebiti condictionem habere.
4. Respondetur ad l. heres. 21. ff. ad S. C. Trebell. à Molinaeo obiectam.
5. Omissionem exceptionis cedendarum actionum non impedire quin ex solutione sequatur liberatio.
6. Retorquetur contra Molinaeum argumentum quo probare voluit correo qui totum soluit actionem ex intervallo cedi posse.

7. An exceptio non facta excussionis vel diuisionis ommissa condictioni locum faciat?
8. An si vnus ex pluribus fideiussoris heredibus totum soluat, condictioni indebiti sit locus?
9. Emendatur l. pen. de fideiuss. tut. & l. vlt. C. de constit. pecun.
10. Alia aequitatis ratione exceptionem diuisionis, alia condictionem in debiti inductam fuisse.
11. Fideiussores, qui beneficio diuisionis renuntiauerunt plures simul in solidum conueniri posse, ita tamen vt vno soluente ceteri liberentur.
12. Conuenio in solidum vno ex correis ceteros interea inquietari non debere.
13. Creditorem qui in vnum ex correis pro virili expertus parti solutionem accepit, contra alium postea in solidum agere non posse.
14. Aliud hac parte in fideiussoribus veteri iure obtinuisse.
15. Emendatur l. 2. C. de fideiussor. tut.
16. Cur olim creditori permissum non fuerit, vt reum & fideiussorem simul in solidum conueniret?
17. Aliam mandatoris, aliam fideiussoris esse rationem.

Sicut † cui cedendarum actionū exceptio competebat ommissa ea per errorem iuris [vix. n. est vt error factus in hanc speciem cadere possit] simpliciter soluerit, putant nostri perinde locum esse condictioni, ac si quod solutum est fuisset indebitum. Sic enim Molinaeus, ad l. Modestinus. 76. nu. 18. D. de solut. post glos. magnam à Bart. & ceteris probatam, ad l. cum is. D. de fideiuss. ex l. sed etsi me putem. 22. §. 1. & l. qui exceptionem. 40. §. si pars. D. de condit. indebit. l. heres. 21. D. ad S. C. Trebell. quibus locis datur conditio ei qui seruum praedium tradidit sine seruitute, aut domum sine deductione impensarum: itemque heredi qui non deducta falcidia totam hereditatem ex fideicommissio restituit quasi plus debito hi omnes soluerint, arg. l. si is cui. 45. de cond. indebit. Mihi contra videtur. † Neque enim dici potest ommissam exceptionem facere vt indebitum sit quod vera fuit debitū, cum exceptio talis est quae ius personae tantum respiciat nō etiam ius ipsum debiti, l. quod nomine. 8. cum trib. seqq. eo. tit. in quo sanē differt exceptio cedendarum actionum, de qua disputamus, ab illa quae competit ad impensas deducendas aut retinendam seruitutem, si quidem praedium quod tradi debuit seruitute retenta, si sine seruitute traditum sit indebitum fuisse videri potest. Adeo vis seruitutis rem ipsam afficit. Quid enim aliud sunt iura praediorum quam ipsa praedia qualiter se habentia? vt ait lex quae aliud de verborum signific. Quemadmodum & impensae in rem alienam factae si tales sint quas deduci equum sit, rem ipsam ita afficiunt vt ob eas retineri res quodammodo pignoris iure possit, licet reuera pignus nullum eo nomine contrahatur. † Proinde nec minus est condictioni locum esse si sine vlla impensarum deductione fundus traditus sit qui ex ea causa poterat retineri, quandoquidem exceptione doli tutus esse poterat is à quo fundus sine impensarum deductione petebatur, l. plane. 38. D. de hered. pet. Quae exceptio doli perpetua est, l. pure. 5. §. vlt. de dol. excep. qui autem exceptione perpetua tutus soluit, habet proculdubio indebiti condictionem, d. l. qui exceptionem. † Nec rursus simile est quod nostri obiciunt ex d. l. heres. 21. D. ad S. C. Trebell. Loquitur enim illa lex de eo qui cum posset falcidiam retinere totam hereditatem restituit per errorem facti, existimans fortè satis sibi pro quarta superfuturum, vt ostendunt verba illa, nec cauis sibi stipulatione proposita. Nam stipulatio, si plus quam per leg. falc. de qua textus ille sentit, tunc ne-

cessaria esse potest cum in facto incertum est an legi
falcidia locus futurus sit necne, *l. i. ill. tit.* Nos vero de
illo loquimur qui omisit exceptionem cedendarum
actionum, per errorem non facti, qui in hanc speciem
vix cadere potest vt prædiximus, sed iuris. † Quem
condicere nullomodo posse ex eo apparet euidentius,
quod non impedit ea omisso quin ex solutione se-
quatur liberatio, *ad l. Modestinus. 76. de solut. l. i. C. de
contr. indic. iudic. leg. cum alter. xi. Cod. de fideiuss.* Nam si
locus esset conditioni, vtique impediretur liberatio,
quemadmodum ex contrario secuta liberatio impe-
dit conditionem, *leg. si pœna. 1. §. 19. leg. si fideiuss. 59. de
condict. indebit. l. vltim. D. de tribut. actio. l. qui hominem.
34. §. vltim. l. cum quis. 38. §. 1. de solut. praterquam in
singulari casu, l. Neratius. 63. de condict. indeb.* quam nos
supr. lib. 2. explicauimus. † Atque ita fortissimè retor-
queri contra Molinæum potest argumentum quo ille
potissimè nititur, *ad dict. l. Modestinus, numer. 18.* vt
probet ei si soluerit cedi etiam ex interuallo actionem
posse. Quoniam, inquit, conditioni indebiti locus est
si actio non cedatur. Imò verò actio nulla superest
quæ cedi possit, cum solutione quæ sit liberatio,
ob idque nec competit condictio. † De exceptione nõ
factæ excussionis, an si omissa sit faciat locum condi-
ctioni eadem quæstio esse potest, sed minus dubia. Et
si enim non desunt qui putent locum facere post glo.
*ad d. l. si reus. 20. de condict. indeb. & Castrens. in d. l. si pœ-
na. 19. §. vltim. eod.* Bartolus tamen negat in *l. Iulianus
eodem titulo.* Et rectè. Neque enim exceptio illa ius
ipsum debiti respicit, sed personam eius qui conueni-
tur quam huius beneficij fauore dignam esse visum
est. Idemque, sed multò apercius obtinet si de exce-
ptione diuisionis quæretur. Nam cum non ipso iure
competat, sed beneficio epistolæ Hadriani, vt sæpius
monuimus, & ita si opponatur, consequens est, vt si v-
nus ex cofideiussoribus totum soluerit licet confidei-
ussor fuerit soluendo, repetere tamen non possit, vt e-
legantè Papinia. tractat in *l. si testamento. 49. §. prim. D.
de fideiuss.* † vbi addit quod magis mirū videri queat,
idem quoque admittendum esse in vno ex pluribus
fideiussoris vnus heredibus totum soluente. etsi e-
nim constat ipso iure & ex lege duodecim tabularum
diuidi obligationem inter coheredes, ea tamen diui-
sio quæ ex multiplicatis heredum personis inducitur
facere non potest vt indebitum videri debeat quod
in persona defuncti reuera fuit debitum, *leg. 2. §. ex his
de verborum obligationib.* nec quæ ratio æquitatem di-
uisionis inducit inter confideiussores aliâque similes
personas vt ei succurratur qui pro alio soluere cogi-
tur, potest etiam inducere conditionem indebiti. †
Fateor diuersam speciem actionis non excludere di-
uisionis æquitatem, *l. pen. D. de fideiuss. tuor.* Sic nam-
que eo loco legendum videtur, *si enim quod datur pro
alio soluitur, cur diuersa species actionis æquitatem diui-
sionis excludit?* Quò etiam pertinet, *l. vltim. Cod. de con-
stitur. pecun.* in qua nec dubito quin legendum sit ex
*d. l. penult. æquitatis enim rationem diuersa species actionis
excludere nullomodo debet.* Sed non possis similiter dice-
re, æquitatem diuisionis, species actionum diuersas
admittere debere, aut vt melius loquar cõditionem
inducere, quandoquidem condictio indebiti prorsus
distat ab exceptione diuisionis, neque cum ea quic-
quam commune habet. † Et licet vtraque summa ni-
tatur æquitate, alia tamè æquitas est quæ diuisionem
inducit, alia quæ cõditionem. Qui obiicit exceptio-
nem diuisionis, aut vt Papiniam verbis vtat, *in l. si plu-
res. §. de administr. qui periculi societatem excipit fa-*

tetur se etiamnum debitorem: Qui condicit, negat se
vnquam debuisse. † Inde fit vt si fideiussores benefi-
cio diuisionis renunciauerint, quod hodie passim fie-
ri assolet, plures simul in solidum conueniri possint,
exemplo correorum qui Iustinianæ Nouel. 99. bene-
ficium abiecerunt, itémque mandatorum de quibus
in *l. creditor. 60. §. duobus. D. manda.* Scilicet dummodo
protestetur creditor nolle se plus debito consequi, sed
vnica solutione contentum fore, arg. *l. i. §. quia autem.
D. quod legat.* Ad eò verum est à singulis debitum esse
quod ab omnibus in solidum exigi potest. Quin etsi
ea protestatio omissa sit, non eò minus sequi poterit
condemnatio, sed ita tamen vt vno soluente ceteri
quoque liberentur. Id ipsum enim officio iudicis con-
tinetur, & actioni tacitè inest, *l. & hæc distinctio. 35. §.
vltim. D. locat. l. in omnibus. 43. l. Stichum aut Pamphilu.
95. §. naturalis de solut.* Tametsi pluribus simpliciter
condemnatis qui in solidum singuli conuenti fuerant
non nisi pro virilibus ex iudicato conueniri quisque
possit, *l. i. & 2. C. si plur. vna senten. condemn. fuer. l. si mā-
datu Titij. 59. §. Paulus respondit vnum. D. mandat.* †
Observandum tamen est in eo disparem esse condi-
tionem correorum, confideiussorum & mandatorum
vt hoc corollarij loco subiiciamus, quò conuento in
solidum vno ex correis debendi ceteri interea non
sunt inquietandi, sed quæ in illos actio creditori com-
petit, in id tantum superest quod à conuento seruari
non potuerit: neque enim vnus electione alij libera-
tur, sed solutione duntaxat, *l. i. §. si apud duos. 47. depo-
sit. leg. si quis alicui. 27. §. vltim. mandat. leg. si mandauit.
13. D. de fideiuss. leg. si ex toto. 8. §. 1. de leg. 1. l. reos. 23. C. de
fideiuss.* Eaque sententia est, *l. si per imprudenciam. §. fi-
nal. de euict. leg. quoties. 47. §. si creditor de pecul.* nec hac
parte quicquam differt ius nouum à vetere. † Sanè
nemo dubitat, quin liberum sit creditori actione qua
in plures correos habet ita diuidere vt aduersus vnū-
quemque pro virili experiatur, *l. reos. 11. D. de duob. reos.
l. inter eos. 51. §. duo rei. D. de fideiuss.* q. si fecerit, subinde
pœnitere, & cõtra vnū ex iis in solidum agere postea
non potest. † In fideiussoribus equidem nouo iure i-
dem obtinet postquam Iustiniano placuit in *l. vltim.
C. de fideiuss.* vt vno ex fideiussoribus electo ceteri non
liberentur. Sed iure vetere aliter obseruabatur, sola
namque vnus ex fideiussoribus electione ceteri li-
berabantur, adeoque ipse debitor multoque magis
debitoris ipsius electione, fideiussores, *leg. si mandauit.
45. §. vltim. D. mand. Paulus. lib. 2. Sentent. titul. 17. §. vlt.
quod nos pluribus tractauimus, lib. 1. cap. 17. ad l. heres.
12. §. quod si stipulator. D. de fideiuss.* vbi ob hanc causam
legendum esse diximus, *æquè dicendum est fideiussorem
non manere obligatum.* Nisi quis vulgatæ lectiois
tuendæ gratia magis probet vt electio bonorum de-
bitoris non liberauerit personam fideiussoris, aut
contra, sed tantum electio personæ, quod nec
obscure innuere Papinianus videtur in *l. 3. de separat.*
itémque quod scriptum est in *l. cum quis. 38. §. de pecu-
lio. l. egisti. 84. de solut.* † Eodem pertinet, *l. 2. C. de fidei-
ussor. tunc* in cuius principio verba illa & soluente, pro-
culdubio sunt irreptitia, siue à Triboniano addita
putes, siue ab imperito aliquo interprete respiciente
ad Iustiniani constitutionem, in *dict. l. vltim. C. de fi-
deiuss.* potius quàm ad ius illud quod Alexandri, cuius
ea lex est, temporibus obtinebat. Inanem enim faciūt
& ridiculam illius loci sententiam: Quæ certè illa est,
sola rei electione liberari fideiussorem. Quantò ma-
gis igitur solutione per eum facta? Prius ita si sim-
pliciter acceptus sit fideiussor. Nam si vel indemni-
tatis nomine fideiussor, vel quod idem est, tē pupilli

saluam fore promiserit, vtique poterit etiam post con-
demnatum & exactum reum conueniri, in id nimi-
rum quod à reo seruari non potuerit. Certè exceptio
illa quæ ponitur in versicul. planè. non potest accom-
modari ad regulam conceptam de reo electo & sol-
uente, sed ad regulam de reo electo nec soluente. Et
tamen dici solet exceptionem de regula esse debere.
† Hinc etiam illud est quod placebat olim, non esse
permittendum creditori vt reum & fideiussorem si-
mul in solidum conueniret, *l. i. eod. titul.* Nempe quo-
niam ita ius erat vt alterutro in solidum electo alter
liberaretur, nisi fideiussor fuisset indemnitas vt di-
ximus aut iudicio fisti. Nam & hic lata duntaxat
sententia non etiam electione liberabatur, *l. i. vbi Ac-
curf. D. si ex noxal caus. agat.* cõstat sanè fideiussionem
huiusmodi non durare in executione sententiæ, *l. gre-
cè. §. & post litem D. de fideiuss.* vbi distinguit Vlpia-
nus an iudicati actionis nomine fideiussor acceptus
sit, an litis exercitationis vt hoc casu post sententiam
iuuandus sit exceptione, ille non item. Exceptione in-
quam, quia liberatio non contingit ipso iure, cum nõ
ad eum finem feratur sententia vt condemnati fidei-

ussor liberetur. Multò minus durabit fideiussio in
causa appellationis, argu. *l. cum apud Sempronium, vbi
Bart. iudic. ioui.* Sed etsi non sit lata sententia ac pet-
empta duntaxat instantia vt nouam inchoari necesse
sit, non tenebitur fideiussor quoniam alia instantia est
Gloss. in *l. penultim. Cod. de fideiuss.* † Mandatoris longè
alia ratio est. Nam si eum creditor ex mandato con-
uenerit, siue nondum condemnatio secuta sit, siue
condemnatus ille prouocauerit, ipse etiam debitor
conueniri & olim poterat & hodie potest, *dict. l. Sti-
chum. §. si mandatu de solut. dict. l. creditor. 60. in princip.
D. mandat.* quia nec soluente mandatore debitor ta-
men ipso iure liberatur, *leg. Papinianus. 23. eod.* vbi ra-
tio illa redditur, quia quod mandator soluit, proprio
nomine soluere intelligitur, ac propter mandatum
suum, potius quàm debitoris liberandi causa. Est au-
tem generale & perpetuum, quod nos in superiori-
bus monuimus sæpius vt quod quis suo proprio non
debitoris nomine soluit non liberet debitorem, *leg. si
quid possessor. 31. de hered. petit. l. si pœna. 9. §. 1. de conuict.
indeb. l. cum quis. 38. §. de pecul. in fin. leg. Paulus respondit.
101. de solut.*



NOBILISSIMO ET CLARIS-

SIMO VIRO FRATRIQUE

SVAVISSIMO FRANCISCO

DE SALES,

ANTONIUS FABER S. D.



*M A V I te, mi Salese, & pro eo sanè ac debui colui plurimum, prius etiam quàm
vel tu mihi de facie notus esses, vel ego tibi. Inuitatus nimirum, per motusque
sola percelebris tui nominis fama, & admiratione virtutis, qua nihil est, vt ego
quidem existimo, ad sociandas constringendisque hominum vel disiuict. Simo-
rum mentes efficacius. Postea verò quam per humanitatem tuam aditus mihi
ad amicitia tua sacra, & familiaritatis penetralia liber patuit, tantam sensi vo-
luntatis erga te mea factam accessionem, vt mirarer, puderetque non ita me iam
antè affectum fuisse, nullus vt accessioni locus relinqueretur. Sic enim quasi ea
quæ oculis cernuntur, mihi visus sum intueri, non solum quàm me amares, sed etiam quàm amari debe-
res ab ijs quoque quos nulla tibi neque necessitudinis, neque officiorum magnitudine deuinxisses. Nam
quis obsecro, nisi planè insulsus, nã ἀπρόσοδος, tam multa, tamque præclara ingenij tui decora & orna-
menta non suspiciat, amet, veneretur? Illud verò quam mirabile, nouumque in ista ætate, qua in inte-
grum restitutionis auxilium implorare adhuc posset, si quid fortè superioribus annis per inconsultam fa-
cilitatem peccasses, eam te sapientia, eruditionis, & eloquentia laudem assecutum, coniunctis Theologia
ac Iurisprudentia grauissimis dissimillimis que studijs, vt cum in vtraque scientia excellere te omnes vi-
deant, in vtra tamen excellas discernere nemo possit. Sed sunt ista sæcundi exculti que ingenij, potius
quàm recti animi dotes, quas licet non nisi per paucis datas*

—quos æquus amauit Iupiter,

*facilius tamen admirari, fortassis inuidere tibi etiam amici possent, quàm ob eas amare te ceteri, qui a-
liam amandi rationem non habent. Amo ego magis tuam illam probitatem, prudentiam, tēperantiam,
æquanimitatem, ceteraque id genus beati, optimèq; à natura & philosophia subornati animi bona, quæ in
alijs non nisi rarissimè singula, in te vno sic elucent vniuersa, vt neque male uolorum inuidorum ve ca-
lumnijs obscurari queant, neque non amari & coli ab omnibus, præterquam si qui essent tam male*

nati, ut virtutem ipsam odisse, summæ virtutis opus esse arbitrarentur: etsi hoc quoque ad felicitatem tuam accedit, quod tuis laudibus omnes, ut æquum est, fauent. Hinc illa singularis erga te propensio Serenissimi Ducis nostri, qui Senatoriam dignitatem quam plerique alij ambire tam anxie solent, tibi nuper nihil minus cogitanti vltro iam destinavit, confestim haud dubie collaturus, si plus apud te prudentissimi Principis iudicium, totiusque amplissimi ordinis nostri expectatio, ipsa denique ratio, quam modestia tua valuisset. Inde etiam quod aspernatus es hucusque verecundiore, quam par esset, cunctatione, ac nescio quo ætatis prætextu (quasi ætatis vitium, aut delictum illud sit, quod ante ætatem perfecte sapere didiceris) eximia ista virtutis insignia, ideo fortasse, quod eiusmodi pleraque non pauci etiam sine virtute sunt affecti. Hoc unum tibi ad veram gloriam satis esse ducens, quod tanti Principis, optimorum etiam & eruditissimorum omnium qui te norunt conspirantia studia iudiciique merueris, quæ sane virtus sola & assequi potuit, & promereri. Ego verò qui semper pluris faciendum credidi, si virtutum ac scientiarum præmia quis mereretur, quam si possideret, sic te amo & obseruo tanquam ijs quoque plenum honoribus, à quibus temperasti: nec quicquam est quod te malim esse quam Salesium, ut ea te prosequar observantia, quæ & sanctissimo Episcopo debetur, & grauissimo Senatori. Taceo, quam multas habeam proprias, planèque meas colendi tui causas, quas innumeris tuis in me beneficijs publicè priuatimque testatus vellem ego maximè, si per ingenioli mei tenuitatem liceret, publico etiam aliquo testimonio ingenuè profiteri, & instà constantique gratiarum actione sic complecti, ut non minus gratum me ac memorem, quam tibi deuinctum posses agnoscere. Neque rursus ignoro, quantum amori tuo vel ob id maximè debeam, quod dulcissimum fratris nomen inter nos commune ac familiare esse voluisti, ut quod unum honestissimo vtriusque desiderio negabatur, quoniam à natura impetrari non poterat, validioribus amicitia artibus extorqueremus: nec dubitare quisquam posset, quin verè fraternus esset amor, qui & abs te in me proficisceretur, & à me vicissim tibi redderetur. En igitur leuidentem tibi in eam rem manusculum ex promptuario Coniecturarum mearum, in quibus etsi scio nihil esse quod vel tuis meritis, vel cupiditati meæ, vel denique mutua necessitudinis nostra dignitati respondeat, omnia tamen consecutum me putabo, si efficere poterò ut hoc quantulocunque monumento arctissima coniunctionis nostræ memoria feliciter ad posterum præferatur: Non quòd usque adeò nihil blandiar ut ista sperem, vel conijciam aut aterna fore, aut longiores annos ferre posse, sed quia nihil est quod tam in optatis habeam, quam ut si quod nominis mei post cineres vestigium extabit, neminem tibi me amiciosem fuisse, aut amicitiam tuam pluris unquam fecisse omnes intelligant. Id pro incredibili tua erga me benevolentia æquè tibi optatissimum & iucundissimum ut esse cupio, ita fore spero & confido. Bene vale, frater suauissime, & me, ut facis, ama. Ex urbe Cambræ. 12. Cal.

Decembris 1595.

ANTO-



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO

Sabaudia: Senatu Præfidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber duodecimus.

CAPVT I.

Diuisio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obseruata Triboniani additio in l. inter eos. §. 1. D. de fideiuss.

SVMARIA.

1. *Vulgaris Doctorum distinctio in hac questione.*
2. *Reiecta distinctione probatur actionis diuisione ex partis petitione vel solutione nunquam præsumi, nisi solutio vel petitio ad partem eius qui soluit expressis disertisque verbis referatur.*
3. *Tribonianus obseruatur in d. l. inter eos. ff. de fidei.*
4. *Quam vim habeat vox conuenit Papiniano familiaris?*
5. *Soluta parte debiti ab vno ex confideiussoribus non inducendam idcirco debiti diuisionem.*
6. *Differentia inter beneficium diuisionis & actionis diuisionem.*
7. *Creditorem qui actionem aduersus fideiussorem diuisit posse usque ad litem contestationem peruenire.*
8. *Plus esse, confideiussorem aut correum pro sua parte & persona soluere vel conueniri, quam suo nomine soluere.*
9. *Facta diuisionis interpretationem non ex iure, sed ex coniectura volumatis creditoris sumendam esse.*
10. *Respondetur ad l. vlt. C. de fideiussor.*
11. *Actionis diuisionem non fieri per solam contestationem, siue singuli in solidum, siue nulla solidi aut partium mentione facta fideiussores conueniantur.*
12. *Quid agere debeat creditor qui partem petit vel accipit ab vno ex fideiussoribus, ne actionem diuisisse videatur?*



Vari solet ab interpretibus, An qui ab vno ex pluribus correis debendi aut confideiussoribus partem debiti extra iudicium solutam accepit, aut per iudicem ut solueretur petiit, actionem suam quam in solidum contra singulos paratam habebat, diuisisse credendus sit. † Et vulgò magis probata est illa distinctio quam tradunt nostri, ad leg. si creditores. 18. C. de pact. An pro parte tantum vnus ex pluribus iudicio contentus fuerit, an verò singuli pro partibus. Hoc enim posteriore casu non etiam priore factam videri diuisionem, ex l. liberum. 17. l. reos. 23. C. de fideiuss. in l. inter eos. §. 1. D. eod. Solutione verò extra iudicium facta siquidem beneficio diuisionis locus esse non poterat propter renunciationem aliamve causam, puta quòd ita concepta esset stipulatio, solidum aut partem virilem dari, ut in d. l. inter eos in princ. diuisam intelligi actionem, d. l. si creditores, præterquàm

si ex testamento debitum proponatur, l. si ex toto. §. 1. de leg. 1. l. ille aut ille. 25. de leg. 3. Sin autem diuisionis exceptio obiici poterat, elegisse potius quam diuisisse creditorem ex stimandum, d. §. 1. l. inter eos. † Mihi contra probabilius semper visum est, ut numquam actionis diuisio præsumatur ex partis solutione vel petitione, nec si suo nomine se soluere correus aut confideiussor dixerit, nisi solutio vel petitio ad partem eius qui soluit vel conuenitur, non tantum tacite fortassis ex soluta vel petita quantitate cum virili comparatione, sed expressim disertisque verbis referatur. Mouet me primum quod Pomponius ait, in d. l. si ex toto §. 1. sic ita scriptum sit, Lucius Titius heres meus aut Manius heres meus decem Scio dato, cum vtro velit Scium acturum, sed ita tamen ut si cum vno actum sit & solutum alter liberetur. Quasi, inquit, duo rei promittendi in solidum obligati fuissent: Sed etsi ab altero partem petierit, liberum ei esse ab alterutro reliquum petere: idemque fore etsi alter partem soluisset. Qui locus cum de legato loquatur, & quid in illo iuris sit constituat, ex comparatione obligationis correorum promittendi, an non apertissime subuertit nostrorum distinctionem, ex qua parte separant hæc in re vltimas voluntates à contractibus: Mouet me rursus, quod in d. l. inter eos. §. 1. Papinianus disertè scribit eum ex confideiussoribus, qui soluit partem pecuniæ debita non liberari quin possit de residuo conueniri, & quidem in solidum si cæteri confideiussores non sint soluendo, pro parte verò si sint soluendo. Subditque rationem perelegantem his verbis, *ex enim quantitate in eos qui soluendo sunt diuidi conuenit quam litem tempore singuli debent.* † Quod si ita est, ut est, Triboniani certe potius quam Papiniani erunt sequentia illa quæ interpretes nostros fefellerunt, *Sed humanius est & si alter sit soluendo litem contestationis tempore per exceptionem ei qui soluit succurri.* Nam non solùm præcedentem sententiam destruunt optima iuris ratione subiuxam, verum etiam ei repugnant euidentissimè. Sunt enim hæc prorsus contraria, Eum fideiussorem qui partem pecuniæ soluerit non debere solutionem residui recusare, aut in solidum aut pro parte secundum supra dictam distinctionem, & posse eum vti exceptione. Poterat quidem ita scribi, Actionem pro residuo superesse contra eum qui partem soluerit, sed iuuandum eum exceptione [Illud enim ad ius strictum, hoc ad æquitatem ipsam referretur.] At ut recusare ille non de-

beat residui solutione, quomodo Papinianus loquitur, & vt exceptione iuari debeat, contraria omnino & repugnancia sunt: in quo Papinianum prudentum omnium prudentissimum impigisse quis vnquam sibi persuadcat? † Accedit quod vsurpat verbum illud satis sibi familiare *conuenit*, quo significare solet non quod inter omnes constat, vt imperite quidam existimant, sed quod ille nō minus æquitati quàm iuri cōgruum arbitretur. Tribonianus contra humanitatis verbo passim abutitur quoties inhumanas & impias illas suas manus veterum prudentum scriptis infert. † Ceterum quamuis ea additio Tribonianea perinde legis vim habeat acsi esset Papiniana, non tamen inde possis colligere quod interpretes volunt, soluta parte debiti ab vno ex confideiussoribus inducendam idcirco debiti diuisionem. Aliud enim est competere fideiussori qui partem soluit beneficium diuisionis, quod Tribonianus voluit, aliud verò sola partis solutione diuidi actionem, quod illi affirmant, nos negamus. † Siquidem beneficium diuisionis hæcenus tantum nocet creditori vt residuum cogatur ab illis petere qui nihil soluerunt, sed ita tamen si sint soluendo tempore litis contestatæ non etiam si sint egeni & inopes. At diuisionis actio cum sit vsque adeo nocet creditori, vt quamuis ceteri soluendo non sint, nequeat tamen de residuo aduersus eum agere à quo partem debiti vel petiit vel accepit *dict. leg. liberum*, in illis verbis *petitionem diuisam redintegrari iuris ratio non patitur*. † Quod tamen ita videtur intelligendum si litem contestatus sit creditor. Nam vsque ad litis contestationem posse eum pœnitere qui actionem diuiserit probant non malè eiusdem contextus verba illa *antequam lis aduersus omnes fideiussores contestaretur*, item sequentia, *at nunc post litis contestationem*. Mouet me denique textus apertissimus *dicta leg. si creditores 18. Codic. de pact.* cuius tota ratio pendet ex iis verbis *pro sua persona soluentem*, vt illa ostendunt, *si probaueritis*, ne quis dubitare possit quin ita demum diuisisse debitum creditor videretur si partem peteret pro parte & persona debitoris conuenti, aut partem acciperet pro parte & persona debitoris soluentis. † Plus enim est confideiussorem aut correum pro sua parte & persona soluere vel conueniri, quàm suo nomine soluere, vt constat ex *dicta leg. inter eos §. primo*. vbi agitur de fideiussore qui soluit siue suo siue rei promittendi nomine, & tamen negat Papinianus, idcirco diuisam videri actionem, quæ sanè diuisa esset si pro sua parte aut persona fideiussor soluisset. *d.l. si creditores. lunct. d.l. si ex toto, §. 1. de leg. 1.* † Et iuris huius ratio aperta illa est quæ mouere interpretes debuit, quod factæ diuisionis interpretatio non ex iure sumitur, sed ex coniectura voluntatis creditoris, qui sicut cogi non poterat vt actionem diuideret ita nec diuidere voluisse facile credendus est, sed eo demum casu quo voluntatem suam aut expresse, aut non obscuris indicis declarauerit, quod tum cōtingit cum partem petiit vel accepit pro parte & persona conuenti vel soluentis debitoris. Illo enim casu diuisionis factæ interpretationem ea ratio inducit, quod si pro residuo vrgeretur qui iam pro parte & persona sua soluisset vel conuenisset esset, iam pro alio vrgeri videretur. Idcirco est quod ait *d. lex si creditores. ne alter pro altero exigatur*. † Nec ad hunc casum pertinet Iustiniani cōstitutio in *l. vlt. C. de fideiuss.* vbi cautum est, vt nō sola electione aut contestatione sicut antea fideiussor liberetur: Aliud enim est litem contestari, vel vnum ex fideiussoribus eligere, aliud verò actionem diuidere. † Non igitur per solam contestationem fiet diuisionem

siue singuli in solidum, siue nulla solidi aut partium mentione facta conueniantur: qui sensus est illorum verborum, *actione diuisa quidam post litem contestatam*, &c. apud Papinianum, in *d. leg. inter §. cum inter*. Quæuis enim dici solet in iudicio quasi contrahi *l. 3. §. idem scribit. de pecul.* non solet tamen qui petit litem que contestatur, suam conditionem ex eo facere deteriore. *l. aliam 29. D. de nouat.* Planè si ante litis cōtestationem facta sit diuisionem vt in *d. §. cum inter. hæcenus* nocebit secuta contestatio vt redintegrari petitio nō possit, ratione illa optima, quod in iudiciis quasi contrahatur. Eaq; sententia est *d. l. liberum. & d. §. cum inter*. † Illud vtique non improbo quod pragmatici suadent, vt protestetur creditor qui partem petit aut accipit nolle se actionem diuidere, vel ob hoc ipsum ne locus dubitationi relinquatur: Protestationis nimirum potestate que pristinum ius protestantis saluum tuetur. *l. Neseinius 34. de neg. gest. l. 1. §. sciendum. D. de tribu. act. l. pro herede 20. D. de acquir. hered.* Id enim est quod dici solet. ea quæ dubitationis tollendæ gratia ex abundantia adiciuntur ius commune non lædere. *l. que dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuum 56. D. mandat.*

CAPVT II.

An confessio pactumve cedentis noceat cessionario ad l. i. Cod. de oblig. & action. & l. cum maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.

SYMMARIA.

- 1 Cessione debitoris citra delegationem facta, actiones directas penes cedentem remanere, nec in cessionarium transferri posse.
- 2 An debitor, si cessionem sciuerit, cedenti soluere, aut cum eo pacisci possit?
- 3 Dato nomine in solutum & ex ea causa cessis actionibus directas & vtilis actiones cessionario competere.
- 4 Si cui pro alio soluenti mandata sint actiones in debitorem, ac postea mandator sine herede decesserit, illi mandatario vtilis actionem competere.
- 5 Refutatur Cuiacy interpretatio ad l. i. C. de obligat. & action.
- 6 Dictam legem de vtili actione, que cessionario contra debitorem competit, accipiendam esse.
- 7 Cur in eiusdem legis specie ex solo mandato directarum actionum non transferantur vtilis, siue vno mandatore, siue post eum mortuum relicto herede?
- 8 Mandatore sine herede mortuo directam actionem deficere, & vtilis mandatario ex æquitate dandam esse.
- 9 An illa vtilis actio mandatario competat, si mandator vel eius heres in rerum quidem natura sit, sed ob absentiam facile cedere non possit?
- 10 Creditor actiones quas aduersus debitorem habebat alij creditori suo solutionis tantum gratia mandante, cessionario directas tantum actiones ex persona cedentis competere.
- 11 Debitore qui cessionem quoquo modo sciuit cum cedente pacisci vel transigere non posse, quum cessionario vtilis actio ex contractu competit.
- 12 Excipe nisi cessio in solius cedentis commodum facta sit.
- 13 Diuersa hæc esse, fieri cessionem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo.
- 14 An possit cedens facere, ne possit debitorem cessum gratis liberare.
- 15 Explicatur §. vltim. l. cum maritus. ff. de pact. dotal.
- 16 Si cessionario directæ tantum actio competat, tam pactum quam confessionem cedentis cessionario nocere, licet

licet debitor cessionem sciuerit.

17 Quenam cessionis scientia cedenti vel debitori noceat? Cessione citra delegationem facta certum est non liberari debitorem quominus à cedente creditore conueniri possit *l. pupilla 96. §. foror de solut. l. si cum emptore 16. D. de pact. l. 3. C. de nouat.* Directis nimirum actionibus, quæ penes cedentem vel inuitum remanent, nec in cessionarium transferri vllomodo possunt. Adeo nostris adhærent ossibus vt interpretes loquuntur *d. l. 3. l. si heres 70. D. ad S. C. Trebell.* Inde fit vt cessus debitor cedenti soluere non prohibeatur si modò cessionem ignorauerit. *l. nomen 4. C. que res pign. oblig. poss.* Ergo & de debito pacisci vel transigere cum cedente poterit vt agenti quodocunque cessionario pacti exceptionem queat obicere. *l. vlt. D. de transact.* † Sed si cessionem debitor sciuerit priusquam solueret aut pacisceretur, multiplici distinctio e opus est. Primum enim refert valde, An datum sit nomen in solutum ex eaque causa cessæ actiones fuerint. An verò creditor creditori suo actiones quas aduersus proprium debitorem habebat solutionis tantum gratia mandauerit. † Priore casu competunt cessionario actiones non solum directæ ex persona cedentis, sed etiam vtilis ex propria. *l. vltim. C. quando, fisco. vel priuat. debui. sui debet. conuen. poss.* sicut & ei cui nomen venditum est, *dict. leg. si cum emptore 16. D. de pact. l. emptor 5. C. de hered. vel action. vendit. aut legatum l. ex legato 18. C. de legat. aut pignori datum, l. si conuenit 18. D. de pign. act. l. nomen 4. C. que res pign. oblig. poss.* Cui etiam is comparatur cui pignus nominis venditum est. Perinde namque vtilis actiones emptori huic competunt atque ipsi creditori cui nomen pignori datum fuerat, *l. postquam 7. l. ex nominis 8. C. de hered. vel action. vendit.* Idem est si debitoris nomen alicui in dotem datum sit, *l. 2. C. de oblig. & act.* † Aut si cui pro alio soluenti mandata sint actiones in debitorem, ac postea mandator sine herede decesserit, de quo agitur, in *l. i. C. eod.* Non tam quod emptoris loco hic habendus sit [ita enim fieret vt superstitite quoque mandato ore aut eius herede vtilis actiones habere deberet, quod tamen lex negat iis verbis, *quasi uia sunt*] quàm quia æquum non sit post extinctam sola iuris potestate directam actionem omni auxilio & remedio destitui eum, qui non aliter soluturus fuerat, quàm si mandatas haberet actiones quique diligenter sibi prospexerat. *arg. l. 3. D. de separat.* † In quo turpiter sanè lapsus est Cuiacius qui lib. 2. Obser. cap. 31. legem illam accipit de actione mandati competente aduersus mandatorem, Quasi sensus sit, mandatum quod in rem mandatarij factum est non finiri morte mandatoris *d. leg. illa 31. C. de donat.* tamen, inquit, mandator sine herede decesserit. Rogo enim, mortuo mandatore sine herede, contra quem potest competere vtilis illa quàm lex dat, mandati actio? † Est igitur omnino ea lex intelligenda de actione vtili contra debitorem ipsum data pro quo soluerat mulier creditori, & in quem creditor ipse actiones mandauerat mulieri non vt essent precij loco, quemadmodum Cuiacius existimat, sed vt lex ait, in vicem debiti, quod eo casu mulier quæ nomen emere poterat si voluisset, atq; ita vtilis quoque actiones sibi comparare, maluerat directarum actionum cessione contenta esse quas habebat creditor, sine qua cessione nullam ei solutio actionem ex persona creditoris dedisset *l. nulla 5. C. de solut.* † Porro cum ex solo mandato directarum actionum non transferantur vtilis, fieri certè nequeat, vt ex ea cessione vtilis vlla actio mulieri competat, sed directæ tantum siue agatur in iudicio mandato re, siue post eum mor-

tuum relicto herede. Nam ex persona heredis mandatoris perinde competere potest directa actio atque ex persona ipsius mandatoris, cum directæ quoque actiones sicut cetera defuncti iura omnino in heredem transeant. † At si mandator sine herede decesserit eo demum casu directa actio deficit & euanescit, nulla nimirum superstitite persona in qua possit consistere. *l. Strichum aut Pamphilum 95. D. in princip. de solut. l. postquam 5. in princip. D. vt legat. nomin. caueat.* Ob idque nimirum ex æquitate danda necessario est vtilis, quæ & aliàs competere solet quoties iuris ratio deficit quæ directam dare posset, vrgetque æquitas quæ aliquam dari suadeat. Neque enim potest mandataris directam exercere ex persona propria, sed agere illum necesse est ex persona alterius, qui porro nullus superest cum mandator sine herede decesserit. † Quare nec illud probo quod ad eam legem Baldus tradidit, non aliud iuris fore si mandator eiusve heres aliquis in rerum quidem natura sit, sed absens ita vt cedere facile non possit, *ex l. penult. D. ad S. C. Trebell.* Tractamus enim casum illum quo mandata sit soluti directa in debitorem actio, & quidem in ipso actu solutionis aut incontinenti, ne alioqui post solutionem nulla superstit actio quæ mandari queat, vt superiore libro disputauimus. Cum verò id factum est si per uacua sit decessio e quaestio, nec quicquam causa est cur creditoris presentiam requirat. Nisi proponas fortasse factam solutionem nullis mandatis actionibus, sed tantum precedente tractatu & pacto de iis mandandis [quod sufficit vt mandari quodocunque possint. *l. Modestinus 76. de solut.*] Subinde verò abiisse creditorem priusquam vllas mandaret & ab eo tempore ita abfuisse vt mandare nullas possit. Eo sanè casu Baldi sententiam non libenter admitterem. Sed ad rem. † Alia superioris distinctionis pars est, si quas actiones creditor aduersus debitorem habebat, eas alij suo creditori solutionis tantum gratia mandauerit, in qua specie dico nullas cessionario competere actiones vtilis, neque ex persona cedentis qui sc. directas tantum habuit cum quibus non possunt vtilis in eadem persona concurrere, *d. l. i. C. de oblig. & act. dict. l. 3. C. de nouat. dict. l. vltim. §. quando, fisco. vel priuat.* [directæ siquidem cum sint pleniores & principales tollunt vtilis tãquam accessorias & iniiores, argum. *l. si reus 13. D. de duob. reis. l. si duo 93. D. de solut.*] Neque ex persona propria, quoniam actiones tantum mandare non etiam nomen ipsum in alium transferre cedens voluit. *dict. l. prim. iunct. l. secund. C. de oblig. & action.* Illud igitur superest vt directas solummodò, & quidem ex persona cedentis exercere possit. † Ex superioribus autem infero, iis omnibus casibus quibus diximus vtilis actionem cessionario ex contractu competere, non esse permittendum debitori vt cum cedente paciscatur vel transigat, si cessionem sciuit, vnde cumque tandem sciuerit *d. l. vlt. D. de transact.* Ne alioqui actionem alteri contra se competentem factu suo perimere illi liceat, aut alterius conditionem facere deteriore contra receptissimas iuris regulas, *l. si seruum 91. §. nunc videamus. de verb. oblig. l. si partem 19. §. 1. quem. seruit. amit. l. facta 63. §. si heres. D. ad Senatus. consultum Trebell. leg. Titio centum 71. §. vlt. de condic. & demonstr.* alijque vulgaribus. † Vnus tantum casus excipiendus est, si cessio facta sit in solius commodum cedentis. Tunc enim quodlibet cedentis factum nocere cessionario æquum est, quia nec quicquã cessionarij interest, vt Paulus Castrensis tractat ad *dictum §. si heres.* Non idem erit si cessio facta sit ad commodum cessionarij licet periculo cedentis. Aliquatenu

enim cessionarij interest, tametsi soluendo sit qui cessit, ne alieno facto suum amittat debitorem. † Observandum autem est, longè hæc diuersa esse, fieri cessionem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo. Euenit enim plerumque vt cessio fiat commodo cedentis & periculo tamen cessionarij, & contra. † Caue etiam nate decipiat quod plerique iactant ex Baldo ad rubr. C. de reuoc. his que in fraud. credit. Non possit cedentem, in præiudicium debitoris cessi facere ne possit eum gratis liberare. Id enim omnino falsum est, vt constat ex dicta l. 3. C. de nouat. & dict. leg. si cum emptore 16. de pact. nisi ad eum casum restringatur, quod facta sit cessio non solum periculo cedentis, sed etiam ad eius solius utilitatem. † Quod tamen nonnulli vt Baldum resellant, obiciunt §. vltim. l. cum maritus 29. de pact. dotat. vereor ne parùm subtiliter faciant Nam quod eo loco responderetur, maritum qui vxoris suæ fratri dotem stipulanti in casum illum si in matrimonio soror decederet, sponderat, nõ eò minùs teneri quòd ipsi marito quasdam res mulier legauerat, non illam ratione habet quòd in illa specie donatum fuisset fratri inter viuos, vt putat Accurs. [Stipulatus enim fuerat frater in casum mortis] nec rursus, quòd non licuisset vxori ius fratris qui stipulatus fuerat lacerare: sed quia vxor marito legauerat, atque ita nõ fratrem à quo nihil legare potuerat, sed heredem suum onerauerat. Certum enim est iure vetere, nec à legatario, nec à donatario mortis causa, nec ab ipso debitore, nec ab alio denique quam ab herede legari potuisse, sed tantum fideicommissi, leg. secum. in fin. Cod. commun. de legat. Tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict. in princ. Idque est quod ait dictus §. vltim. cum etiam heredes defunctæ iam legataris quam libertatibus obnoxie sint. Ideoque si fideicommissi verbis vsa fuisset testatrix que fratrem stipulari donandi animo permiserat, valeret vtique fideicommissum, quod à mortis causa donatario relictum esset, l. Seia 11. D. de dot. præleg. Quod si mandante sorore frater stipulatus esset non quod ei donatum soror vellet, dicendum esset mandati actione sororis heredibus eum teneri & idcirco exceptione repellendum esse dict. leg. Seia. Et si enim dici solet non esse repellendum exceptione illum qui petit quod non ei à quo petit, sed alij restitutus est. leg. si fecer 44. §. Lucius. D. solut. matrimon. cum tamen frater sit debitor mulieris ex causa mandati, potest à marito extrò etiam conueniri ex fideicommissio post epistolam Diui Pij, de qua in leg. si pecunia 77. de legat. prim. leg. cum quis 37. §. nuptura in fin. de legat. 3. Illud sanè verum est quod notat Baldus, ad leg. secund. Cod. de hered. action. nec de dote mulierem testari posse quando alij applicata est dos vigore contractus, quem non reuocari eius interfit cuius lucro cedere dos debeat. † Enimuerò vt ad distinctionem nostram reuertamur, si cessionario utilis actio ex contractu nulla competat, sed tantum directa quæ mandata fuit solutionis causa, magis est vt tam pactum quam confessio cedentis noceat cessionario, tametsi cessionem debitor sciuerit adeoque ab ipso cessionario. Nam cum non nisi ex cedentis persona possit cessionarius hoc casu experiri, consequens est, vt ex qua persona agit, eius factum præstet, l. ex qua persona 149. de regul. iur. Probaturque hæc sententia manifestè ex dict. leg. 3. C. de noua. quæ ait posse cedentem agere & debitum exigere quandiu is cui solutionis gratia mandata sunt actiones, nec litem contestatus est, nec debitori denunciat, nec debiti partem accepit. Quomodo enim perueniri potest ad litem contestationem, quin saltem per libelli oblationem & editionem aliaque

preparatoria contestationis, debitor cessionem sciatur à cessionario? † Non igitur qualibet cessionis sciencia, quamuis ab ipso cessionario causam habeat nocet cedenti, aut debitori cum cedente contrahere volenti, sed ea demum quæ per litem contestationem superuenit. Nempe quoniam contestationis effectus ille est, non solum vt scienciam inducat cessionis, sed etiam vt eo tempore cessionarius cum debitore contrahere videatur, l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. Idem erit effectus denunciationis, si cessionarius debitori denunciat. Ita vulgò nostri sentiunt, idque innuere videtur textus d. l. 3. Sed aliud tamen probandum est, vt nos ad eam legem docebimus cap. 6. hic sumus longiores.

CAPVT III.

Solutionem factam cedenti etiam postquam debitor cessionem rescuit, dummodo nõ ab ipso cessionario, prodesse indistinctè debitori ne à cessionario conueniri possit.

SVMARIA.

- 1 Quo pertineat distinctio superiore capite allata?
- 2 Debitorem qui mandatas actiones aut cessionem nominis sui factam esse ignorans creditor cedenti bona fide soluit liberationem consequi.
- 3 Rationes facientes contra debitorem qui cessionem factam sciens alteri soluit quam cessionario, cui ex nominis cessione utilis actio quesita est.
- 4 Duplici ratione ostenditur solui non esse cedenti factam à debitore, qui à quouis alio quam cessionario cessionem sciuit, dicto debitori prodesse & liberationem parere.
- 5 Debitorem si cedens oblatam solutionem recuset, obligatione ac solutione liberari.
- 6 Debitorem, qui post factam à cessionario cessionis denunciationem creditor cedenti soluit, non vero creditori soluisse videri.
- 7 Meliorem esse conditionem debitoris cedenti soluentis, quam cum cedente transigentis.

Que † à nobis superiori capite allata probatq; est distinctio, An ex qua iusta causa cessum sit nomē debitoris vt cessionarius ex sua quoque persona utiles actiones habeat, an vero solutionis tantum gratia mandata sint actiones, ad eam quæstionem pertinet quam tractauimus, An confessio pactumve cedentis noceat cessionario. Sed hæc alia quæstio est, vtrum solutio facta cedenti per debitorem postquam rescuit cessionem, liberet debitorem faciaturque ne à cessionario conueniri possit. † Adde postquam rescuit cessionem. Nam si ignorauerit, nõ habet res dubitationem quin ex solutione bona fide facta proprio creditori, consecutus sit plenam, securamque liberationem. Idque omnino consequens est ei quod diximus proximè, posse fieri vt debitor sciuerit mandatas contra se à creditore suo actiones, adeoque id ipsum à mandatario sciuerit, neque tamen eò minus cum mandante pacisci possit aut transigere, sicut & ab eo conueniri, nisi quid aliud interuenerit ex iis quæ requiruntur, in l. 3. C. de nouat. Multò igitur magis admittendum sit posse eum creditori suo soluere atque ita consequi liberationem, si mandatas ignorans actiones, aut nominis sui cessionem factam esse, bona fide soluerit. † At cum rescuit priusquam solueret, plena disputationis est quæstio, an debeat liberari: præfertim eo casu quo ex nominis cessione utilis actio quesita sit cessionario. Illa enim ratio contra debitorem virget maximè, quòd ei impu-

imputari possit cur cessionem factam sciens alteri soluerit quam cessionario. Item quòd neque cedentis cui soluitur, neque debitoris soluentis facto ius quæsitum cessionario aufertur æquum sit, vt nos capite superiore disputauimus, hæc vna ratione defendentes nec pactum nec confessionem cedentis nocere debere cessionario, qui vtilem ex cessione habuit actionem. † Verius tamen esse puto vt siue nomen venditum vel in solutum datum, aut aliter translatum sit, siue mandata actiones, solutionis causa liberetur debitor, qui cedenti soluit etiam si cessionem sciuerit dummodo nõ ab ipso cessionario: idque esse quod scriptum est, in l. nomen 4. C. que res pignori oblig. poss. Si verba illa bene perpendas, nondum certior à te factus. Ratio duplex est, vna iuris, altera æquitatis. Iuris illa est, quòd negari non possit quin etiam post cessionem remaneat creditor is qui cessit, scilicet penes quem directa subsistat actio ex qua conuenire debitorem adhuc potest si cessio citra delegationem facta sit l. pupilli 96. §. soror de solut. leg. si cum emptore 16. D. de pact. leg. si heres 70. D. ad Senat. consultum Trebellian. Cur non ergo solutio vero creditor facta liberabit debitorem? Aut quomodo fieri potest vt solutione tollatur directa actio de quo nemo dubitat, quin utilis quoque perimatur? Titium enim est solutione omnem omnino tolli obligationem. Tit. quib. mod. tollit. oblig. Instit. l. in numerationibus 44. §. pass. de solut. Æquitatis etiã ratio illa subest, quòd quandiu debitor cessionem nesciit ab ipso cessionario, licet aliunde sciuerit, ignorare probabiliter potest an futurum sit vt cessione vt cessionarius quandoque velit, qui necdum vititur. † Neque verò hoc casu potest obici quòd nouatione aut confessione aut transfatione facta euenire diximus, fieri iniuriam cessionario ex facto cedentis. Nam licet factum ipsum interueniat cum solutionem accipit, tamen factum tale est, quòd etiam si non interueniret nihilominus acquiri posset debitori liberatio: cum ipso etiã cedente solutionem recusante perinde obligatione ac solutione debitor liberaretur. l. ob signatione 9. C. eod. de solut. l. acceptam 19. C. de vsur. l. qui muruam 56. §. fideiussor. D. mandat. Neque enim potest lex interdicare debitori ne soluat ei qui directa actione manet obligatus, ob idque denunciatione aut alio hominis facto opus est ad elidendam hac parte legis potestatem d. l. 3. C. de nouat. l. heres 21. ad Senat. consultum Trebell. l. aliud est 106. D. de solut. vt in dolo constituatur debitor si ei postea soluat quæ potuit opposita doli exceptione summouere. argum. l. si procurator 28. D. de procurat. l. si pecunia 77. de legat. 1. † Ex quo apparet quam facile responderi possit si quis obiciat. Etiam cum facta est denunciatio, adeoque secuta litem contestatio, manere tamen penes cedentem directas actiones, æquè ac si nec denunciatio nec contestatio vlla facta esset. Quam enim ita est, fiunt tamen directæ illæ actiones inutiles & inefficaces propter aquisitionem debitoris exceptionem doli aduersus cedentem, qui etiam post certioratum à te debitorem de facta cessione nihilominus pergat debitum ab eo petere. Et idè nec æquum est liberari debitorem qui cedenti mala fide soluit vt cessionario noceret, cui si soluisset perinde liberationem consequi potuisset. Fereque est vt nec vero creditori soluisse dicendus sit. Non enim verus creditor videri potest, qui si debitum petat, exceptionis summoueri queat. Vnde illud quoque fit vt si solutionem acceperit non minùs indebiti conditione teneatur, quam si ipso iure indebitum fuisset quòd solutum est. leg. qui exceptionem 40. D. de condit. indeb. cum similibus. † Igitur melior est condicio debito-

ris cedenti soluentis, quam cum cedente transigentis. Vel in hoc saltem quòd transigendi nocet si cessionem sciuerit, vnde cum tandem sciuerit quoties non venditum aut datum in solutum, aut aliter translatum est, l. vlt. D. de transact. Soluenti verò non nocet quòd cessionem sciuerit nisi ab ipso cessionario de ea certior factus sit d. l. nomen C. que res pignori oblig. poss. Simile quidam est, in l. Titio centum 11. §. vlt. de cond. & demonstr. vbi imputatur mulieri dotis solutio facta viro, licet vir iure non sit soluendo cum ei quoque legata dos esset, non tamen imputatur factum viri si is vitio suo causa ceciderit, sicut nec imputaretur meo iudicio si vir de dote transigisset. Distinctiones hæc nostri plerumque adferunt, sed omnes futiles & inanes, vt ex sequentibus intelligetur.

CAPVT IIII.

An & quibus casibus etiam post cessionem agere cedens possit, aut exceptione repellendus sit. Et emendatio. §. vlt. l. 27. D. de procurat.

SVMARIA.

- 1 Bartoli in hac quæstione distinctionem à Baldo reprehensam fuisse.
- 2 Cessionem cedentis simul & cessionarij gratia & periculo fieri interdum posse.
- 3 An debitor liberetur qui cedenti soluit cum cessio cessionarij periculo aut commodo facta est?
- 4 Bartoli ad hæc quæstionem distinctio reprobat.
- 5 Quando cedens, qui in præiudicium cessionis debitum exigit, doli exceptione à debitore summoueri possit?
- 6 Nullam alienationem magis fieri commodo & incommodo acquirentis quam eam que fit per hereditatis venditionem.
- 7 Respondetur ad l. in caut. 27. §. vlt. & l. seq. ff. de procurat. pro Bartoli distinctione allatam.
- 8 Interdum & citra cessionem domino ex facto procuratoris utilem actionem competere.
- 9 An in specie distarum legum utilis actio domino ex procuratoris cessione competat?
- 10 Verba illa d. l. 27. §. vltim. directa penitus tollenda, Triboniani, non iure consulti esse.
- 11 Directam actionem que procuratori quesita fuerat in specie d. l. 27. non penitus tolli.
- 12 Aliud esse elidi actionem, aliud tolli.
- 13 Procuratorem ex stipulatu inuito vel ignorante domino agentem etiam citra cessionem repellere, licet directa actio penes eum remaneat.
- 14 Creditorem cedentem actionem directam, eam inuito cessionario exercere posse, si cessionarius debitorem de cessione certior non fecerit.
- 15 Aliud obtinere si ab alio quam ab ipso cessionario cessionis scienciam debitor habuerit?
- 16 Cessionarium in agendo cum cedente concurrentem, cedenti præferri.
- 17 Nominis pignori dato creditorem, qui dedit solutionem & exigere & accipere posse quandiu creditor de huiusmodi pignoris obligatione certior factus non est.
- 18 Respondetur ad ultimam rationem pro Bartoli sententia allatam.
- 19 Aliam esse rationem venditæ hereditatis, aliam restitutæ.
- 20 Differentia inter exceptionem restitutæ & exceptionem venditæ hereditatis.
- 21 Cessione facta commodo solius cedentis, debitorem, etiam si cessionem à cessionario sciuerit, cedenti remanere soluere posse.

22 An dictus debitor, si malit, possit cessionario solvere à quo certioratus est.

23 Quid iuris, si pactum inter debitorem & cessionarium interuenit?

- 1 **V**ulgaris est Bartoli distinctio ab interpretibus nostris crebriore calculo comprobata ad l. facta 63. §. si heres scriptus. D. ad S. C. Trebell. Vtrum cessio facta sit ad commodum periculoque solius cedentis, an verò commodo & periculo solius cessionarij, Vt priore casu solui etiam post cessionem cedenti possit, nocereque cessionario factum quodlibet cedentis, Posteriore non item. Baldus verò ad l. i. C. de oblig. & action. hanc eandem quaestionem tractans rectè notat mancam esse & imperfectam Bartoli distinctionem, 2 propterea quòd fieri possit cessio non tantum gratia & periculo cedentis, ut in l. item si res. §. Pedius alias l. non solui D. de alien. iud. mut. caus. fact. aut solius cessionarij, ut in d. §. si heres scriptus, sed etiam interdum gratia vtriusque, puta, si conuenierit ut quod exiget creditor meus à meo debitore sibi in solutum imputet, ex qua causa constat huiusmodi cessiones ut plurimum fieri solere, l. si conuenierit 20. D. de pign. act. aut ut in dotem habeat, l. si pater filia 44. §. qua debitorum D. de iur. dot. 3 Quo casu quid sentiendum sit Bartolus non aperit. quanquam non obscure conici potest sic eum existimasse, ut quoties cessionarij commodum aut periculum versatur nihil in eius prauiudicium facere cedens possit. Idem verò Baldus, distinguendos esse ait tres casus, quorum duo, inquit, sunt indubitabiles, tertius solus dubitabilis. Indubitabilem illum esse si debitor cedenti soluerit, ignorans cessionem. Tunc enim omnimodo liberari, leg. ult. D. de transact. Item illum si soluerit sciens cessionem, & iura directa quae penes cedentem manerant sint elisa. Eo si quidem casu non liberari arg. d. l. ult. à contrario sensu. Tertium dubitabilem hunc esse, si cum elisa non essent iura directa debitor soluerit scienter sunt enim qui hoc casu existiment liberationem non contingere, post glos. in d. l. ult. Alij contra, secuti glos. in leg. nomen 4. C. quae res pignori oblig. poss. quae vult non aliter impediri liberationem, quam si aut litis contestatio aut cessionarij denunciatio, aut debiti sine in totum siue pro parte perceptio secuta sit ex l. 3. C. de nouat. Vtra autem opinio verior sit Baldus non aperit. Adeo sibi visus est parum hoc scire, qui dicitur nihil ignorasse. 4 Ego verò ut distinctionem probare non possim ex eo mouere, quòd etiam cum facta est cessio ad commodum solius cessionarij eiusque periculo, directae tamen actiones non eò minus remaneant penes cedentem, d. l. ult. D. de transact. l. si cum emptore. 16. de pact. l. ult. C. quando si se vel priuati. l. pupilli 96. §. uxor de solut. ob idque ex cedentis quoque persona agere cessionarij potest d. l. ult. l. postquam l. emptor. C. de hered. vel act. uedit. Quidni ergo ei solui poterit, nisi ab ipso cessionario debitor sciuerit factam esse cessionem? ut proximo capite disputauimus. Nec enim repelli potest cedens quasi sine actione experiat, l. si pupilli 6. §. videamus de neg. gest. quando quidem, ut praedixi, directam habet, eamque talem quae non solum stricto iure competat, sed ita etiam ut nulla exceptione possit excludi: praeterquam vno illo casu si cum cessionario pactus sit debitor priusquam cedens directam experceret. 5 Tunc enim submouendus est cedens exceptione doli si debitorem priuare velit comodo pacti cum eo initi, cui ab ipso cedente ius paciscendi, adeoque debiti exigendi datum est, d. leg. si cum emptore. Quia cum ait posse venditorem repelli exceptione doli, ob pactum per debitorem conuentum cum em-

ptore hereditatis, hoc ipso probat euidenter. Nullo igitur pacto intercedente non ex eo solo repelli potest venditorem si egat quòd iura sua in emptorem transfererit, quamuis emptor habeat ex propria persona vtilem actionem. Alioqui & citra pactum doli exceptio prodesset aut actio denegaretur, arg. l. sed si animum 13. D. de pact. l. sicut 8. §. si procurator. D. quib. mod. pign. vel hypot. soluit. 6 Nec dici potest quòd quidam tentant ea ratione id fieri quòd venditae hereditatis periculum aliquo modo spectet ad venditorem, ideò, inquit, quòd teneatur docere se heredem, adeoque interdum de euietione rerum singularum secundum Accurs. in l. i. verb. in singulis C. de euiet. & in l. 2. in princip. in verb. de euietione D. de hered. vel act. vendit. Nam imò verò si qua alienatio vsquam sit periculo & commodo incommodove acquirantis, ea sane est quae fit per hereditatis venditionem, nisi venditoris dolus aliquis arguatur d. l. i. C. de euiet. d. l. 2. & pass. de hered. vel act. vendit. D. & c. In eòque iam olim Baldus errauit, ad d. l. i. C. de oblig. & act. à Castrèsi merito notatus ad d. §. si heres scriptus dict. l. facta 63. D. ad S. C. Trebell. vbi paulò ante finem scribit ille, Vendita hereditate cessisique ex ea causa actionibus censi factam cessionem in commodum, non vtriusque ut Baldus putabat, sed solius emptoris, ut pote penes quem res ipsa vendita remaneat, quamuis & precium ad venditorem perueniat & mutua ex contractu obligatio nascatur. 7 Minus verò ad rem facit l. in causa 27. §. vlt. & l. seq. D. de procurat. quibus locis mouetur Bartolus, & quotquot Bartoli distinctionem sequuntur. Tractant enim de actione directa ab initio quaesita procuratori tanquam procuratori, hoc est alienum negotium gerenti. Quae vel hoc ipso minus efficacè esse necesse est, quòd procurator ea cedere cogitur iudicio mandati, leg. possessio 49. §. vlt. D. de acquir. poss. 8 Item quòd & citra cessionem competit interdum domino ex facto procuratoris utilis actio, ut puta si fuerit praesens, l. si procuratori 79. de verb. obl. & si ex re domini stipulatus sit procurator mandato non refragante, l. quod procurator 68. D. de procurat. Vtrumque enim coniunctim requirit Cuiacius ad d. l. 79. [verène an non alio loco videbimus. Rursum in omnibus praetoriis stipulationibus, causa tamen cognita, l. in omnibus 5. de praetor. stipulat. de quibus nimirum tractatur in d. §. vlt. l. 27. & l. 28. de procurat. 9 Ac proinde nimis incauti sunt, ne dicam ridiculi, qui scribunt competere iis locis vtilem actionem domino ex cessione, arg. d. l. 49. §. vltim. de acquir. poss. Quasi verò fieri possit ut vtilis actio cedatur à procuratore qui non nisi directam habet. Quinimò supra dictis locis scriptum est dādā domino vtilem actionem etiam inuito procuratore, adeoque quòd magis mirandum sit, directam quae ipsi procuratori competit penitus tollendam. 10 Quamquam si quis dixerit Triboniani esse non Iureconsulti verba illa directa penitus tollenda, adeoque penitus tollenda, is meo iudicio, id quòd est dixerit. Nam ut taceam quòd aliàs à me obseruatum memini istorum ablatiuorum absolutorum vsus Triboniano magis quam prudentibus nostris familiare esse, 11 quero quomodo fieri possit ut directa illa actio quae procuratori haud dubiè fuit quaesita tollatur penitus, si verum est quòd ait, d. l. 49. §. vlt. de acq. poss. cedi eam à procuratore debere? An cedi poterit quae aut sublata iam sit, aut tollenda? Deinde an non illud quoque omnino repugnat quòd scriptum est in d. l. 28. posse procuratorem agere inuito domino summo iure, ob idque necessariam esse ad eum repellendum doli exceptionem. Quae enim ratione liceat procuratori agere qui directam duntaxat actionem habuit,

- 12 **b**uit, si directa illa penitus tollenda est? aut cur necessaria sit exceptio ad elidendam actionem quae iam sit sublata? 13 Aliud siquidem est actionem elidi, aliud tolli. Eliditur enim illa demum, quae competit & subsistit. Denique nec fieri potest ut semel nata actio vquam tollatur, nisi iis modis quibus obligationes iure tolli posse placuit, cum dicatur velut infixae ossibus, ut nostri loquuntur, ex l. quis ergo 26. D. de pecul. l. 2. D. pro socio. 14 Sed quoniam directae illius actionis quae procuratori competit totum commodum peruenire ad dominum necesse est, ut effectu ipso solius domini actio esse videatur, parum fuit Triboniano iniuriam Iureconsulto iurisque rationi facere, dummodò non faceret procuratori, ut vt sit non probat textus, d. l. 28. de procurat. eum qui post cessionem agat repelli posse exceptione cessionis à se factae. Ibi enim procurator repellitur etiam citra cessionem. Repellitur autem non solum si agat inuito domino ut malè quidam supplet, sed et si eo ignorante, omni denique casu praeterquam si domino consentiente: Nempe quòd nec in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus sit, sed tantum ad stipulandum. Quòd Vlpianus probat eius quoque procuratoris exemplo qui agit iudicati. 15 Nam & hic exceptione repellendus est. 16 At longè alia ratio est creditoris cedentis actionem directam quam sibi ab initio quaesitam habuit. Hic enim eandem sibi nihilominus actionem retinet, cum ex eius quoque persona possit cessionarius ipse agere eamque proponere potest vel inuito cessionario: dummodo nondum cessionarius ipse debitorem de facta cessione fecerit certiorum. Sufficit namque scientia illa ad cedentem summouendum, d. l. nomen, tametsi nec litis contestatio, nec denunciatio non soluendi, nec denique partis debiti perceptio subssecuta sit ut infra docebimus, cum nouam interpretationem l. 3. C. de nouat. quae obtare videtur adferemus. 17 Non idem erit si ab alio quam ab ipso cessionario scientiam cessionis habuerit debitor. Nec enim idcirco prohibetur cedenti solvere, pacisci tamen aut transigere, ut supra diximus prohibebitur, d. l. si cum emptore 16. de pact. Iurè d. l. vlt. de transact. Ita fiet ut in debitoris arbitrio futurum sit vtri velit solvere, cedentem an cessionario, non etiam cum vtro pacisci velit aut transigere. 18 Planè si cum cedente in agendo concurrat cessionarius, non est dubitandum quin cessionarius praferatur. Et hoc nimirum est quòd Paulus scribit in l. si conuenierit 18. de pignori act. Si conuenierit ut nomen debitoris mei tibi sit pignori, ita tuendam esse à Praetore conuentionem ut & te in exigenda pecunia, & debitorem aduersus me tueatur si cum eo experiat, eodem scilicet tempore quo tu ab eo pecuniam exigis. 19 Alioqui constat nomine pignori dato posse creditorem qui dedit & exigere solutionem, & multò magis accipere quandiu debitor, cuius nomen pignori datum fuit, certior factus non est à creditore sui creditoris de huiusmodi pignoris obligatione, d. l. nomen 4. C. quae res pignori oblig. poss. Quòd etiam pertinet quòd Vlpianus scribit, in d. l. 28. & l. procuratores 55. de procurat. Procuratori in rem suam dato praferendum non esse dominum in litem mouendam, vel pecuniam accipiendam. Qui enim, inquit, suo nomine vtilis actiones habet ritè eas intedit, nec propria lite carere debet. l. quae omnia 25. versicul. planè si discat eod. l. si se non obrulit 4. de re iudic. l. 1. §. in propria causa D. quando appell. sit. Quin et si is qui directas tantum actiones habebat egerit & obtinuerit, tum in executione iudicati concurrat is qui habet vtilis, hic praferetur, ut nostri tractant ad d. l. 3. C. de nouat. Sic & olim concurr-

rentibus dominis bonitario, ut veteres dicebant, & Quiritiario, potior erat bonitarij quam Quiritarij causa, ut Vlpianus docet in fragm. Instit. 18 Obiicitur postremo loco pro Bartoli sententia quòd scriptum in l. ut a tamen 27. §. qui ex Trebelliano. D. ad Senatusconsultum Trebellianum. repelli posse heredem exceptione restitutae hereditatis, si post restitutionem à se ex Trebelliano factam agat contra debitorem hereditarium. 19 Sed respondendum est aliam rationem esse veditae hereditatis, aliam restitutae, quoniam quòd ad fideicommissariae hereditatis restitutionem attinet, Senatusconsulti autoritate specialiter prouisum est & heredis indemnitati ne adeunda. hereditatis periculo de hereditate adire reculareret, & fideicommissarij vtilitati, ut cuius periculo adiretur hereditas solus is actiones hereditarias vtiliter exercere possit, l. primo §. primo & §. quamquam iurè l. 4. cod. tituli. At hereditate vendita alicuius facta cessione licet in commodum solius cessionarij nulla lege prouisum est ne liceat cedenti etiam post cessionem agere contra debitorem, quia nec fuit necesse, cum iis qui contraxerunt indemnitas ex ipso contractu salua esse possit, aut si minus imputare sibi debeant cur melius sibi non prospexerint. 20 Indèque illud etiam fieri videtur ut restitutae hereditatis exceptio sicut heredi nocet si agat, ita eidem profit si à debitoribus hereditariis conueniatur dict. §. qui ex Trebelliano. Exceptio autem venditae hereditatis non profit venditori si à creditoribus hereditariis vrgeatur, l. 2. C. de hered. vel act. vend. Non enim nisi volens emptor iis respondere cogitur, tametsi ex natura contractus venditorem indemnificum seruare teneatur, l. 2. C. de pact. Concludamus igitur contra Bartolum aliam causam esse fideicommissarij, aliam cessionarij cuiuslibet etiam cuius solius commodo & periculo cessio facta sit, nec vlla exceptione repelli cedentem posse si aduersus debitorem agat, nisi cessionarius aut cum debitore pactus fuerit, d. l. si cum emptore, aut debitor de suo iure certiorauerit, d. l. 4. C. quae res pignori quo vno casu tres illi continentur de quibus in d. l. 2. C. de nouat. Idemque profus iuris est si cessio in vtriusque tam cedentis quam cessionarij gratiam facta proponatur. 21 Sed si ad commodum periculoque solius cedentis facta sit, quòd contingit quoties quicquid exigitur in cedentis vertitur vtilitate, d. l. i. in propria causa. D. quando appell. sit. minor quidem dubitatio est quin cedenti solvere debitor possit, etiam si cessionem sciuerit ab ipso cessionario cuius scilicet nihil interest. 22 Sed quaestio est potest si malit solvere cessionario à quo certioratus est, cedentique obiicere exceptionem doli, an audiendus sit, maxime verò si pactum cum cessionario fecerit. Verius tamen est non posse prohiberi cedentem cuius commodo & periculo cessio facta est quominus iure suo vtatur, nec si cessionarius quoque contradicat, cuius etiam nil interest. 23 Sed si pactum inter debitorem & cessionarium interuenierit, quoniam vtriusque iam interesse incipit ut pactum quòd bona fide conuentum est seruetur, non puto dubitandum quin vtilis futura sit debitori contra cedentem doli exceptio. Eadem enim hic militat ratio qua Vlpianus mouetur in dicta leg. si cum emptore, illis verbis, ex quo rescriptum est à Diuo Pio vtilis actiones emptori hereditatis dandas. Non adfert rationem illam quòd cessio facta per venditionem hereditatis solius emptoris commodo & periculo cederet, sed quòd ex rescripto Diui Pij emptor vtilis actiones haberet. Atqui fieri facile potest, ut actiones vtilis emptor habeat, nec tamen eius periculo facta venditio sit, ut puta

conuenit ut nominum hereditarium rerumque singularum periculum spectet ad venditorem. Eiusmodi namque conuentionem valere seruandamque esse certum est, neque tamen minus competituras emptori viles actiones. Ergo nocet omnimodo cedenti pactum initum cum cessionario, si modo viles sua persona actiones cessionarius habuit.

CAPVT V.

Reprobantur alia nostrorum distinctiones & interpretationes ad § si heres scriptus. l. facta. 63. D. ad S. C. Trebel. & ad §. quod si is. l. 4. de dol. mal. except.

SVM MARIA.

1. *Reprobatur Pauli Castrensis distinctio, an sponte cessio facta sit, an ex necessitate.*
2. *Non semper per cessionem ex necessitate factam elidi prorsus & inutilia fieri omnia iura quae erant penes cedentem.*
3. *Cur in specie d. §. si heres scriptus, restituta per heredem scriptum hereditate, si postea ille hereditatis controuersiam passus, victus sit aut lite cesserit, ducent tamen actiones in fideicommissarium semel translatae?*
4. *Sententiam quae ante restitutionem lata sit aduersus heredem colludentem, non nocere fideicommissario, nocere autem si collusio nulla probetur.*
5. *Procuratorem, qui actionem sibi alieno nomine mandata domino cedere cogitur, directam tamen actionem retinere.*
6. *Cedentem qui nominis viles habebat actiones nihil posse in praesudicium cessionarij facere.*
7. *Reijcitur alia Molinaz distinctio.*
8. *Cessione ad commodum cessionarij facta, cedentem si ex directa actione quam penes se retinet solutionem debiti fuerit consecutus, totum id cogendum cessionario reddere.*
9. *Cessione facta cedentis commodo & periculo, quicquid cedens post cessionem fecerit cessionario nocere.*
10. *Reijcitur exceptio a Bartolo subiecta, & alia adhibetur.*

Sic et uersa Bartoli distinctione, illa quoque nobis exploranda est quam Paulus Castrensis tradidit ad §. si heres scriptus, An sponte cessio facta sit, an ex necessitate, ut si sponte obtineant ea quae supra diximus: fin ex necessitate nihil prorsus iuris penes cedentem remaneat. Etenim si ex Trebelliano restituatur hereditas habet quidem cessio causam necessariam, d. l. 1. §. 1. & d. l. 1. a. tamen. 27. §. qui ex Trebelliano ad S. C. Trebell. Sed nihilominus directae actiones penes cedentem manent, eaque interdum efficaces, leg. si heres. c. in princ. eodem tit. ubi Pomponius scribit, si heres institutus rogatus fuerit hereditatem Titio restituere, & rursus heredi Titius post tempus, sufficere heredi directas actiones, nec vlla retrocessione opus esse. Non igitur absolute verum est quod Castrensis affirmat, Per cessionem ex necessitate factam elidi prorsus & inutilia fieri iura omnia quae erant penes cedentem. Idem probatur ex d. §. qui ex Trebelliano, ubi scriptum est eum qui ex Trebelliano hereditatem iam restituit, & petere posse & conueniri, sed exceptione restituta hereditatis aut adiuuari aut submoueri. Adde quod & contingere potest ut aduersus heredem agentem post restitutam hereditatem, non sit locus exceptioni, veluti si res vigeat, & metuendum sit ne forte per absentiam fideicommissarij dies actionis exeat. l. cum hereditas. 49. §. 1. Directae ergo actiones duram etiam

post restitutionem, eaque ad agendum efficaces, licet non semper ad exigendum. Nec est contrarium quod in d. §. si heres scriptus, Caius respondit, restituta per heredem scriptum hereditate si postea hereditatis controuersiam passus ille moturique sit aut lite cesserit durare tamen actiones in fideicommissarium semel translatae. Habet n. id duplicem rationem, vnam quod post hereditatis restitutionem fideicommissarius in omnibus & per omnia heredis loco habeatur, ut proinde aduersus eum non aduersus heredem ipsum exerceri lis debuerit, d. l. 1. §. pass. eod. tit. §. restituere. Insuper de fideic. heredit. Alteram, quam nec Castrensis ipse ignorauit, quod cum ea restitutio fiat ex necessitate, actus voluntarij etiam si praecederent restitutionem, puta confessio aut collusio heredis, non deberent nocere fideicommissario, cui tamen noceant si subsequens illa translatio & alienatio quae fit per restitutionem esset voluntaria, l. si superatus. 3. §. ut. D. de pign. unct. l. Praes. 5. C. eod. Hinc dicimus quod & ibidem Castrensis tractat sententiam quae ante restitutionem lata sit aduersus heredem colludentem non nocere fideicommissario: Nocere autem si collusio nulla probetur, arg. d. l. cum hereditas. Quonia collusio heredis actus voluntarius est, sententia vero actus necessarius, cum reddatur etiam in inuitum, l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig. Sicut & restitutio hereditatis fit ex necessitate propter voluntatem defuncti & autoritatem Senatufconsulti: cum tamen si cum actore collusisset atque ita succubisset, is qui hereditatem ad se reuera pertinentem postea vendidisset, noceret haud dubie collusio illi emptori, quonia & actus esset voluntarius & voluntaria quoque venditio quae sequeretur. Non igitur iuuat locus ille Castrensis distinctioem. Quam & ex iis refellere licet quae nos proximè de procuratore diximus. Procurator n. qui actionem sibi alieno nomine mandata cedere cogitur, ac proinde ex mandati necessitate transferre, l. possessio. 49. §. ut. de acqu. poss. tamen si postponatur domino cui etiam citra cessionem utilis actio competit, l. in causa. 27. §. ut. c. l. seq. de procurat. directam tamen actionem retinet, adeoque ex ea agere potest vel inuito domino, ut ob eam causam doli exceptio ad eum repellendum necessaria sit, d. l. 28. eo. Illud sane constat si facta cessio sit ab eo qui non nisi viles habebat actiones nihil posse cedentem facere in praesudicium cessionarij, quippe cum hoc casu nihil prorsus iuris cedens in re cessa habeat, & Bartolus tractat, in l. ex affe. 28. D. ad S. C. Trebel. ex l. 1. §. de rito. D. eo. l. pen. in fin. Cod. eod. Exemplo eius quod dici solet si emphyteuta qui vtile duntaxat dominium habebat alij emphyteusim constituerit, nihil omnino iuris penes eum remanere, notatur in l. vlt. C. de iur. emphy. At nec illa rursus distinctio probabilis est, quae tamen magis comuniter probata esse probandamque; ait Molinaz ad Alex. conf. 46. 2. dub. vol. 5. An aduersus cedentem regressum habiturus sit cessionarius necne, Vt priore casu ipsi noceat factum cedentis, posteriore non item. An non. n. cessionarij interest non soluere potius quam solutum repetere: l. 3. D. de compens. l. si debitor. 11. de liber. legat. l. stipulatus. 15. in princ. D. de fideius. Itaque eo casu quo admittas iniquum esse, damnum sentire fideicommissarium ex facto cedentis, non ideo facilius pati debes ut praesudicium ei fiat, quod habiturus ille sit regressum ad repetitionem quandoquidem hoc ipso fit ei iniuria, quod interea soluere cogitur. Et ex contrario quo casu admitti potest in eo fieri iniuriam cessionario quod ex facto cedenti soluere compellatur postea repetiturus, illud etiam admitti necesse est, Possit cedentis facto damnnum ei inferri tamen si nullus super sit regressus, quia licet hoc casu conueniat ut maius damnium sentiat cessionarius, eadem tamen iuris ratio utroque casu militat, quae ex damni quantitate immutari non potest. Illud sane non improbo quod nostris placet, praesertim Castrensis, ad d. §. si heres scriptus. l. facta. 63. ad Trebell. Cessione facta ad commodum cessionarij, si cedens egerit ex directa actione quam penes se retinuerit, atque ita solutionem fuerit consecutus, totum id cogendum illum cessionario reddere. Id enim plane consequens est ei quod ponimus in solius cessionarij commodum factam esse cessionem. At quod in eam rem Castrensis citat, l. apud Celsum. 4. §. quod si is. D. de dol. mal. except. non probo, tractat enim illo loco Iur. rec. de eo qui sciens emit nomen quod iam debitor soluerat, mandato tamen ipsius debitoris qui soluerat, & interposita stipulatione. Ait autem si emptor ex stipulatu agat, non idcirco remouendum eum exceptione doli quod scueris solutum nomen, nisi sit paratus venditor reddere quod ceperit. Est enim ille §. iungendus praecedenti, in quo dicitur, eum qui sciens emit seruum fugitiuum ab illo, qui specialiter cauit fugitiuum non esse, non eò minus posse ex stipulatu agere. Agitur ergo ibi de venditione nominis facta post exactionem nos disputamus de exactione facta post nominis venditionem. Verissimum quoque illud esse arbitror quod supradicto loco Castrensis scribit, Cessione facta in cedentis commodum ei usque periculo perinde nocere debere cessionario, quicquid cedens post cessionem fecerit atque si ante fecisset, quia nec cessionarij quicquam interesse videri potest. Neque verò subiicienda est exceptio quae Bartoli placuit, alij existimanti si concurrat vnum de tribus positus in l. 3. C. de noua. id est si cessionarius litem contestatus sit cum debitore, aut ei denunciatum ne solueret, aut debiti partem acceperit. Non enim de nominis cessione intelligi lex illa debet, sed de mandatis actionibus, & quidem in cessionarij quoque non in solius cedentis utilitatem, ut proximo capite dicemus. Illa potius exceptio placere Bartolo debuit, quae nos in superioribus attulimus, nisi conuentio aliqua iam inter debitorem, cessionarium praecesserat, cuius ratione dici possit alterutrius interesse ne nocere debeat quod accedente post cessionem gestum est. Nam cum cessione in solius cedentis commodum facta illa ratio faciat ut valere debeat quicquid a cedente gestum est quod neque cessionarij inter sit neque debitoris, consequens est ut si alterutrius vel minimum inter sit, aliud omnino iuris constitui debeat.

8. *Multum interesse an mandata sint actiones solutionis gratia, an vero cessum aut datum sit nomen in solutum.*
9. *Aliud esse mandare actionem, aliud nomen cedere.*
10. *Creditorum qui actiones suas procuratori sine cessione mandauit, non prohiberi easdem exercere.*
11. *Excipitur nisi procurator litem contestatus sit, vel denunciatum ne mandatori solueret, vel debiti partem iam acceperit.*
12. *Aliud iuris esse, si creditor nomen debitoris vendiderit aut in solutum dederit, & debitor de facta cessione a cessionario certior factus fuerit.*
13. *Debitorem qui aliunde quam a cessionario cessionem sciuit non posse creditorem cedentem & debitum exigentem vlla exceptione repellere.*
14. *An parte debiti soluta mandataro, mandator a debitore nihil amplius possit exigere?*
15. *Sententia l. 4. C. de nouat.*
16. *Cur in superiore questione plus possit liti contestatio aut denunciatio a procuratore facta, quam partis debiti perceptio?*
17. *Cesso vel in solutum dato nomine, partis debiti cessionem debitori sufficere, ut creditorem residuum petentem exceptione repellat.*
18. *Dictam l. 3. de mandatis actionibus, non de cessione nominis intelligendam esse.*
19. *Delegatione interueniente debitorem a pristino creditore liberari.*
20. *Casus quo cessionario viles actiones habenti directae quoque a creditore mandanda sunt.*

Aduersus ea quae in superioribus contra Bartolum ceterosque interpretes disputauimus, valde urgeret l. 3. C. de noua. si eam interpretationem admitteret quae haecenus frequentissimis omnium vocibus probata est: sed cum dici non possit quicquam ab Imp. Alex. rescriptum fuisse quod abhorreat a vera rectaque iuris ratione qua potissimum nitimur, nec de illo quoque dubitare debemus, quin alia eius loci interpretatio quaerenda sit. Mihi videntur omnes quotquot videre aut legere contigit interpretes in eo errare: quod existimet accipiendam eam legem de nominis cessione facta vel in solutum, vel in solius cedentis commodum eiusque periculo: quorum tamen neutrum dici commode potest. Nam quod lex ait, eum qui creditori suo mandauit actiones in debitorem solutionis causa posse vi directarum agere vtiliter, id est inuito etiam debitore, tamen si obiciat ille de cessione alteri facta, dummodo nec lis contestata sit, nec debitum pro parte solutum, nec debitori denunciatum ne soluat, vti que falsum esset in eo qui nomen debitoris sui in solutum dedisset. Siquidem certissimi iuris est, ei cui utilis actio ex nominis cessione competit, cuiusmodi ille est cui nomen in solutum datum fuit, l. vlt. C. quando. fidei. vel priuat. debitor. sui debitor. comen. poss. sufficere ad inhibendam cedentis persecutionem ut debitorem de facta sibi cessione certiore faciat, l. nomen. 4. C. quae res pignori. oblig. poss. nec proinde requiri litem contestationem, cum vel ipsa libelli oblatio tantum praestet ad hoc ut cessionem sciat debitor ab ipso cessionario. Quae porro praecedere necesse est moueri; controuersiam priusquam ad litem contestationem perueniatur, l. sed est l. 25. §. si ante de hered. petiti. At in specie d. l. 3. requiritur praesens litem contestatio, nec satis est motam esse controuersiam, quia solius contestationis non etiam obligationis libelli effectus ille est, ut in iudicio quasi contrahi videatur l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. te ut qui procurator erat fiat dominus litis, ita ut alij procuratorem ab eo tempore possit substituere, nec

CAPVT VI.

Interpretatio noua & vera l. 3. C. de nouat.

SVM MARIA.

1. *Dictam legem 3. bene acceptam nihil pro Bartoli sententia superioris resutata facere.*
2. *Cessionem in specie dicta legis nec in solutum, nec in solius cedentis commodum periculumve factam esse.*
3. *Eum cui utilis actio ex nominis cessione competit, debitori factam cessionem denunciando cedentis persecutionem inhibere posse.*
4. *Cur in d. l. 3. ad impediendam cedentis persecutionem litem contestatio praesens requiratur?*
5. *De quo procuratore intelligendum sit quod dicitur, procuratorem qui in rem suam datus est ita a demum posse utrius compensationem, si vice mutua conueniatur post litem contestatam.*
6. *Verba illa d. l. 3. solutionis causa mandauerit actiones, quomodo sint intelligenda?*
7. *Mandata directa actione vtilem non competere.*

sine causa reuocari possit, adeoque nec morte mandantis, habet executor. 4. §. ult. de appell. l. neque tutor. 11. l. procuratoribus. 22. & seqq. C. de procurat. † Cui simile illud est, quod ait lex, in rem suam. 18. D. de compens. eum qui in rem suam datus est procurator, ita demum posse uti æquitate compensationis si vice mutua conueniatur post litem contestatam. Quod tamen de illo accipi proculdubio debet, qui directæ tantum actionis exercitium habuit non etiam vtilem suo nomine & ex propria persona. Huic namque cur denegetur compensandi ius etiam ante litem contestatam cum proprio nomine paratam habeat actionem? in quo vereor ne hallucinatus sit Castrensis ad eum locum.

6 † Ergo quod scriptum est in dict. leg. 3. solutionis causa mandauerit actiones, non de cesso aut in solutum dato nomine intelligendum est, vt nostri volunt, sed vt verba sonant de mandatis actionibus in eam causam, vt quod creditor exigeret sibi in solutum imputaret. Eodem profus sensu quo in l. seq. scriptum est, Si cum ei mandasses ex actionem pecunie. Neque enim hac parte quicquam referre arbitror an procuratori nudo mandata sint actiones ad exigendam à debitorum pecuniam creditoris nomine, an verò creditor mandatoris exactam alieno nomine pecuniam sibi ipsi soluat. Vtrog. n. casu potest mandatarius directam actionem exercere ex persona mandantis, neutro vtilitatem ex propria, quia nec habet. † Quis namque dicat ob id solum quod directæ actio mandata sit competere vtilitatem: aut mandari etiam vtilem posse ab eo qui cum directam habeat, hoc ipso vtilem habere non potest? Nam vt alio loco monuimus, non potest vtilis cum directæ concurrere in vna eademque persona, vt pote quæ nec sit necessaria, nec par dignitatis, leg. si reus. 13. de duob. rei. l. si duo. 93. de solut. † Sed hoc ego contendo, multum interesse an mandata sint actiones solutionis gratia, an verò cessum sit, aut quod idem est, datum nomen in solutum. Hoc enim posteriore casu actiones vtilitatem ex cessione competunt. d. l. ult. C. quando fisc. vel priuat. idque ipso iure ita vt speciali cessione opus non sit, quæ nec prodesset ad transferendas vtilitatem actiones quas cedens ipse non haberet, qui directas tantum habet vt diximus, quam ob causam necessarium fuit rescriptum Diui Pij ad inducendum vt haberet cessionarius ex persona propria quod ex persona cedentis habere non poterat, l. si cum emptore. 17. D. de pact. Priore verò casu fieri nequit, vt ex mandato directarum vtilitatem competant, sed directæ tantum: quæ cum sint mandata, competunt proculdubio vi & potestate foli us mandati, nec nouæ cessionis locus vllus relinquatur. l. si procuratorem. 8. in fi. l. hereditum. 14. D. mada. l. emptori. 6. l. filijfamilias. 14. l. venditor. 13. de hered. vel act. vendit. † Quod non satis obseruatum est à Baldo ad l. 1. C. de oblig. & act. vbi post alios disputat, an vtilis actio transeat sine cessione, an verò specialis cessio necessaria sit. de quo ite Castrensis dubitat post Accurf. in l. ex legato. C. de lega. In eoq; tam imperite tot tantisque viros errasse tantò magis miror, quod video non ignorasse illos, Aliud esse mandare actionem, longè aliud, nomen cedere. sic. n. Cinus, Baldus & alij docent post glos. ad l. 1. in verb. mandata. C. de oblig. & act. † Illa igitur Imperatoris Alexandri quæ & nostra sententia est, si creditor actiones suas duntaxat mandauerit procuratori siue nudo, siue in rem suam constituto, nulla tamen nominis cessione facta, non esse prohibendum creditorem eundemque mandatarium quominus easdem actiones quas mandauit exercere: quia cum sint directæ non potuerunt ita transferri ex causa mandati vt non in mandantis persona

perpetuò remanserint. l. quis ergo. 16. D. de pecul. l. 3. D. pro socio. neque verò id actum est à creditore cum eas procuratori mandauit vt illas amitteret, sed potius vt earum fructum & emolumentum facilius consequeretur, procuratore nihil nisi ministerium exhibente, & ex ipsius mandantis persona agente, siue solius mandantis, siue ipsius quoque mandatarij gratia mandata actiones proponantur, id est siue nudus procurator sit is cui mandata fuerunt, siue in rem suam constitutus. † Sed hoc ita tamen si neque dum litem contestatus sit procurator, neque denunciauerit debitori ne mandatori solueret, neque debiti partem acceperit. Nam si quid horum factum sit, non est permittendum creditori vt debitorem urgeat, & ab eo debitum exigat, ne alioqui eueniat vt ex mandatoris facto hactenus deterior fiat cōdicio debitoris, vt vel litis, vel pecuniæ iacturam possit incurere, si qui vnus tantum creditoris debitor fuit duobus aduersariis respondere compellatur. † At si creditor non tantum actiones mandauerit, verum etiam nomen ipsum debitoris vendiderit, aut in solutum dedit, difficilius ei permittitur vt debitum exigat, quamuis nec dum cessionarius litem contestatus sit, nec debitori denunciauerit ne solueret, nec debiti partem vllam perceperit, quia licet eque directas penes se habeat actiones, minus tamen sunt efficaces ad exigendum debitum propterea quod vtilitatem habet cessionarius ex sua persona, ob idque ad inhibendam cedentis persecutionem, sufficit vt debitor probet scire se à cessionario factam illi ab actore cessionem: quandoquidem si posteaquam id rescit solueret proprio creditori quem potest doli exceptione summouere, non liberaretur, vt supra diximus, cap. 2. & 3. ex d. l. nomen. C. quæ res pignori obligat. poss. † Quod si nondum sciuerit ab ipso cessionario, licet aliunde sciat, quemadmodum si cedente solueret liberaretur, ita si à cedente conueniatur nullam habere potest exceptionem ex persona & iure cessionarij, quia ius illud tertij est, nec exclusiuum iuris agentis, vt & Baldus fatetur, in leg. si pater. C. mandat. licet alijs plerisque locis sibi parum constans aliter atque aliter distinguat. Non addo hinc exceptionem illam quam probaui in superioribus, nisi debitor pactus sit cum cessionario priusquam à cedente conueniatur. Neque enim fieri potest vt paciscatur cum cessionario quin ab eo ipso resciat cessionem. Itaque exceptio illa sufficit, nisi cessionarium debitorem de sibi facta cessione certiorauerit, vt non illi solum casus comprehendantur, de quibus in d. l. 3. sed alij quoque omnes in quibus succurrendum sit & debitori & cessionario. Cum alijs plerisque modis possit contingere vt de cessione debitor factus sit certior ab ipso cessionario. † Alius nec leuior nostrorum error est quod putant soluta mandataria parte debiti perinde extinctum esse ius mandatoris vt nihil amplius à debitoribus possit exigere ac si mandatarium litem contestatus esset, aut debitori denunciauerit ne mandatori quicquam solueret, quasi hoc ipsum diserte expressum sit in d. l. 3. C. de nouat. vbi tamen nihil aliud constituitur quod ad hanc rem pertinet, nisi vt si is cui mandata actio est, partem debiti perceperit, non liceat pristino creditori eque mandatori debitam quantitatem petere scilicet integram. Relato nimirum debiti verbo ad tempus mandati, vt ea quantitas significetur quæ mandati tempore debebatur. Quod ius habet summam æquitatem adeoque, rationem, quia per solutionem mandataria factam parta sit debitori liberatio, leg. vero procurator. 12. D. de solut. Ceterum quemadmodum ex ea solutione non nisi pro qua parte solutum est contingere libera-

liberatio potuit, ita nec ratio vlla est propter quam creditor qui actiones mandauerit residuum exigere non possit, si neque dum litem contestatus sit procurator, neque debitori denunciauerit ne solueret. † Idque quod ait lex, non abstruit. 4. C. de nouat. Eum cur mandata erat actio ad exigendam pecuniam si partem debiti acceperit, non idcirco posse debitorem pro reliquo liberare aut mandatori auferre facultatem residui exigendi, qui tamen vti que vel inuito mandatore possit reliquum exigere, si litem contestatus esset, aut si debitori denunciauerit ne mandatori solueret. d. l. 3. † Plus igitur potest litis contestatio aut denunciatio quam partis debiti perceptio, quoniam litis contestatio itemque denunciatio sicuti totum ius debiti respiciunt, ita mandatori in totum nocent, Partis debiti perceptio non item, quia nec totum debitum afficit, sed eam tantum partem quæ soluta est. † Planè si non mandata actio, sed nomen ipsum cessum proponatur, admittat facile sufficere partis debiti solutionem ad hoc vt si residuum petat, cedens repellatur exceptione doli, Nempe quoniam eo casu de illo tantum querendum est, an debitor cessionem sciuerit ab ipso cessionario. Fieri autem nequeat vt nesciuerit, qui debiti partem ipsi cessionario persoluit. Non enim quod plus minusve soluerit, facere potest vt cessionem magis minusve sciuerit. † Ex his appareat quàm ridiculi sint, qui ad illos tres casus quos Alex. Imp. enumerat in d. l. 3. quartum addunt quo cedens nec agere possit nec exigere: si, inquit, in instrumento cessionis apposta sint verba illa quæ hodie ex notariorum stylo passim apponuntur, ponendo & substituendo cessionarium in locum suum. Nā præter id quod clausula illa facere non potest quin directæ actiones maneat penes cedentem, qua sola ratione mouetur Imp. in d. l. 3. frustra de cesso nomine disputes in interpretatione illius legis quæ non nisi de mandata actione loquitur, vt diximus. † Sanè cum delegatio interuenit, nemo dubitat quin à pristino creditore debitor liberetur & consequenter directæ actiones nullæ super sint penes delegantem, vt diserte scriptum est in d. l. 3. † Restat vnum hoc addendum & obseruandum, Possit fieri vt etiam si vtilem actionem cessionarius habeat ex persona propria post rescriptum Diui Pij, eius tamè intersit directæ potius habere, cum aliquando eueniat vt directæ alij maioremque effectum habeat nec eadem patiatur exceptiones, l. minor. 39. §. 1. D. de enic. Castr. ad l. qui stipendia m. 4. C. de procur. Hoc verò cum accidit datur actio cessionario aduersus cedentem ad hoc vt directas illas mandet actiones, neque vlla exceptione repellitur, quasi eius nihil intersit ob id quod vtilitatem iam habeat. Verum enim est ipsius interesse.

CAPVT VII.

Cessi nominis periculum an ad cedentem spectet an ad cessionarium, ad §. foror. l. pupilli. 96. D. de sol.

SVM MARIA.

- 1 Distinctio à Doctoribus adhibita inter periculum præsens & futurum.
- 2 Subdistinctio inter nomen simpliciter cessum, & æstimatum.
- 3 Reiecta distinctione & subdistinctio ostenditur cessi nominis periculum nullo cedentis dolo vel culpa interueniente, omni casu ad cessionarium pertinere.
- 4 Respondetur ad l. si conuenit. 18. ff. de pignor. act. & l. nomen. 4. C. quæ res pignori.
- 5 Quo pertineat illud quod dicitur solet, non idem esse actio-

- nem cedere, & soluere?
- 6 Aliud esse non liberari cedentem, aliud verò cessi nominis periculo urgeri.
 - 7 Mandatas actiones mandantis periculo esse debere.
 - 8 Differentia inter mandatarium actionum & cessionarium nominis.
 - 9 Confirmatur superius axioma ex l. 3. C. de nouat.
 - 10 Nomen in specie d. l. 3. in solutum datum non fuisse, & multum interesse an datum sit nomen in solutum, vel quauis alia ratione cessum, an verò solutionis gratia mandata sint actiones.
 - 11 Castrensis interpretatio ad d. §. foror. rejicitur.
 - 12 Cessione nominis simpliciter facta & præsens & futurum periculum ad cessionarium pertinere.

EST hæc quæstio superioribus consequens, Vtrum cessi nominis periculum ad cedentem spectet an ad cessionarium. In qua vulgò nostri distinguunt periculum præsens vt illi vocant à futuro, id est, an cessus debitor iam tum cum credebatur adeo inops esset vt ab eo exigi debitum non posset, an verò post cessionem inopia superuenerit. Nam cum inopia superuenit nemo dubitat quin cessionarij sit periculum, ex leg. pupilli. 96. §. foror. D. de solut. quem locum ita Bartolus ibidem explicat, & ad leg. Mania. 49. D. solut. matrimon. † Cum verò iam ipso cessionis tempore minus idoneus erat debitor, subdistingunt, An nomen simpliciter cessum sit an æstimatum, vt puta pro legato aut debito certæ quantitatis. Si simpliciter cessum sit siue in solutum siue solutionis exigenda gratia, magis probatur vt periculum sit cedentis, hoc est, vt si cessionarius vel nihil vel minus à debitorum cesso exegerit: totum id cedentis damnum sit ex leg. si conuenit. D. de pignor. act. leg. nomen. 4. Cod. quæ res pignori obligat. poss. Si verò æstimatum placet periculum non minus præsens quam futurum ad cessionarium pertinere, ex dict. §. foror. Quem Imola, Alexand. Castrensis, & alij plerique non de futuro periculo intelligunt quomodo Bartolus, sed de præsentem, at eo tamen casu quo nomen æstimatum proponatur, hoc etiam addito, Nihil hac parte interesse an debitorem cessum inopem sciuerit cessionarius, an ignorauerit. † Ego contra indistinctè verius arbitror cessi nominis periculum omni casu ad cessionarium pertinere, dummodo cedentis nec dolo, nec culpa vlla interuenit: ex dict. §. foror. quæ locus de inope debitore generaliter loquitur, non adhibita ea distinctione an inopia illa post cessionem superuenerit necne: nec illa rursus, an simpliciter cessum sit nomen, an æstimatum. Idem probat leg. si nomen. 4. cum leg. sequent. D. de heredi. vel act. vendit. vbi scriptum est, quod rationis loco esse potest, Eum qui nomen cessit causa venditionis [idem verò est si ex alia causa qualibet præterquam dotis, vt sequenti capite dicemus] ad hoc solum teneri vt præstet verum debitorem & sine exceptione, non etiam vt præstet locupletem. Quod & scriptum est in leg. si plus vel minus. 74. §. ultimo. D. de cunctation. lege apud Celsum quarta §. quod si is. D. de dol. except. Neque verò vlla lex aut iuris ratio est quæ repugnet. † Nam qui obiciunt, leg. si conuenit. 18. D. de pignor. act. & leg. 4. Codice quæ res pignori. vt probent, præsens periculum nominis simpliciter cessi ad cedentem spectare, faciunt sane parum subtiliter, cum nihil adferant ex quo possit conici textus illos loqui de inope debitore, & sequenter de periculo nominis. † Neque rursus contrarium est quod dici solet, non idem esse actio-

dem cedere & soluere, vt Accurf. notat ad l. legani. 25. de liber. lega. Id. n. eo pertinet, vt qui nomen cedit non idcirco soluere videatur, ob idque nec liberetur d. l. pupilli. 96. §. foror. de solut. Nempe quia rem cessam non facit plenè accipientis: Directam siquidem actionem vel inuitus penes se retinet vt superiore capite diximus, ex l. si cum emptore. 16. D. de pact. l. vlt. de transact. leg. vltim. C. quand. fise. vel priuat. debit. conuen. poss. iuris autem regula est solutione eius quod debetur ita demum liberationem contingere si id quod soluitur fiat pleno iure accipientis, leg. Neratius. 63. de cond. indeb. † Sed aliud longè est, non liberari cedentem, aliud verò cessi nominis periculo vrgeri: vt aperte Papinian. respondit in d. §. foror, in cuius specie negat liberatum esse debitorem, quoniam delegatio nō interuenerat, nec eò minus tamè periculum cessi nominis ad cessionarium pertinere respondet. Sic dicimus rei venditæ periculum statim atque nudo consensu perfecta venditio est ad emptorem pertinere, §. cum autem Inst. de empr. & vend. l. 1. C. de peric. & commo. rei vendit. cum similibus, quamuis non nisi secuta traditione adeoque soluto precio aut habita de eo fidei dominium nanciscatur, §. vendit & Inst. de rer. diu. l. quod vendidit. 19. de contr. ab. emp. Nimirum quia in ipsius potestate est nancisci dominium rei cum volet, vt cōtra Cuiacium disputauimus lib. 2. cap. 4. Sicut & in cessionarij potestate est, non solum, vt debitum exigat vel litè contestetur, vel debitor denunciet ne soluat, sed vt saltem certiores debitorem de facta sibi cessione: quod vnum sufficere probauimus in superioribus ad hoc vt inutilis & inefficax fiat directa illa actio quæ penes cedentem remanserat. Illa sanè distinctio perpetuò necessaria est quæ nostri non obseruarunt. An cessio nominis facta sit, an verò mandata duntaxat actiones. † Hoc. n. casu licet in rem cessionarij mandata proponantur, periculo tamen cedentis esse debent siue nihil omnino siue minus exigatur, dummodo procuratoris in rem suam constituti culpa nulla arguatur: id est dum non fuerit ille negligens in exigendo debito postquã litem contestatus est, aut debitori denūciauit ne solueret. Alioqui qua fronte obsecro potest is qui mandauit actionem, imputare mandatario cur mandata non exercuerit, cum nec ipse egerit qui proprio iure agere poterat si debitorem exigere voluisset? † Atqui, inquires, Vendito quoque nomine aut in solidum dato directa actio penes cedentem remanet, neque tamè idcirco periculum ad eum pertinet. Verum sunt ista longè dissimilia, illi. n. qui nec inuito cessionario agere potuit, vtilis actiones ex persona sua habente, neq; à debitore, quippe cessione ab cessionario sciēte solutionem accipere, longè minus imputari potest cur nō egerit, quàm ei cuius solius propria actio fuit, & ex cuius tantum persona non etiam ex propria mandatarius agere potuisset. Denique cessionarius vtilis suo nomine actiones habet, tantumdemque iuris ad rem exigendam, quantum si directas quoque haberet, ob idq; recufare minus potest quominus exactiois periculum in se suscipiat: mandatarius proprias nullas habet, sed alienas exercet. Cur ergo ad eū spectabit periculū si nihil sit & illi imputetur? † Probatur autem hæc sententia non ineleganter ex d. l. 3. C. de noua. Nam quod in posteriore eius parte scriptum est periculum non pertinere ad mandatem, sed ad eum in quem translata fuerant actiones proprie factam delegationē, an non ostendit manifeste, in priore specie ex contrario pertinere, quia non erat facta delegatio, sed tantum mandata actiones solutionis gratia? Ex quo apparet euidētis, quàm verum

fit quod nos superiori capite contra omnium interpretum sententias docuimus, non fuisse in illa specie datum nomen in solutum, multumque referre, an datum sit nomen in solutum aut qua alia ratione cessum, an verò mandata sint solutionis gratia directæ actiones. Nam si de nomine in solutum dato ageremus pertineret periculum ad cessionarium nulla etiã facta delegatione d. §. foror. † In cuius etiam interpretatione errat Castrensis quàm maximè, qui liberationem in illa specie idcirco non contingere existimat quod cessum à fratre nomen soror simpliciter accepisset, nō in solutum: Quasi si insolūtū accepisset aliud respondere Papinianus debuisset. Nam imò verò accepta etiam in solutum nominis cessione, non ideo liberatur cedēs ipso iure quouisque solutio secuta sit, sed tantum per exceptionem doli & pacti, vt Papinianus loquitur in d. §. foror. si pergat cessionarius, debitum ab ipso petere. Ratione illa quam attulimus, quod qui cedit nomen siue in solutum, siue ex causa venditionis aut alia qualibet, non faciat plenè accipientis. Directam siquidem penes se retinet actionē, quam vt amittat, ne quid plenam impediatur liberationem delegationis vsus omnino necessarius est. In eo sanè Castrensi assensior quod ille fatetur cessi nominis periculum ad cessionarium pertinere, non solum si in solutum facta sit cessio, sed etiam si simpliciter. † At non in eo quod cum cessio simpliciter facta est non quodlibet periculum ad cessionarium pertinere vult, sed futurum duntaxat, id est inopie superuenientis. Eo enim eandem præsentis quam futuri periculi rationē hac parte constituo, etiam cum simpliciter cessio facta est. Nam si in solutum facta sit, nec Castrensis dubitat quin præsens quoque periculum spectet ad cessionarium. Si enim liberationem hoc casu ipso iure contingere voluit, An non prorsus consequens est vt periculū quodlibet cessi nominis ad cessionarium spectare multò magis crediderit? arg. d. l. 3. in fi. D. de noua. Quamquam illud malè, vt diximus, hoc benè, & longè rectius quàm qui volunt non aliter præsens periculum nominis ad cessionarium pertinere quàm si nomen cessum fuerit æstimatum.

CAPVT VIII.

In quo dispar fit condicio mariti cui dotis causa nomen cessum est, & alterius cuiuslibet cessionarij. Ad §. si à debitore. l. promittendo.

41. D. de iur. dot.

SVM MARIA.

- 1 Maritum cui dotis causa nomen cessum est nec præsens nec futurum cessi nominis periculum ferre teneri.
- 2 Quanam sit hac parte ratio dissimilitudinis inter maritum, & quemlibet alium cessionarium.
- 3 Multum interesse an venditio simplex fiat, an dotis causa.
- 4 An & quando mariti periculum sit, si facta delegatione aut expromissione dos promissa viro fuerit à debitore mulieris, aut alterius pro muliere dotem dantis?
- 5 Quis delegatus, quis item expromissor dicatur?
- 6 An in superiore questione expromissor à delegato sit distinguendus?
- 7 Reijciunt Bartholi & Castrensis distinctio ad l. Mænia ff. solut. matrimon. & vera sententiæ dict. §. si à debitore.
- 8 Maritum qui delegatione facta prudens & sciens secutus est nomen debitoris mulieris, eius periculum ferre teneri, si ab initio debitor pro muliere dotem promittens soluendo non fuerit.

- 9 Non esse eo casu distinguendum an debitoris inopiam vir sciuerit, an ignorauerit.
- 10 Creditorem qui fideiussorem minus idoneum semel admisit, non posse alium idoneum à debitore petere.
- 11 Excipere, nisi præstandæ fideiussionis necessitas ex iudicis officio proficiatur.
- 12 In quo dispar sit conditio mariti, & alterius cuiuslibet cessionarij.
- 13 In ceteris personis nihil interesse inter simplicem cessionem nominis, & delegationem, nec inter cessionem nominis æstimati, & non æstimati.

ET si † maritus cui mulier debitoris nomen in dotem dedit comparari solet emptori nominis habentis vt vtilem quoque actionem suo nomine habeat, & exercere possit, l. 2. C. de oblig. & action. non tamen in ceteris omnibus eiusdem est conditionis, maximè cum de nominis cessi periculo ad quem pertineat disputatur: iniquum enim fuerit mariti periculo esse nomen quod in dotem datum est, si fortè aut iam tūm cum cedebatur idoneum non erat, aut postea citra ipsius culpam soluendo esse deserit, l. Mænia 49. vbi Barr. & Cast. & ceteri. D. solut. matrimon. † Eiusque dissimilitudinis ratio illa videtur afferri posse, quod, cum dos datur, id agi intelligitur vt soluto quodcumque matrimonio si ita casus feret dos restituatur nec quicquam ex dote commodi præter fructus penes maritum, vt nec incommodi remaneat l. quories 16. de iur. dot. vbi propter hanc causam eleganter Vlpianus ait, † multum referre an venditio simplex fiat, an dotis causa. Hoc enim casu si quid fortè vir ab vxore propter euictionem rei dotalis cōsecutus sit, debere id eum soluto matrimonio vxori reddere, Quoniam, inquit, nō debet maritus lucrari ex damno mulieris, sufficitque indemnem illum præstari vt neque damnum neque lucrum sentiat, l. iure succursum 6. §. vltim. l. si res æstimata 12. §. si mulier. & l. non solum 52. eod. titul. Tamethi dici solet eo animo votoque dotem dari, vt perpetuò sit penes maritum l. i. eod. † Nō idem est si quis proponat facta delegatione aut expromissione promissam fuisse viro dotem ab eo, qui mulieris debitor erat, aut alterius pro muliere dotem dantis. Tunc enim siue quandam nominis æstimationem factam dicas, siue delegationem aut expromissionem, est quod imputare sibi vir debeat, qui sciens & prudens debitoris nomen vtrò secutus sit, l. promittendo 41. §. si à debitore. D. eod. tit. vbi Paulus docet periculum esse viri, si à debitore mulieris sub conditione dos promittatur, & iam tum debitor cum sub cōdicionē promitteret soluendo non fuit. Ita demum autem pertinere ad mulierem, si cum initio obligationis esset soluendo, postea pendente conditione soluendo esse deserit. Nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non potuerit, sed tale duntaxat quale initio obligationis fuit. Quò etiam pertinet textus elegans & subtilis, l. cum vir 53. eod. Et si verò non ait Paulus factam delegationē, hoc ipsum tamè satis exprimit cum loquitur de mulieris debitore pro ipsa muliere dotem promittente. † Quid enim aliud est delegare quàm vice sua alium reum dare? l. delegare 11. D. de nouat. Nisi malis quod & puto verius debitorem hunc pro expromissore haberi potius quàm pro delegato, vt & in leg. debitor 36. de iur. dot. Neque enim ponimus fuisse mulierem prius obligatam marito dotis nomine. Expromissor porrò is proprie dicitur qui pro non obligato se obligat. l. & eleganter 7. §. feruus. D. de dolo. l. si quis accepto 4. de cond. caus. dat. l. aliquando 13. in princip. ad S. C. Felician. l.

si verò 64. §. sed et si reum. D. solut. matrimon. l. qui liberatus 33. §. vlt. de oper. libert. † Sed quod ad hanc rem pertinet non differt expromissor à delegato, vtroque enim casu creditor cui fit expromissio aut delegatio, sequitur nomen debitoris siue expromissoris, siue delegati, perindeque per expromissionem fit atque per delegationem vt obligatus non sit is pro quo fit aut expromissio aut delegatio † neque distinguendum arbitrator quomodo Bart. Castr. & ceteri ad d. l. Mænia solent distinguere an maritus cui mulieris debitor dotem promittit sciuerit eum iam ipso promissionis tempore inopem fuisse, an ignorauerit, vt eo duntaxat casu quo sciuit præsens inopie periculum ad eum spectet, nō etiam si ignorauit, quasi id sibi velit Paulus in d. §. si à debitore, iis verbis quod sciens tale nomen secutus videretur. Est enim illius loci longè alia sententia. Illa nimirum, Imputari semper posse ei qui prudens & sciens secutus est nomen debitoris tale quale ab initio obligationis fuerit. Tametsi namque debitorem inopem esse ignorauerit, hoc ipsum tamen sciens & prudens fecit vt quale nomen esset eius qui delegaretur aut expromitteret, tale illud sequeretur. Nam & in ceteris omnibus personis id iuris admittunt nostri, ex l. si nomen 4. cum l. seq. D. de hered. vel action. vendit. † Cur non ergo idem & in marito? An quia, vt illi putant, speciale ius est dotis vt neuter coniugum ab alio decipi debeat? d. l. iure succursum 6. §. vlt. & d. l. si res æstimata 12. §. 1. de iur. dot. quod in ceteris licet bonæ fidei contractibus secus est, l. in cause 16. §. idem Pomponius de minor. l. item si pretio 21. §. vlt. D. locat. Atqui non potest videri deceptus qui iure communi vtilis est, l. inter eos 51. §. cum inter. D. de fideiuss. l. nihil consensui 116. §. 1. de reg. iur. l. vlt. C. de in integ. restit. minor. Porrò ius commune illud est vt quisquis expromissorem accipit aut delegatum, tale nomen quale est secutus videatur, idque sciens & prudens, hoc est vtrò, cum prius inquirere noluerit quod facere poterat si voluisset, an soluendo esset debitor necne, d. §. si à debitore. Nisi in hoc ipso quod delegatio aut expromissio facta est dolus interuenerit, vt in l. si cum dotem 22. §. si mulier. D. solut. matrimon. Sequi enim debitoris nomen nihil aliud est quam proprio suo periculo ab eo stipulari, l. si mandatu 25. §. pen. D. manda. Sed & facit contra Bartolum quod fatetur ille ad d. l. Mænia, nominis in dotem dati periculum ad virum pertinere si ipse nomen æstimatum acceperit, non adhibita ea distinctio an idoneū sciuerit necne, propterea quòd vt ille ait & verum est, æstimatio faciat emptionem, l. plerumque 10. de iur. dot. l. 1. §. æstimatio. D. de æstimat. a. etio. Quidni igitur & facta delegatione idem admitteretur? Nam si hac parte priuilegium aliquod dotis esset, vtique subsisteret, etiam contracta per æstimationem nominis emptione. Illa enim non simplex venditio esset, sed dotis causa vt iam diximus ex dicta l. quories 16. de iur. dot. † In eoq; rectè meo iudicio Castrensis reprehendit Bartolum quòd aliud iuris ipse constituit in nomine æstimato, aliud in delegato. Sed malè, in eo quod vult vtroque casu distinguendū esse an debitoris inopiam vir sciuerit, an ignorauerit, cum ex contrario dicere debuerit neutro casu distinctioni huic locū esse. Nullus sanè iuris locus est quo probare illam possis. Ratio verò iuris prorsus repugnat, siquidem bonum nomen facit creditor quisquis admittit debitorem delegatum aux expromissorem, leg. inter causas 26. §. abesse D. manda. † Nec alia quoque fideiussoris causa est. Nam cum quis fideiussorem minus idoneum accepit, comprobasse videtur tanquam idoneum l. si ab arbitro 10. §. 1. qui satisd. cogant. l. 3. D. de

fideiussor ob idque sibi imputet. l. 1. §. item queritur. D. de separ. Neque actio vlla superesse potest aduersus eum qui fideiussorem idoneum dare debuit siue ad hoc vt det alium, quod & Bart. ipse fatetur, siue ad id quod interest, nisi dolus interuenerit debitoris affirmantis idoneum fideiussorem, qui non est idoneus, vt bene Castrensis disputat ad d.l. 3. in fin. contra Bart. ibidem aliter sentientem post Accurs. in l. si quis stipulat us 112. §. vltim. de verborum obligation. Ad eod autem verum est admissione fideiussoris non idonei liberari eum qui idoneum dare debuit, vt etsi idoneus ab initio datus soluendo esse desierit, non idcirco tamen alium dari oporteat, vt supradicto loco defendit Bartol. ex dict. l. si nomen 4. de hered. vel act. vendit. l. pupilli 96. §. soror de solut. † Nisi cum ex officio iudicis prestanda fideiussionis necessitas proficiscitur, inquit ille ex dict. l. si ab arbitro. §. 1. l. si is a quo 3. §. vlt. & l. seq. vt in possess. legat. l. Praetor aut 20. §. penultim. de operis noui nunciat. Quod si hac in fideiussore obtinent, quanto magis obtinebunt in expromissore, aut debitore delegato, vt imputetur creditori si minus idoneum nomen vltro secutus sit: † Itaque in eo dispar est, condicio mariti & alterius cuiuslibet cessionarij, quod in marito cum de nominis in dotem dati periculo queritur, illa distinctio necessaria est, an delegatio aut expromissio interuenerit necne, vt si interuenerit, periculum spectet ad maritum & quidem tam presentis quam futuri temporis, sin minus, vtrumque ad mulierem, quoniam qui debitoris nomen simpliciter in dotem accipit, dicendus non est illud sequi aut idoneum facere, sed tale accipere quale est, ipsius scilicet mulieris periculo, in cuius etiam dominio dos remanet licet sit in bonis mariti, vt ait l. quamuis 75. de iur. dot. † At in ceteris personis nihil interest inter simplicem cessionem nominis, & delegationem sicut nec inter cessionem nominis estimati, & non estimati. Omni siquidem casu & praesens & futurum cessi nominis periculum pertinet ad cessionarium vt superiore capite probauimus ex d.l. pupilli 96. §. soror de solut. in dict. d. l. nomen 4. & seq. de hered. vel act. vendit. nisi aliud conuenerit. Non enim dubitandum est quin conuentione fieri possit vt periculum ad cedentem spectet etiam cum delegatio interuenit. l. si mandatu 5. §. vlt. D. mandat.

CAPVT IX.

An exceptio compensationis, aut alia qua obstat cedenti obstat cessionario.

SVMARIA.

- 1 Cessionario vel mandatario utilibus actionibus proprio nomine experienti obstat exceptionem in rem, qua cedenti obstat.
- 2 Exceptionem vero in personam non semper.
- 3 Cessionario mandatis actionibus ex cedentis persona experienti eam exceptionem obstat que in cedentis personam obiici possit.
- 4 Adhibita tamen distinctione, an cessionarius factus sit procurator in rem suam, an in rem cedentis.
- 5 Quid iuris in utraque parte seruetur?
- 6 Compensationis exceptionem in rem, non in personam esse.
- 7 Quibus rationibus Bartolus probauerit cessionario compensationis exceptionem obiici non posse, si cessi sit actio priusquam cedenti compensatio obiceretur?
- 8 Supradictam exceptionem perinde cessionario ac ipsi cedenti nocere.
- 9 Sed ceterarum exceptionum exemplo opponendam esse.
- 10 Compensationis exceptionem per facti errorem omittam

conductionem indebiti inducere.
 11 An compensatio proprie exceptio sit?
 12 Singularis casus quo exceptio qua obstatura erat cedenti, indistincte cessionario obstat, quamuis vtilem suo nomine actionem exercenti.

Apparet ferè ex superioribus quid responderi possit ad quaestionem illam toties in scholis & foro agitatam, Vtrum exceptio qua obstat cedenti obstat cessionario. † Nimirum distingui oportet, An utilibus actionibus proprio nomine, an mandatis ex cedentis persona cessionarius aut mandatarius experitur. Priore casu obstat tantum ea exceptio qua sit in rem, vt puta pacti, iurifurandi, simulationis, rei iudicatae, & similes de quibus, in leg. apud Celsum 4. §. pen. D. de dol. mal. except. l. in hoc iudicium 14. §. si inter socios. D. commun. diuid. l. idemque 16. §. vlt. D. pro socio. l. si superatus 3. §. per iniuriam. D. de pignor. l. fin. de except. rei vendit. l. exceptiones qua persona 7. D. de except. l. inuitus 156. §. plerumque de regul. iur. l. vlt. §. 1. ad S. C. Velleian. l. doli. 19. vbi Bart. D. de nouat. Idem Bart. & ceteri in l. si quis in rem. D. de procurat. & in l. eius. Cod. de compensat. † Quae verò in personam competit exceptio qualis est doli mali (ex parte nimirum eius cui obiicitur licet in rem quoque sit ex parte obiicientis. l. 2. §. l. apud Celsum 4. §. pen. de dol. except. In dict. d. l. exceptiones 7. de except.) ita demum obstat cessionario si causam habeat lucratiuam, non item si onerosam, d. l. apud Celsum. §. si quis autem. & §. auctoris leg. pure 5. §. penult. in illis verbis, nec enim hic debet exceptione subiuuari qui suo nomine agit. eo. Nisi onerosa illa in fraudem debitoris cessi captata sit, d. §. auctoris. & dict. l. si quis in rem 34. de procurat. & quidem dolum participante cessionario. Hoc enim omnino requiritur, alioqui fraus cedentis non deberet nocere cessionario quoties habuit cessio causam onerosam. d. §. auctoris & §. si cum legitima eiusd. leg. vbi etiam Bart. & in d. l. si quis in rem, ex l. & eleganter 7. §. pen. D. de dolo l. quid enim 14. eo. l. si procuratorem 8. §. 1. D. mandat. † Posteriore autem casu, id est cum mandatis actionibus, & ex cedentis persona cessionarius experitur, haud dubie obstat cessionario ea quoque exceptio qua in personam cedentis obiici possit. Nam qui ex alterius persona agit, eandem pati debet exceptiones sicut & qui ex alterius persona excipit eandem replicationes, Bald. post Iacob. Butr. in l. qui stipendia. C. de procurat. Nisi ratio qua faciebat, vt huiusmodi exceptio cedenti obstat, non habeat locum in persona cessionarij. Id enim aliquando euenit. l. vlt. in princ. C. de iur. dot. Castrensis. ad l. Modestinus 76. nu. 1. in fi. D. de solut. † Nec distinguemus an cessionarius procurator factus sit in rem suam, an in rem cedentis, nisi haec tamen vt si in rem suam ea demum personalis exceptio ei noceat, qua ex ipso negotio de quo agitur proficiscitur: si in rem cedentis indistincte noceat quilibet. Etsi enim qui directas actiones exercet tanquam procurator in rem sua, petere potest & debet sibi dari non etiam cedenti vt post Accurs. & Bart. vulgo nostri tradunt, ad dict. l. qui stipendia. & d. l. si quis in rem suam. Cogitur tamen in narratione, cedentis personam exprimere, ob idque factum & dolum quoque cedentis ipsi nocere æquum est, argum. d. l. apud Celsum. §. de auctoris. vers. si autem accessione. D. dol. mal. except. l. ex qua persona 149. de reg. iur. † Eoque pertinet quod tractat Bartol. ad dictum §. si cum legitima. exceptionem banni vt ille loquitur, & excommunicationem qua obstat cedenti, non obstat cessionario tametsi lucratiuam quoque causam habenti. Quoniam, inquit, non respicit actionem, sed quid aliud extrinsecum & mere personale. At cum in rem cedentis agitur,

tur, nocet quilibet exceptio personalis, etiam si ex ipso negotio de quo agitur mittimè proficiscatur. Ratione illa, quod quia agendum inhabilis est, non magis per procuratorem agere possit quam per seipsum. Loquimur enim de illo exiue qui per se ideo agere non potest quod sit inhabilis, non de illo qui idcirco tantum agere nequeat quod absit, de quo in l. Papiannus exuit. D. de minor. Atque ita Baldus quoque & Castrensis tractant ad d. l. qui stipendia. De compensationis exceptione dubitatio nonnulla est, an qua obiici poterat cedenti obiici possit cessionario: † Non quod quisquam neget quin in rem sit non in personam, nam & ob eam causam competit fideiussori ex persona debitoris, leg. 4. & 5. D. de compensat. qua non competeret si personae non rei cohereret, dict. l. except.] sed quia, vt Castrensis disputat, ad l. eius. C. de compensat. post Bart. in l. si cum dos. D. rer. amor. non tam actionem ipsam afficit, quam exactionem. † Qua ratione defendit ille, non posse cessionario hanc exceptionem obiici si cessa sit actio priusquam cedenti compensatio obiceretur, quia nec prius actionem elidat, quam sit opposita. Item quod nec sit nouum vt actio qua inutilis erat penes cedentem, sit tamen utilis penes cessionarium, cessante scilicet ratione inutilitatis, d. l. vlt. C. de iur. dot. † Verius tamen est quod magis communiter nostris placet, perinde cessionario ac ipsi cedenti posse obiici compensationem, cum in rem sit non in personam, ideoque afficiat proculdubio actionem. Quomodo enim afficeret exactionem si non ipsam quoque actionem afficeret ex qua sit exactio? Nam & idcirco dicimus compensationem ipso iure minuere actiones, §. in bona fructu. Insti. de act. l. vlt. C. de compensat. † Fatcor etiam post Iustiniani constitutionem in dict. l. vlt. qua ius & potestatem compensationis valde auxit, superesse illud ex iure vetere, vt exceptionem hanc opponi sit necesse. Exceptio namque est proinde opponenda ex natura exceptionum omnium, l. 2. D. eo. l. 2. quoniam 10. C. eo. l. 2. l. exceptio 21. D. de except. Sed non facit ea res quominus actionem ipsam afficiat & minuat, ceterisque effectus suos exerat ipso iure, l. si constat 4. C. de compensat. l. si ambo 10. l. postquam 21. D. eo. Quod etsi non esset, non eò minus tamen cessionario nocere hac exceptio deberet, Exemplo ceterarum exceptionum, quas, cum in rem sunt, cessionario quoque obiici posse diximus, licet non prius actionem elidant, quam sint opposita, d. l. 2. & d. l. exceptio 21. de except. Accedit quod compensatio solutionis vim obtinet, dict. l. si constat 4. & l. seq. l. inuicem 12. & pass. C. de compensat. dict. l. si ambo 10. D. eo. † Vnde illud etiam sit quod in d. l. si ambo §. si quis igitur, scriptum est, exceptionem hanc si per facti errorem omitta sit, inducere conditionem indebiti. l. qui inuicem 30. l. qui exceptionem 40. §. si pars de condit. indob. l. quod dicitur 5. §. penult. de impens. in reb. dotal. facti. Quamquam scio nostros vulgo hac in re distinguere post glof. & Bart. ad d. l. qui inuicem. an compensatio fiat ipso iure, an ipso facto: vt si ipso iure, conditionem inducat, sin ipso facto, non inducat. Sed omnino malè, vt ego quidem existimo, non solum quod hodie distinctio illa sublata sit per supradictam Iustiniani constitutionem in d. l. vlt. C. de compensat. qua factum est vt in omnibus actionibus compensatio locum habeat ipso iure, sed etiam quia iuris regula est, Eum qui perpetua exceptione fauorabiliter tutus erat, si soluat, posse repetere d. l. qui exceptionem. atqui exceptio compensationis est perpetua & fauorabilis, cum ideo detur quod intersit nostra non soluere potius quam solum repetere, l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus 15. D.

de fideiussor. Cur non igitur conditionem indebiti perpetuo inducat? † Nec me mouet quod Bart. ad d. l. qui inuicem scribit, compensationem non esse proprie exceptionem, sed potius actionem cum dicatur petere quisquis competat. l. amplius 15. D. rat. rem. habere. adeo vt neque permittendum sit excommunicato compensare quamuis possit excipere. Sic enim Bald. ad l. quoniam Alexander in C. ad l. l. de adulter. post Canonistas in c. cum inter Ext. de except. Nam respondeo, Imò verò si compensatio actio est, multo magis exceptionem dici debere. Non enim aliam ob causam dicitur actio, quam quod qui compensat, excipiendo petat, ac proinde agat. Ceterum prius est vt excipiat, quam vt agere & petere videatur. Idque ex eo apparet, quod si tale sit debitum cuius nulla petitio competat, puta quod naturaliter tantum debeatur, nihilominus compensari potest l. etiam quod natura 6. D. de compensat. Quin & si solutum fuerit condicetur, vt & Bartol. imple fieri cogitur ad l. qui inuicem in fi. Cur non ergo & condici poterit quod compensari poterat tametsi ciuiler quoque debeatur? An non absurdum si fauorabiliore iure conseri debitum cuius nulla fuit petitio, quam quod peti potuit? Eadem igitur in omnibus ratio esse debet compensationis, & aliarum exceptionum qua in rem sunt, & fauorabiles, vt & indebiti conditionem inducat, & quod ad institutam disputationem pertinet, cessionario aequè ac cedenti obiici possit. † Vnus sanè casus est, quo exceptio qua obstatura erat cedenti, omnino & indistincte obstat etiam cessionario, quamuis vtilem suo nomine actionem exercenti, nimirum cum cessionis & exactionis totum commodum reuersurum est ad cedentem. Castrensis in d. l. qui stipendia 9. C. de procurat. ex notat. in l. si. eo. & p. Bart. in leg. facta §. si heres scriptus. D. ad S. C. Trebelli. Nam qui agit suo nomine ad alienum commodum, perinde habendus est ac si alieno nomine ageret, l. non solum 39. §. sed emeritum. D. de procurat. Idem Bart. in d. l. si quis in rem 34. eod.

CAPVT X.

An in causa reouentionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Emendata l. si quis in rem 34. & explicata l. pater 70. de procur.

SVMARIA.

- 1 Doctores in hac vt in superiore quaestione distinxisse & subdistinxisse.
- 2 Doctorum interpretatio ad l. seruum 33. §. vltim. ff. de procurat.
- 3 Eorundem exceptio ad subdistinctionem.
- 4 Verba illa d. l. seruum §. fin. nisi ex causa onerosa procurator factus sit Quomodo à Doctoribus accepta sunt?
- 5 Bartoli, & Accursij ad illa verba interpretatio.
- 6 Exemplum procuratoris ex necessitate facti interueniente causa lucratia, à Castrense allatum.
- 7 Bartoli interpretatio excutitur.
- 8 Vera sententia l. si quis in rem suam 34. ff. de procurat. & distinctio in proposita quaestione adhibenda.
- 9 Cur factus procurator in rem suam, si procurator nomine agit, mandantem defendere teneatur?
- 10 An in rem sua procurator ex necessitate factus cedentem defendere cogatur?
- 11 Quid iuris si proprio nomine agit in rem suam procurator factus?
- 12 Emendatur d. l. si quis in rem suam. & pro procuratorio legitur procurator proprio.

- 430
 13 *Vlpianum in §. vlt. d. l. seruum. de procuratore in rem suam factio ex causa lucratiua non tractare.*
 14 *Cur Vlpiani contextui intertexta fuerit d. l. si quis. qua. Caij est?*
 15 *Ratio superioris emendationis, & cur locus ille de procuratore proprio nomine agente sit accipiendus.*
 16 *Mlatio ex distinctione à Caio proposita in dict. l. si quis in rem.*
 17 *Procuratorem in rem suam factum, & procuratorio nomine agentem. ex legum dispositione ad suscipiendam cedentis defensionem obligari.*
 18 *Vera ratio l. pater. 70. ff. de procurat.*
 19 *Observantur quedam, ad dictam legem.*
 20 *Differre in specie d. l. pater. legatum, & fideicommissum nominis.*
 21 *Dictam legem de fideicommissio nominis, non de legato loqui.*
 22 *Respondetur ad §. si cum legitima. 28. l. 4. dol. expt. pro Doctorum subdistinctione superius resutata alatum.*
 23 *Quando locum habeat distinctio illa, an procurator in rem suam factus sit ex causa lucratiua, an vero ex onerosa?*
 24 *An non aliquid intersit quum agitur procuratorio nomine, vtrum lucratiua causa interuenierit, an onerosa?*
 25 *Textum §. vlt. d. l. seruum. ad eos qui ex causa lucratiua in rem suam procuratores facti sunt non esse coartandum.*

Quæ tamen nobis adhibita distinctio est in quaestione illa, an exceptio quæ obstat cedenti obstat etiam cessionario, eandem ferè nostri adhibent cum quaeritur, an in causa reconuentionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Nam si cessionarius vtili actione experiatur, & proprio nomine placet, non esse cogendum cedentem defendere, *leg. si quis in rem. 34. vbi Bartol. & ceteri. D. de procurat.* nisi cessio in fraudem facta proponatur, dolum fraudemque participante cessionario. Quis enim patiatur communem cedentis & cessionarij dolum debitori cello fraudi esse? *l. & e. legat. 7. §. penultim. leg. quid enim. 14. D. de dolo. l. si procuratorem. 8. §. 1. D. mandat.* At si mandatis actionibus & procuratorio nomine cessionarius experiatur, subdistingendum putant, Causamne habeat lucratiuam cessio an onerosam, vt si lucratiuam, vtque cogatur defendere. *l. apud Celsum. 4. §. si cum legitima. D. de dol. mal. except. l. seruum. 33. §. vltim. D. de procurat.* Sic enim locum illum vulgò intelligunt, vt procedat in cessione facta ex causa tantum lucratiua, Ne obstat quod in *l. sequent.* Caius scribit [quæ altera subdistinctionis pars est.] Si quis in rem suam procuratorio nomine agat veluti emptor hereditatis, non debere eum defendere venditorem qui actiones mandauit. Cui interpretationi videtur conuenire, *l. pater. 70. eod. tit. & quod in d. §. si cum legitima,* Vlpianus apertè distinguit causam lucratiuam ab onerosa. † Sed exceptio tamen vtrique subdistinctionis parti à nostris subiicitur. Priori quidè illa dummodo cessionarius non ex necessitate factus sit in rem suam procurator, *d. §. vlt. l. seruum.* Posteriori verò nisi in fraudem gestum negotium proponatur, *d. l. si quis in rem. 34.* in illis verbis si bona fide, non in fraudem eorum qui inuicem agere vellent gestum sit negotium. † Nondum tamen conflat inter eos quid sibi Vlpianus velit, in *d. §. vlt. l. seruum.* cum ait, nisi forte ex necessitate fuerit factus. Fecit illis dubitatione quodd, vt proximè dixi, eum locum intelligunt de eo procuratore cui mandata sint actiones ex causa lucratiua, ne alioqui Vlpianus cum Caio pugnet. At difficile est

dare exemplum procuratoris ex necessitate facti interueniente causa lucratiua. † Quam ob causam si plerique verba illa accipiunt, ac si scriptum esset, nisi ex causa onerosa procurator factus sit. Atque ita sensibile videtur Accursi. & post eum Bart. exemplum adferens non inelegans ex *l. 3. D. famul. ercisc.* vbi agitur de creditorum & debitorum hereditarium diuisione, quam sic faciendam esse ait, vt iudex singulis pro solido alia aliis attribuat. Quod cum fecerit, non tamen illud eueniet, vt quis ex heredibus solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed vt siue agendum sit partim suo partim procuratorio nomine agat: siue cum eo agatur partim suo partim procuratorio nomine conueniatur. † Castrensis verò ad Vlpianum putat exemplum dari posse in eo cui donata sint centum, deinde ex necessitate cessum nomen Titij qui donatori centum quoque debebat. Hoc enim casu, inquit, licet donatarius causam habeat lucratiuam initio inspecto, quia tamen in rem suam procurator ex necessitate factus est, non cogitur donatorem eundemque cedentem defendere. Sed hoc ego ridiculum arbitror, & falsum, quoniam initium semper inspiciendum est, *l. si procuratorem. 8. in prin. D. mand. l. 3. §. scio. in fin. D. de minor.* † Facit tamen contra Bartolum, quod contractus omnes etiam, quos nostri onerosos vocant, inspecto initio sunt voluntatis, nulli necessitatis præterquam ex post facto, *l. sicut. 4. C. de oblig. & act.* Nisi forte quis pro Bartolo respondeat videri factum ex necessitate procuratorem in rem suam, eum qui ex causa onerosa contraxit: siue quod vix sit vt alienas mandatæque actiones velit exercere qui alio modo sibi potest consulere, siue quod interueniente causa onerosa necesse sit cessionarium aut agere aut in damno morari. Verum vtraque interpretatio durior est quam vt mihi possit satisfacere. † Diceremque libenter si auderem corruptum videri textum, *dict. leg. si quis in rem suam,* longeque aliam Vlpiani & Caij sententiam esse quæ vulgò existimetur: Illam nimirum, vt distingui oporteat, an qui in rem suam procurator factus est proprio nomine agat, an procuratorio: siquidem fieri potest vt agat proprio etiam nomine, si contractus talis proponatur ex quo vtilem quoque habeat actionem vt contingit in emptore hereditatis aliisque similibus personis de quibus supra diximus cap. 5. † Cum agit procuratorio nomine, illa semper ratio facit vt mandantem defendere debeat, quod perinde sit ac si ille ipse qui mandauit, experiretur. Quid enim interest, an quis per seipsum agat an per alium? Eaque Prætorij edicti ratio est, quam Vlpianus quoque eleganter exprimit, cum ait æquum Prætori visum esse, eum qui alicuius nomine vt procurator experitur, eiusdem etiam defensionem suscipere. Imputet enim sibi qui mandatis actionibus, & alieno nomine experiri maluit, cum ex propria persona potius agere proprioque nomine si voluisset potuisset. † Cui consequens est, vt si ex necessitate procurator in rem suam factus sit, id est, si coactus fuerit mandatas actiones impetrare & exercere, propterea quod vtilis aliquid fortasse impediobat, quod aliquando euenire diximus supra ad fin. c. 6. non ei debeat nocere quod alieno nomine experitur. Semper enim succurrendum illi est quem necessitas cogat aliter agere quam vellet. *l. cum rem. 14. D. de fideim. l. 3. D. de separat.* Præsertim cum in rem suam procurator factus sit, certè etque de damno vitando: quæ incurreret si eum cuius nomine experiri vel inuitus cogitur etiam defendere cogere. † At si proprio agat nomine aliud est. Neque enim illi nocere debet quod procurator quoque sit, cum non procuratorio, sed proprio

prio nomine agat & ad suum commodum, si modo bona fide nec in fraudem eorum qui inuicem agere vellent gestum sit negotium, vt Caius scribit in *d. l. si quis* in qua non dubito quin legendum sit *procurator proprio*, pro eo quod legitur *procuratorio*, nato fortassis errore incitit ex scriptoris cum ita scriptum esset *procuratio*, & ex scriptor ille vnicam dictionem esse putarat, eamque nullius sensus, pro qua scribi deberet *procuratorio*, & sanè si receptam lectionem tuere nūquam facies quin Vlpianus à Caio dissentiat in ea re de qua certum & exploratum ius fuisse nec dubitandum videatur. † Nihil enim est apud Vlpianum in *§. vlt.* legis præcedentis, ex quo possit conici, tractare eum de procuratore in rem suam factio ex causa lucratiua quomodo nostri intelligunt, potius quam ex causa onerosa, cum verba illa *si quis in rem suam procurator interueniat*, sint omnino generalia, & eò magis ad procuratorem ex causa onerosa, coarctanda, quod in rem suam procurator constitui ex ea causa soleat frequentius quam ex lucratiua. Item quod secundum nostrorum interpretationem fatendum sit Vlpianum eum casum prætermisisse qui præcipuè tractandus erat, si procurator in rem suam ex causa onerosa interuenierit. Nec dici potest, idèò supplendam Vlpiani sententiam ex Caio in *l. seq.* Apparet enim tam ex præcedentibus quam ex sequentibus id agere Vlpianum, vt ea omnia diligenter explicet quæ pertinent ad interpretationem edicti De procuratore alieno nomine agente: Quis ergo credat fuisse mancum aut tam obscurum in eo quod erat vel maximi momenti. † Planè non solum accommodatum fuit, sed etiam penè necessarium; Vlpiani contextum interpolare, & ex Caio interferere quod scriptum est in *d. l. si quis*, non esse verum generaliter quod Vlpianus dixerat, si quis procurator in rem suam factus sit, eum debere defensionem illius suscipere cuius nomine agit. Id enim fallere si non procuratorio sed proprio nomine agat, vt puta emptor hereditatis qui post Diui Pij rescriptum vtilis ex propria persona actiones habet, *leg. si cum emptore 16. de pac.* Hoc verò Vlpianus prætermiserat, non quod ad rem non faceret, sed quoniam interpretabatur verba edicti ad eum tantum casum pertinentia, quo procurator alieno nomine experiatur. Sic enim habent, *cuius nomine qui actionem sibi dari possulabit, d. l. seruum §. an Prætor.* † Sed me omnium maxime illud mouet, quod in emptore hereditatis Caius exemplum ponit. Quid enim erat necesse potius, quam in simplici nudoque mandatario licet in rem suam constituto, si de illo tantum agebat qui in rem suam procurator esset constitutus: Nam & is cui mandata sunt actiones à debitore suo ad exigendam solutionem, æquè dicitur procurator in rem suam constitutus vt agere possit procuratorio nomine ex causa onerosa, tametsi cessio nominis nulla facta sit, vt docuimus supra c. 6. ad l. 2. C. de nouat. Et tamen in eo differt ab illo cui nomen cessum & in solutionem datum esset, quod ille non tantum procuratorio sed etiam proprio si mallet nomine agere posset. Igitur quod Caius nominatim loquitur de emptore hereditatis, ostendit satis tractare illum de procuratore in rem suam dato qui alio quam procuratorio nomine, id est suo proprio & agere possit, & agat. † Accedit quod etiam in hereditatis emptore distinguendum ait Caius, an negotium gestum sit in fraudem eorum qui inuicem agere vellent, an non. Atqui non esset ea distinctio necessaria si poneret emptorem non nisi procuratorio nomine agere. Hoc ipsum enim sufficit vt cogatur venditorem defendere, tametsi si fraudem nulla interuenierit, cum

agens procuratorio nomine, agat ex persona venditoris, licet in rem suam, ideoque verbis edicti teneatur, *d. §. an Prætor. & §. vlt.* Tum demum igitur de fraudem querendum est cum stricta iuris ratio emptori fauere venditorem defendere cogatur, id est cum proprio nomine agit non procuratorio quo casu ratio verbaque edicti cessant. † Denique nullus alius iuris locus est, quo probari possit eum qui procurator in rem suam factus est, licet ex causa onerosa, si agat procuratorio nomine cogendum non esse vt auctor sui defensionem suscipiat, sed quotquot leges sunt quæ de huiusmodi procuratore loquuntur, obligant eum ad suscipiendam defensionem, non adhibita ea distinctione, an lucratiua causa interuenierit, an onerosa, † Præsertim *d. §. vlt. l. seruum, & l. pater 70. eod.* que licet tractet de mandata actione ex causa legati, aut fideicommissi si quæ lucratiua est, non tamen illam habet rationem, sed longè aliam quam Scauola suo more in proponenda quaestione iis verbis perstringit, *cum tam tutela actione quam pecunie credita ex hereditate Sempronij descendam.* Ex qua infert non aliter mandatam actionem ei dari debere quam si defendat heredes à quibus mandata sunt. † Obserua autem non ita loqui Scauolam vt dicat, non esse permittendum legatario aut fideicommissario nominis vt agat contra debitorem qui defendat heredes, sed non esse ferendum vt agat mandata actione id est procuratorio nomine. Nam si proprio agere vellet, id est vtili actione proposita, quæ hodie post rescriptum Diui Pij competit, *dict. l. si cum emptore 16. de pac. iunct. l. ex legato 18. C. de leg. possit vtrique, nec heredes defendere cogere, si non in fraudem actionis tutela factum esset legatum aut fideicommissum.* Hæc enim exceptio addenda esset, *arg. de l. si quis.* † Nisi forte quis dicat quod ego arbitror probabilius, licet à nemine adhuc obseruatum, fuisse hæc in re differentiam inter legatum & fideicommissum nominis, quod ex legato nominis vtilis actio competere possit legatario, non item fideicommissario ex fideicommissio, quia toto iure vetere fideicommissi natura illa fuit vt accipi deberet per manus heredis, ne quicquam iuris in eo haberet fideicommissarius ante traditionem, vt docuimus lib. 6. cap. 1. Porro in nominibus quæ sunt iura & incorporalia, nihil est quod traditionis loco esse possit præterquam si actio madetur quæ aduersus debitorem competeat, quemadmodum in seruitutibus constituendis dicimus patientiam pro traditione haberi *l. 3. §. si iter. D. de act. empt.* † Ideoque nisi fallor Scauola in *d. l. pater. de fideicommissio* loquitur non de legato. At contra, lex ex legato de legato nominis non de fideicommissio. Nec quod iam olim obtinebat vt per omnia ex æquata essent legata fideicommissis singularibus, *l. 1. de legat. 1. ad rem pertinet.* Id enim longè diuersam habet interpretationem, quam nos attulimus *dict. c. 1.* † Neque rursus pugnat quod Vlpianus in *d. §. si cum legitima* separat euidenter cessionem factam ex causa lucratiua ab ea quæ facta sit ex causa onerosa. Separat enim in quaestione illa quam nos proximo capite agitauimus, An exceptio doli alicuius similis quæ obijci posset in cedentis personam, obijci possit cessionario: non autem in illa, quam nunc tractamus, an in causa reconuentionis cogatur mandatarius actionis in rem suam constitutus mandantem defendere. Quæ quaestio tantum ab illa differt quantum reconuentionis distat ab exceptione. Sed neque separat Vlpianus eo loco causam lucratiuam ab onerosa, in illum casum de quo quaerimus, id est cum cessionarius mandatis actionibus, & ex persona cedentis experitur. Iam enim superiori cap. diximus, tam

cogi cessionarium eandem omnino pati exceptiones quas cedens ipse pateretur, siue ex lucratiua causa siue ex onerosa cessione facta sit. Eadem prorsus ratione, quanos nunc contendimus cogi procuratorem qui mandatas licet in rem suam exercet actiones mandatorum defendere, quod non suo sed mandati agat nomine.

23 † Tum igitur locum habet illa distinctio an causa lucratiua interuenierit an onerosa, cum cessionarius suo nomine & vtilibus actionibus experitur. Quo tamen casu fatentur nostri omnes, non esse cogendum procuratorem in rem suam, vt tutoris sui defensionem suscipiat, nec si lucratiua causam habeat, nisi fraus interuenierit, vt initio capituli retulimus. Omnes inquam hoc fatentur, excepto Castrensi qui ex contrario scripsit nihil interesse directamne actionem cessionarius exerceat an vtilem, sed tantum an lucratiua causa fuerit cessionis, an onerosa. quo ineptius dici nihil potuit. Ratio autem diuersitatis meo iudicio illa est, quod facilius sit, vt quoquomodo conuenio reo excipiendi, quam reconueniendi facultas detur. Est enim reconuenio noua actio, licet per reum proponatur: nec vlla sit actori iniuria cum iisdem exceptionibus repellitur, quibus repelleretur is à quo causam habet, licet suo non auctoris sui nomine agat: fieret verò si eum quoque defendere cogereetur. Quam ob causam factum etiam putem vt nullo Pretoris edicto opus fuerit ad inducendum, vt exceptio quæ contra cedentem competitura erat, cessionario, licet in rem suam & suo nomine agenti, posset obici. At opus fuit, vt illo etiam casu quo nec in rem suam nec suo nomine ageret, sed alieno & procuratorio, mandatorum defendere cogereetur. † Quid ergo, inquires, an nullo modo intererit cum agatur procuratorio nomine, vtrum lucratiua causa interuenierit an onerosa? Imò intererit, non quod ad regulam quæ illa est, vt quisquis procuratorio nomine agit, quauis in rem sua cogatur mandatorum defendere: sed quod ad exceptionem illam quam Vlp. ponit d. §. vlt. l. seruum, nisi forte ex necessitate factus fuerit. Nam & qui ex necessitate factus est in rem suam procurator, id est, vt supra interpretati sumus, qui non aliter suum cõsequi potuit quam si mandatas susciperet & exerceret actiones, si lucratiua causam habuit omnimodo cogendus est autorem suum defendere: Nempe quia initio inspecto nec videri potest procurator in rem suam factus ex necessitate, cum neque in eum conferri liberalitatem, neque collatam ipsum agnoscere fuerit necesse. Eiusque rei argumentum & exemplum apertissimum extat in d. l. pater 70. de procurat. vbi agit de fideicommissario nominis, cui ad fideicommissum consequendum necesse fuit ab heredibus creditoris mandari actiones aduersus debitorem, cum vtilis ex propria persona nullas haberet, quemadmodum diximus, nec eò minùs tamen placet Scauolæ cogendum illum heredes creditoris, qui & tutor debitoris fuerat in tutela actione defendere. † Ex quo magis apparet quam ineptè nostri faciant, qui regulam ab Vlpiano traditam verbis illis generalibus, si quis in rem suam procurator interueniat, adhuc erit dicendum debere eum defendere. ad eos solos procuratores coarctant, qui ex causa lucratiua non etiam ex onerosa in rem suam sint constituti: cum tamen subiecta exceptio, nisi forte ex necessitate fuerit factus, quæ de regula esse deberet, non nisi ad eos accommodari possit, qui ex causa onerosa mandatas ab aliis actionibus susceperunt. Planè tametsi de iis expressim Vlpianus tractasset duntaxat, qui ex causa onerosa alienæ actionis exercendæ mandatum susceperunt, ineptè tamen faceres si ex eo inferres. Aliud ergo il-

lum existimasse in iis procuratoribus qui lucratiua causam haberent. Nemo enim dubitat, vel tacete Vlpiano, quin longè maiori ratione cogendi sint isti vt eum defendant, cuius nomine experiuntur. Et hæc quidem dixisse sufficiat de quæstione ista in qua nihil nostros vidisse videbit quisquis eos videre volet, deceptos nimirum corrupta lectione vnus illius loci quem nos emendamus, nec animaduertentes fieri nõ posse, quin si locus eo quo diximus modo non emendetur, futurum omnino sit, vt Caius non solum cum iuris ratione verbisque edicti pugnet, sed etiam cum Vlpiano in d. §. vlt. l. 33. proxime procedentis.

CAPVT XI.

Exceptio quæ obstat deleganti an & quâdo obstat ei cui facta est delegatio. Et emendatio §. apud Iulianum l.

4. D. de dol. except.

SUMMARI A.

- 1 Duplex differentia inter cessionem nominis, & delegationem.
- 2 Cur delegatus nulla omnino exceptione aduersus eum cui delegatus est vti possit, licet ei per ignorantiam promiserit?
- 3 An eadem sit causa cessionarij qua eius cui facta delegatio est, si citra delegationem cessione nominis facta sit sciente & consentiente debitore?
- 4 Solam cessionis nominis scientiam expresso consensu destitutam debitorem non priuare beneficio exceptionis aduersus cedentem, si ageret competitura.
- 5 Debitorem qui exceptionem sibi competentem ignorans cessionem expressim consensit, illius exceptionis beneficio non cadere.
- 6 Nec eo casu distinguendum esse an probabilis ignorantia fuerit, nec ne.
- 7 Eum cui delegatio facta est nulla exceptione repelli posse.
- 8 Duplex circa hanc rem Interpretum distinctio rejicitur, & respondetur ad locos pro ea allegatos.
- 9 Casus quo Dynus existimauit exceptionem qua competeat aduersus delegantem ei quoque nocere, cui delegatio facta est.
- 10 In superiore quæstione distinguendum esse, an exactio nis qua ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuersurum sit, nec ne.
- 11 Amendo repurgatur d. §. apud Iulianum l. 4. ff. de dol. except.
- 12 Verba illa d. §. dos enim quam maritus ab herede foci peti &c. an de marito post diuortium an verò constante matrimonio dotem exigente sint accipienda?
- 13 Vera quæstio & species d. §. apud Iulianum. quanam sit.
- 14 Superuacua id d. §. non esse illam quæstionem, vtrum maritus ex mulieris dolo repellere debeat, si ex suo proprio repellere possit.
- 15 Non dubitasse Iulianum quin de ipsius mariti dolo excipere liceret.
- 16 Ratio dubitandi & decidendi in illa specie.

Hucusque diximus de nominis cessione: Nunc de delegatione aliquid subiiciendum est quod ab instituta disputatione non sit alienum † constat autem in eo differre cessionem nominis à delegatione quod delegatio debiti nisi consentiente & stipulanti promittente debitore iure perfici non potest. Nominis autem cessione siue per venditionem siue qua alia ratione fiat, & ignorante & inuito eo aduersus quem actiones mandantur contrahi solet, leg. prima, c.

ma, Codice de nouat. Qua ex differentia illa etiam nascitur, vt qui inuitus aut ignorans cessus est, saluas plerumque habeat exceptiones contra cessionarium, quas aduersus cedentem ipsum erat habiturus, non solum si agat cessionarius ex persona cedentis, sed etiam si ex propria vtilibusque actionibus sibi post scriptum Diui Pij competentibus, secundum eam tamen distinctionem, quam nos supr. exposuimus capit. 9. † Qui verò delegatus est, nulla omnino exceptione vti potest aduersus eum cui facta est delegatio, quamuis aduersus delegantem antea vti potuisset. l. si quis delegauerit. 12. D. de nouat. & delegat. vbi rationem Paulus reddit, quod qui se passus est delegari cum sciret competere sibi exceptionem, videatur similis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur. Sed etsi per ignorantiam promiserit creditori, idem esse ait vt nulla exceptione iuari debeat aduersus creditorem, quia ille suum recepit, cum delegatio solutionis locum & instar obtineat, perindeque liberet delegantem qui erat debitor, ac si verè soluisset, l. 3. in fin. C. eod. l. quamuis. 8. §. interdum. D. ad S. C. Velleian. Iuris enim regula est repetitionem nullam esse ab eo qui suum recepit licet alius soluerit quam qui debebat. l. repetitio. 4. de cond. indeb. † Quid ergo si citra delegationem cessione nominis facta sit sciente & consentiente debitore? Siquidem fieri potest vt cessionem consentiat debitor, neque tamen delegatus videri debeat, quoniam delegationem non consensus facit, sed stipulatio dicit. l. nisi si jari delegans non possit, quod cum euenit scripturam nutumve interuenisse sufficit, l. delegare. 17. D. eodem. An eo casu eadem erit causa cessionarij, qui eius cui facta delegatio est, vt nulla exceptione repellendus sit? Erit vti que si exceptionem sibi competere debitor non ignorauit. Eadem enim ratio hic locum habet quam Paulus probat facta delegatione, quod qui se cedi consentiit cum sciret tutum se exceptione, remississe exceptionem videatur si modò cessionarius talis est qui vtilem ex sua persona actionem exercere possit. Videtur enim consensus ille, cum expressus est, id operari debere vt debitori commodum pristinæ exceptionis eripiat, quasi quodam contractu inter debitorem cessionem & cessionarium interposito. Ne alioqui aut frustra, aut fraudandi cessionarij gratia consensus ille debitoris expressus videatur, cum sit credibile debitoris creditorem eundemque cessionarium qui debitoris cessionem habere voluit non aliter fuisse contractuum, nominisque cessionem agiturum, verentem fortasse ne qua exceptione repellere possit. † Sane sola cessionis nominis scientia expresso consensu destituta non vsque adeò debitori nocebit vt exceptionis aduersus cedentem si ageret competitura beneficium ei adimat: quia & regulare est vt plus operetur consensus quam nuda scientia, sicut. 8. §. non videatur. D. quib. mod. pig. vel hyp. soluit. Præsertim in ea re quæ fieri potuisset inuito quoque & ignorante eo qui sciens tacet non videri consentire, si contradicere non potuit quominus etiam inuito se fieret quod fieri sciuit, l. Caius Scius. 39. D. de pig. act. l. Titius. 8. in fin. D. de rescin. vendit. quamuis sibi noceat si expressim consentiat, l. fideiusor. 26. §. 1. in fin. D. de pig. l. apud Celsum. 4. §. quæstionem. 1. D. de dolo except. † At si exceptionem sibi competentem ignorauit debitor, cum cessionem expressim consentiit, nõ est æquum vt eodem iure censeatur, quo si facta esset delegatio, quia cum per eiusmodi cessionem etiam consentiente debitore cessione factam, non sit liberatus cedens à cessionario qui sal-

uam in cedentem habet pristinam actionem, consequens est vt hic locum non habeat ratio illa qua mouetur Paulus cum delegatio facta est, quia ille suum recepit. Qua ratione cessante facit pro debitore cessione qui per ignorantiam cessionem consentiit, quod eius facultatem & imprudentiam circumueniri non oporteat. † Ad eò vt nec distinguendum sit meo iudicio an probabilis ignorantia fuerit, necne, hoc est an ex proprio an ex alieno facto descendat, cum satis superque sit iuris rationem facere pro cessione debitore, nec in damno vilo morari creditorem. † Quemadmodum ex contrario facta delegatione nec scientiam ab ignorantia distinguimus, nec ignorantiam probabilem ab improbabilis, sed omnimodo tuemur eum cui delegatio facta est vt nulla exceptione repellere possit. † In quo miri sunt nostri interpretes, distinguentes, vt in cessione, an delegatio facta sit ex causa lucratiua an ex onerosa. Item an delegatus sciuerit exceptionem sibi competere an ignorauerit. Sic enim Dynus distinguebat, quem Bart. refert & probat ad l. doli. 19. D. de nouat. ex l. 2. §. aliud iuris. D. de donat. leg. Iulianus. 7. 1. resp. D. de dol. except. Qui tamen loci non de vero debitore delegato tractant de quo nos disputamus, sed de putatiuo, vt Bartolus fatetur ad d. l. si quis delegauerit. At longè alia putatiui alia veri debitoris delegatio est. Facilius enim suum curritur delegato qui nullo modo debitor fuit, quam ei qui reuera fuit licet haberet exceptionem. Item tractant de delegatione facta donandi animo, id est ei cui delegatis donare volebat, & consequenter qui nondum erat creditor nequidem ex causa lucratiua cum necdum vlla esset donatio. In quo nõ potest locum habere ratio qua Paulus mouetur, quia suum recepit, siquidem fieri nequeat vt suum receperit qui creditor non fuit. Nam & sub conditione facta videtur illa donatio si debitor sit qui donandi animo tanquam debitor delegatur, arg. leg. si sic. 75. §. 1. de leg. 1. l. legat. 25. in fin. de liber. legat. † Addebat Dynus posse exceptionem quæ competeat aduersus delegantem ei quoque nocere cui facta est delegatio si eadem causa sit concedendæ aduersus vtrumque exceptionis, vt puta si mulier quæ pro alio intercesserat iuarique Velleiano poterat delegari se passa sit. Nam & aduersus creditorem ex delegatione agentem eadem ipsi exceptio proderit, dicit. l. doli. §. diuersim. & l. quamuis. 8. §. si mulier. ad S. C. Velleian. vbi ratio redditur, quoniam in secunda quoque promissione intercessio est. Sed hoc ad rem non pertinet. Næquemadmodum duplex illo casu intercessio est, ita & consequens sit vt alia sit exceptio quæ competeat aduersus delegantem, alia quæ nunc competit aduersus eum cui facta fuit delegatio: quamuis eadem sit genere, quod nec Bartolus prætermisit. † Illa tantum distinctio probari potest, An exactio nis quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuersurum sit necne, vt si reuersurum sit vno illo casu, nec alio præterea vilo noceat ei cui delegatio facta est, exceptio quæ deleganti erat nocitura. Ex l. apud Celsum. 4. §. apud Iulianum. 22. & l. sequi. §. penult. D. de dol. mal. except. Ratione illa, quod qui agit suo nomine ad alienum commodum perinde habendus sit ac si alieno nomine ageret, l. non solum. 39. §. sed interdum. de procurat. † Obserua tamen in d. §. apud Iulianum mendum subesse in postremis illis verbis, licet videatur dos nulla filia, vt aut. queri. Non enim nulla legendum est, sed illa, vt apertissimum est, & præcedentia omnino probant quæ sic habent, dos enim quam maritus ab herede foci peti, intelligitur, inquit, filia acquiri cum per hoc dotem sit habitura. † Ex quib. verbis, vt hoc etiam addamus, ap-

paret errare Bartolum, Zasium, & ceteros quotquot Accursium secuti eum locum intelligunt de marito post diuortium dotem exigente. Maritum enim & dotem cum simpliciter dicimus constante matrimonio intelligimus, quippe quo soluto nec maritus amplius nec dos dici debeat. At neque verum esset quod eo. §. subiicitur, etiam de dolo mariti excipi posse. Nam cum post diuortium dos petitur cur noceat mulieri dolo mariti, qui nullum amplius in dote ius habet? Atqui, inquit, Apertè iniquum & falsum est si maritus dotem petat constate matrimonio nocere ipsi exceptionem doli ex persona mulieris, ut in §. *precedente Vlpian.* dixerat, rationem adferens *ne mulier indotata fiat*, id est ne iniuria fiat marito, qui dotem petit, non ducturus uxorem nisi dotem accepisset. Sic enim ratio illa explicanda est ex Paulo in *d.l.1. §. penultim. eod.* non quomodo volunt, qui putant cogitasse Vlpianum de damno mulieris quod ipsa incurreret si indotata constitueretur. Cur non enim ei imputari oporteat si ex dolo suo damnum sentiat? Verùm respondeo tum verè id dici cum de solius mulieris dolo contra maritum exciperetur. Quem casum Vlpianus tractat in *d. §. precedenti.* & Paulus in *d. §. penult.* † At in §. *apud Iulianum*, quæstio illa proponitur, si heres soceri à quo dos peteretur, exciperet de dolo mariti & mulieris cui pecunia quæreretur an obstatura esset exceptio ex persona mulieris. Tractabat igitur Iulianus eam facti speciem in qua non de solius mulieris, sed etiam de mariti dolo excipiebatur, quo casu cessat fauor ille mariti suo nomine dotem exigentis, cum is ipse dolum commiserit, ut nec mirum videri debeat si non tantum ex proprio, sed etiam ex mulieris dolo per exceptionem repellatur. † Dices superuacuum fore questionem illam vtrum ex mulieris dolo repelli debeat si ex suo proprio repelli possit. Imò verò, inquam, utilis est & necessaria, non ut magis condemnetur maritus ex dolo mulieris si iam ex proprio fuit condemnatus, sed quia de admittendis aut reiiciendis exceptionibus tum quærendum est, cum proponuntur, priusquam de facti veritate cognitum sit & ad condemnationem veniatur. Proinde interest mariti cui exceptio doli non tantum ex propria, sed etiam ex uxoris persona obicitur, illud primum sciri, an ea exceptio ex persona mulieris admittenda sit, ne inanibus oneretur sumptibus quos ad eiusmodi exceptionem refellendam fieri necesse esset, in illa facti quæstione discutienda dolumne mulier commisset necne. † Quod cum ita sit illud quoque mirari subit, quòd Vlpianus miretur Iulianum non explicasse an & de dolo mariti excipi possit. Nam si Iulianus eum casum tractabat, ut diximus, quo excipiebatur heres soceri de dolo mariti uxorisque coniunctim adeoque non dubitabat quin propter concurrentem mariti dolum de mulieris quoque dolo admittenda exceptio esset, an dubitare poterat, quin de ipsius mariti dolo multò magis excipere liceret? † Illa enim dubitandi ratio quòd filia dos queri videretur, facere non poterat ut eò minus repelli deberet maritus agens suo non uxoris nomine, præsertim cum uxoris quoque dolo interuenisset: sicuti quod maritus constante matrimonio dotem petens agit suo nomine suumque gerit negotium, non facit quin doli exceptione sit repellendus etiam ex persona mulieris cum ipse quoque dolum admisit. Itaque ea additio Vlpiani, *puto autem hoc sentire ut etiam de dolo mariti noceat exceptio*, veta quidem est, sed tamen parum subtilis, necessaria verò nullomodo. Similisque est plerisque notis Pauli ad Iauokenum & Papinianum quas reprehenden-

dendi studio potius quam ratione vlla ut plurimum expressas esse apparet, & nos si meminimus, alio loco monuimus.

CAPVT XII.

Anastafij constitutionem in leg. per diuersas.

22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illæ sint.

SVM MARIA.

- 1 *Confirmatur ex ipsis constitutionis verbis proposita interpretatio.*
- 2 *Refutatur Doctorum interpretatio ad versiculum cum certum sit pro indubitatis, &c.*
- 3 *Verba illa dicta constitutionis, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit, quomodo accipienda?*
- 4 *Cur aliena & incerta litis redemptori non liceat agere nisi ad concurrentem usque quantitatem pretij reuera soluti, eiusque usurarum?*
- 5 *Hoc ius à natura venditionis abhorre.*
- 6 *An per hanc Anastafij constitutionem sublatum sit titulus de actione vendita?*
- 7 *Quomodo Doctores indubitatas actiones interpretati sint?*
- 8 *An titulus de litigiosis ad actiones non pertineat?*
- 9 *Multum interesse an actio quæ venditur litigiosa sit necne.*
- 10 *An dicta constitutione generaliter improbate sint omnium actionum, quæ nondum fuerunt in iudicium deductæ venditiones?*
- 11 *Indubitata actio quænam dicatur?*
- 12 *An titulus de litigiosis ad actiones indubitatas pertineat?*
- 13 *Actionem ex instrumento obligatorio garenti giato competentem indubitata censeri, ac proinde vendi posse.*
- 14 *Nisi debitor allegatione sua dubitatum faciat actionem.*
- 15 *Cur indubitata actionis venditio valeat & permittatur.*
- 16 *Quibus personis Anastafius in dicta constitutione nocere voluerit?*

Percelebrem † hanc Anastafij constitutionem quæ de improbandis actionum venditionibus facta est non pertinere ad indubitatas actiones, etsi non est ex interpretibus qui fateatur, tamè ipsa Constitutionis verba non obscurè præ se ferunt, exposita enim per Anastasium initio legis ratione propter quàm nouum ius hac parte constituendum putauerit, nimirum ut multorum non fraudibus, sed malitiis occurreret qui alienis reb. fortunisque inhiantes, cessionè aliis cõpetentium actionum ambiunt, eoque modo diuersis vexationibus, personas litigatorum afficiunt, subiicit in hæc verba, *cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis quibus antea suppetebant iura sua vindicare quàm ad alios ea transferre velle.* Quæ verba sic omnino accipienda existimo, ut sensus sit, dubitandum non esse quin si quis ius obligationis & actionis sibi cõpetens adeò certum & indubitatum crederet, ut nullam eo nomine litè vereretur, magis utique debitum ipse exigere quàm alij exigendum mandare vellet: sibi enim quisque magis quàm alij fauere & solet, & debet. Quoties igitur qui actionem suam vendit alteri, credendum est, inquit Anastasius, id eum agere ut aduersarij quæ velut futurum litigatore iam oderit, personam grauiori afficiat vexatione. Ergo si proponas obligationem & actionem quæ venditi titulo cessa est, adeò certam & indubitata fuisse ut litis periculum nullum fuerit, causa nulla est cur cessare legis Anastafianæ ratione cõstitutionem illam locum habere quis putet. † No-

stri autem eodem illo versiculo mouentur, ut prorsus contraria interpretatione non nisi de indubitatis actionibus Anastasium sensisse arbitrentur. Quasi sensus sit, eos qui indubitatas vendunt actiones id potius agere ut sua iura per interpositam simulatè emptoris personam vindicent, quàm ut ea in alios transferant. Itaque venditiones istas non alio quàm simulationis prætextu ab Anastasio improbari existimant, ac si venditionis color in huiusmodi contractibus quæreretur ab iis qui nihil minus cogitent, quàm ut vendant, hoc vnum potius animo agitantes ut per simulationem supposito emptore aduersarium grauius inquietent, & excrucient. Quod tamen quàm ridiculè ab iis dicatur, vel ex eo maximè constat. quòd non odio venditorum mouetur Anastasius, sed emptorum, quos & alienarum litium redemptores vocat, & alienis reb. fortunisque inhiantes. Idem quòd in tota lege de simulatione argumentum ne vnum quidem. † Nam verba illa quæ nostros, ni fallor, fefellerunt, *licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit*, non eo sensu accipi debent ac si scriptum esset venditionis nomen hoc casu simulatè insertum intelligi, sed ita potius ut quamuis vera sit actionis venditio, quæ inspecto iure omnino valere debeat, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. D. & C.* non tamè ex ea licet emptori agere nisi ad concurrentem usque quantitatem pretij reuera soluti eiusque usurarum. † Nempe quod redemptiones istas mala mente & alterius vexandi gratia extortas æquum sit ita restringi, non ut omnino improbentur, sed vt catenus tantum probentur quatenus abest emptori, ne ex improba negotiatione quicquam lucri consequatur. Ita enim posito iure vix est ut alienam litem redimere velit, qui nihil ex ea commodi sperare possit. † Quamquam abhorret manifestè ius hoc à natura venditionis, quæ illa est ut ius omne quod fuit penes venditorem transferat in emptorem licet multò plura sit res vendita quàm quanti conuento pretio æstimata est. Id enim est quod dici solet, In emendo & vendendo licere contrahentibus naturaliter se decipere, *l. in causa. 16. idem Pomponius. D. de minor. l. si voluntate. 8. Cod. de rescind. vend.* Sed vt coerceatur istiusmodi redemptorum audacia, puniaturque non fraus quæ nulla hinc subest, sed malitia, æquissimum fuit ita ius constitui vt à cæterarum venditionum regulis hac parte recederetur. † Ex quo etiam apparet quàm imperitè faciant qui ea constitutione Anastasiana sublatum putant titulum de *actione vendit.* Neque enim prohibuit Anastasius vendi actiones, sed prohibuit emi animo redimendarum alienarum litium, quod quoniã non aliter fieri potest quàm si minus iusto precio empta sit actio, vetuit ne supra quàm precij nomine solutum esset emptor exercere actionem. Ceterum quin ad eam usque quantitatem exercere possit, & quidem emptoris iure, non prohibuit. Ergo nec fecit quin eatenus valeat venditio, emptor quoque quatenus precium reuera numeratum est. † At nihil est quod tam absurdum nostrorum errorè magis detegat, quàm quod indubitatas actiones ipsi interpretantur quæ in iudicium nondum sint deductæ, ita existimantes non esse cõstitutioni locum si vendatur actio quæ in iudicium iam deducta sit, non quòd ea venditio magis valeat, sed quia tractatus ille de litigiosa actione vendita pertineat potius ad titulum de litigiosis. † Sunt qui reprehendant, sed ineptiore ratione, quòd, inquit, titulus ille de *litigiosis* ad actiones non pertineat. Omnino male. Pertinet. n. idque ex Constantini, Gratiani & Iustianiani constitutionibus in *l. 2. 3. & 4. C. ill. tit.* † Multum verò interest an actio quæ venditur litigiosa sit nec-

ne. Nã cum litigiosa est nullo titulo alienari potest, *l. ult. C. eod.* cum nondum est litigiosa alienari quocumque titulo potest, & consequenter vendi, sed ad concurrentem usque duntaxat ut diximus conuenti pretij quantitatem. An igitur in omnibus iis actionibus quæ in iudicium adductæ non sunt si venditæ proponantur locus erit legi Anastasianæ ut vulgo creditur? Atqui non eò minus dubia est actio quod nondum in iudicium deducta sit, ut puta si ex ambiguo chyrographo cõpetat, de quo in *l. 3. C. de litig.* Ergo non omnis actio quæ in iudicium deducta non sit indubitata dici potest. Ac proinde si pertinet ea lex ad indubitatas tantum obligationes & actiones, impunè vendentur quocumque precio illa, quæ competet ex ambiguo chyrographo. Quod tamen quàm ridiculum sit nemo non videt. Si quo enim casu, hoc vno certè quo venditur actio competens ex chyrographo, imputari potest emptori cui emerit, quia litem potius redemisse quamuis nondum institutam, quàm actionem comparasse videatur. † At rursus prorsus improbabile est quòd nostri volunt improbatas esse generaliter actionum omnium quæ nondum fuerint in iudicium deductæ, venditiones, Alioqui cum necesse sit omnes quæcumque vendi possunt vel in iudicium deductas esse vel non esse, consequens fiet vt nullæ vnaquam vendi possint obstatè nimirum vel Anastasiana lege vel iis cõstitutionibus quas sub *tit. C. de litig.* diximus collocatas. Porro nimis illud durum est, nec solum à iuris ratione, sed etiam ab Anastafij consilio & mente alienum, ut earum quoque actionum venditio restringatur quæ sint indubitata, id est, ut ego quidem interpretandum esse arbitror, quæ sunt adeò certæ & exploratæ vt de iis nulla litimeri possit. In iis namque cessat ratio illa Anastafij, quæ non possit non suspecta esse venditori obligatio & actio quam ipse malit vendere quæ exercere. † Cum indubitata eam intelligamus quæ ne suspecta quidem est, & de qua litis periculum nullum vereri venditor potest. Exemplum esto, si debitor confessus sit se debere, nec quicquam alleget propter quod non debeat soluere. Indubitata enim est hæc actio non tantum si extra iudicium talis confessio facta sit, sed etiam & multò magis si in iure & apud iudicem, quia cõfessus in iure pro iudicato habetur, *l. 1. & 3. l. certum. 6. §. ult. de confess.* † Nec existimandum est titulum de litigiosis ad huiusmodi actionis alienationem pertinere posteaquàm per debitoris confessionem lis indubitata facta est, quadoquidem nec lis vlla cū confesso esse intelligitur, sicuti nec cum condemnato. Idè erit si venditio fiat actionis iudicati, cū nulla amplius post iudicatum quæstio superesset. Nam & ea quoque actio adeò indubitata est vt super ea neque transigi neque iusiurandum deferri possit. Nisi de hoc ipso dubitetur an iudicatum sit aut an à sententia appellatum sit, vel appellari adhuc possit. Quibus casibus sicut metu futuræ litis transigi adhuc potest, *l. & post rem. 3. l. post rem. 11. D. de transact. l. si causa cognita. 32. C. eo. eleganter. 27. §. 1. D. de condict. indubit.* ita nec putem valituram cessionem venditionemque actionis iudicati, quia non sit indubitata, *dist. leg. eleganter. §. 1.* † Possit etiam quis non malè meo iudicio dicere indubitata quoque actionem esse ac proinde quocumque precio vtiliter & impunè vendi posse præsertim nondum mota litè, eam quæ competit ex instrumento obligatorio vt pragmatici vocant garenti giato, quoniã sententiæ & condemnationis vim eiusmodi instrumento obtinet non iure communi, sed ex autoritate statuti quo vtimur. † Quamuis hoc ita putem accipiendum si debitor qui de venditione con-

quæritur, nihil alleget quod dubitatum faciat actionem. Nam si ut quotidie fit, aliquid sit quod lites eventum dubium constituat, pertinebit hic etiam casus ad legem Anastasianam. Quæquam eius lites quæ per iniuriam aut calumniam potest emergere, verius est rationem haberi non oportere, *l. in summa. 65. §. 1. de cond. indeb. l. eo tempore. 50. D. de pecul.* † Idcirco autem indubitata actionis venditionem valere dicimus, non solum quod hoc casu iusta lites nulla metui possit, sed etiam quod plerumque contingat non esse debitori totius debiti numerationem in expedito ad solvendum creditorum qui presentem fortassis pecunia indigeat, forte quia vel non sit idoneus debitor vel absit, *arg. l. si dubiter. 10. D. de fideiuss.* quod cum evenit, utique ignoscendum est creditori, si minore etiam pretio indubitata vendat actionem: Emptori vero etiam in consequentiam, ne iniuria fiat venditori si ex iusta causa venditurus emptorem invenire prohibeatur. vel eò magis quod non potest videri alienam litem redemisse qui eam actionem emit cuius nomine nec vlla lites sit, nec esse possit. † Atqui siue prima siue postrema legis Anastasianæ verba inspicias, non nisi alienarum litem redemptoribus nocere Anastasius voluit. Ideoque & eas personas, & eos casus excepit quibus redemptæ lites præsumptio locum habere non debeat: nimirum tum etiam cum lites aliqua est, eaque non dubitata. Quod addo, ne quis hunc casum quo actio indubitata est prætermisum putet, quem & ipsius verbis legis satis expressum iam probavimus, & si prætermisus esset suppleri tamen ex iuris ratione & Anastasij mente debuisset.

CAPVT XIII.

Emendatio leg. si à te. 9. D. de except. rei iudic.

SVMARI A.

- 1 Species & questio d. l. si à te.
- 2 Cur exceptioni locus non sit primo casu, quum scilicet is à quo hereditatem petebam absolutus est, quia nihil possidebat, deinde possidere cepit.
- 3 An si iudicatum fuerit hereditatem meam esse, cum tu nihil ex ea possideres, hereditatem rursus à te petere possim, si postea possidere cepervis?
- 4 Quid Vlpianus ad hanc questionem in d. l. 4. respondeat, & quomodo illud accipiendum sit?
- 5 Rei iudicata exceptionem mihi non nocere, siue pronuntiatum sit hereditatem meam esse, siue absolutus sis, si utroque casu nihil sententia tempore possidebas, nunc vero possides cum hereditatem peto.
- 6 Revertitur veteris glossatoris ad d. l. 4. interpretatio & additio.
- 7 Verba illa eiusdem legis, siue iudicatum fuit hereditatem meam esse, cum negatione in fine legenda esse.
- 8 Si pronuntiatum fuerit hereditatem meam non esse, & rursus petam hereditatem quum aliquid hereditarium possidere cepervis, cur non subinonear exceptione rei iudicatae?
- 9 Occurritur obiectioni.
- 10 Quid Accusum in contrariam sententiam impulerit?
- 11 Ab eo qui dolo malo & sciens se nihil possidere liti se obtulit, licet nihil possideat, hereditatem tamen peti posse.
- 12 Differentia inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem.
- 13 In quo durior sit conditio eius contra quem pronuntiatum est hereditatem ad ipsum non pertinere, quam eius cuius aduersarius absolutus est, quia nihil ex hereditate possidebat?

14 Quid iuris obineat, si reus qui plurimum rerum nomine conueniebatur petitione hereditatis absolutus sit pro iis quas tum possidebat?

15 Multum interesse an pronuntiatum sit hereditatem meam non esse, an vero tuam esse.

16 Explicatur l. si mater. 11. ff. de except. rei iudic.

† Itaque inquit Vlpianus, hereditatem petam cum nihil possideres, deinde ubi cœperis aliquid possidere rursus hereditatem petam, questionis est an mihi noceat exceptio rei iudicatae, & putem, inquit, siue iudicatum fuit hereditatem meam esse, siue aduersarius quia nihil possidebat absolutus est, non nocere exceptione. † Ac quid quod ad eum casum pertinet quo absolutus sis quia nihil possidebas, in promptu ratio est cur exceptioni locus esse non debeat. Nimirum, quoniam licet eandem nunc hereditatem petam quam petij alio iudicio in quo succubui, aliud tamen ius est aliâque causa vincendi, cum tu non tam viceris quam absolutus sis, quia nihil possidebas, qui utique fuisses condēnatus si quid possidisses, *l. si rem meam. 17. eo. tit.* Idque est quod in *l. si quis. 18. idem Vlp.* ait, si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit aduersarius, quia non possidebat, & dominus iterum agat nullo aduersario possessione non esse locum exceptioni, quid inquit, alia res est, *l. cum queritur. 12. & seq. l. cum de hoc. 27. eod.* † Sed illud difficilior est quod ad alium casum pertinet, quem Vlp. tractat, si iudicatum fuerit hereditatem meam esse cum tu nihil ex hereditate possideres. Quenam enim dubitandi ratio excogitari potest, cur hereditatem rursus à te petere non possim, si quid postea cœperis possidere? An eò minus licere mihi debet hereditatem petere, quod iam cognitum sit, & pronuntiatum hereditatem meam esse? Imò tantò magis mihi permittendum est ut ius meum persequat de quo post sententiam nec dubitari amplius possit. Dicat aliquis potuisse dubitari num post sententiam pro me redditam obiici mihi deberet exceptio rei iudicatae, quia licet dici soleat, euidenter iniquum esse rei iudicatae exceptionem ei proficere contra quem iudicatum est, *leg. euidenter. 16. eod.* ea tamen ratio replicationem inducit aduersus exceptionem, potius quam ut exceptionem impediatur, ut apparet ex §. 1. huius legis, & ex §. creditor. *l. si fundus 15. D. de pignor.* † At respondeo Vlpianum hinc non ita loqui ut dicat exceptionem rei iudicatae competere quidem, sed ita tamē ut per replicationem elidi possit: quinimo ait non nocere. Quod ego sic omnino accipiendum existimo ut opposita non noceat, quia nec competit, ut & in *l. si in iudicio. 21. hoc. tit.* in illis verbis, quia enim non competit, nec opposita nocet. † Et sanè fatendum est siue pronuntiatum sit hereditatem meam esse, siue absolutus sis cum utroque casu nihil possideres, si postea possidere cœperis, & rursus hereditatem petam planè aliam rem esse, quæ nunc in iudicium deducitur: ideoque nec exceptioni locus esse posse, *d. l. si quis.* Eandem enim aut diuersam rem causamve facit origo petitionis potius quam formula sententiæ, *l. si mater. 11. §. eandem. eod. tit.* At initio petieram à te hereditatem cum nihil possideres, nunc, peto, cum possides: alia ergo petitio est: Nam si quis hereditatem petit ab eo qui nihil ex hereditate possidet, nihil petit: Qui vero hereditatem petit ab eo qui aliquid ex hereditate possidet, hoc ipsum petit quod reus possidet. Atqui sunt ista prorsus dissimilia & disparata nihil petere, & aliquid petere. Nihil ergo hac parte interesse potest, quod ad exceptionem rei iudicatae deneganda pertinet, an pronuntiatum sit hereditatem meam esse, an absolutus sis, si utroque casu nihil possidebas sententiæ tempore, nunc vero possi-

- 6 possides cum hereditatem peto. † Nisi quod longè minor, imò nulla prorsus dubitanti ratio est eo casu quo pronuntiatum sit hereditatem meam esse? Quam ob causam vetus glossator sic locum hunc intelligebat, ut ponendum esset te cum hereditatem meam esse pronuntiatum est, res quasdam ex hereditate possedisse, ut dubitandi ratio illa afferri posset, quod tu earum rerum nomine quas tum possidebas condemnatus, in aliis omnibus absolutus videreris. Quo quid ineptius? Nam præter id quod Vlpianus aperte contra ponit petiisse me abs te hereditatem cum tu nihil possideres, quænam obsecro amentia ista est sic ratiocinari, ut quoniam earum rerum nomine quas possidebas condemnatus fuisti, absolutus videre illarum etiam nomine quas non possidebas? Aut cur magis tibi prodesse debet quod pro quibusdam rebus quas possidebas fueris condemnatus, quam si nullomodo condemnatus esses, cum nihil omnino possideres? † Itaque non dubito quin locus sit corruptus, & ita restituendus, ut addita negatione legamus: siue iudicatum fuit hereditatem meam non esse. Nam quemadmodum de illo tantum Vlpianus quærit an mihi noceat rei iudicatae exceptio, ita fatendum est non alium ab eo casum tractari quam quo aduersus me iudicatum sit. Potest autem duobus modis fieri ut contra me iudicetur, si hereditatem petam à te qui nihil ex hereditate possides. † Aut ita ut absolutus, quia nihil possides, aut ita ut pronuncietur hereditatem meam non esse: utroque casu placet Vlpiano idem iuris constitui debere, ut si postea hereditarium aliquid possidere cœperis, & rursus petam hereditatem, non subinonear exceptione rei iudicatae. Ratione illa videlicet, quæ supra attulimus, quod alia res sit, quæ nunc in iudicium deducitur. † Atqui, inquires, eadem manet causa vincendi: non enim qui rem hereditariam possidet, ob id solum condemnandus est quod possidet, sed ita demum si hereditas ad actorem pertineat. Alioqui in pari causa melior esse deberet conditio possidentis, hoc ipso quo possideret, *l. vlt. C. de rei vind. l. vlt. D. de acq. poss.* proinde cum pronuntiatum est hereditatem meam non esse, parum referre videtur an quid postea cœperis possidere an nihil, cum prius sit ut hereditas mea sit quam ut hereditatem possim à te petere. † Et hoc sanè est quod Accursium fefellit, ut dixerit obstare mihi debere exceptionem rei iudicatae si pronuntiatum sit hereditatem meam non esse. Fefellit etiam cæteros, ut mendum quod nos indicamus & corrigimus, animaduertere non potuerint, sed Castrèsem maximè, qui alio etiam casu nocituram mihi ait exceptionem istam, si inquit, absolutus fueris simpliciter non adiecta illa causa, quia nihil possidebas. At cogitare omnes debuerunt, nec his quidem casibus nocere posse exceptionem rei iudicatae, quia cum tu prioris iudicij tempore nihil omnino possideres, tametsi ego hereditatem petierim, nihil tamen in iudicium deductum videatur, nec tam ego rem aliam ab ea quæ nunc peto, quam nullam omnino petiisse. Quid enim possit peti ab eo qui nihil possideat nec dolo desierit possidere? Itaque sententia contra me lata, qua pronuntiatum est hereditatem meam non esse, aut qua tu simpliciter absolutus es, non magis parere potest exceptionem rei iudicatae quam si non esset lata, cum eo tempore quo lata est, nihil inter nos esset de quo disceptare possemus. Eum si quidem qui petitione hereditatis sicut & qui vindicatione conuenitur, possessor esse necesse est saltem sententiæ tempore ut sententia siue pro eo siue contra eum rite ferri possit, *l. sin autem. 27. D. de rei vindicat.* † Nisi dolo malo & cum sciret se non possidere liti se ob-

tulerit siue interrogatus fuerit an possideret siue non, *leg. is qui se obtulit 21. eod.* (potest enim fieri ut liti se reus offerat licet ab actore non interrogetur, in quo etiam Castrensis errauit.) Quo casu etiam si nihil possideat, hereditas tamen ab eo peti potest, quia ut habet iuris regula dolo pro possessione est, *l. nec vllam 13. §. non solum. D. de petit. hered.* Quamquam nec ad aliud teneri tunc reus potest quam ut præstet quanti actoris interest deceptum non esse, *l. penultim. D. de dolo.* non etiam ut quid restituere teneatur qui nihil habeat. Cæterum non hunc casum Vlpianus tractat, quo tu qui nihil possidebas liti te obtuleris dolo malo acsi possidisses, sed illum potius quo negabas teneri te petitione hereditatis quod nihil possideres. † In eo namque differt petitio hereditatis à rei venditione, & vindicatio in rem ipsam proponitur, non in personam, nec alius in iudicio vindicationis reus est si veterem iudiciorum ritum spectes, quam qui reuera possidet, aut dolo desit possidere, aut se vltro liti offert ut fundum defendat tanquam possessor. At petitio hereditatis in personam proponitur licet in rem scripta sit, ob idque longi temporis præscriptione remouetur, *leg. hereditatis 7. Cod. de petit. heredit.* Ideoque facilius in petitione hereditatis evenit ut is conueniatur, tanquam aliquid possidens hereditarium, qui neque possidet quicquam, neque dolo desit possidere, neque dicit se possessorem, † Potest etiam fieri per iudicis imperitiam, aut ita ferente lites ordine ut non tantum absoluat iudex possessorem qui hereditatis petitione perperam conuentus est cum nihil possideret, sed etiam pronunciet, hereditatem petitoris non esse. Quod cum sit, durior quidem est petitoris sententia, sed non tamen in eo ut facilius repelli debeat exceptione rei iudicatae si postea petat hereditatem, cum idem aduersarius hereditarium aliquid possidere cœperit. In illo tantum durior videri potest, quod si is qui res hereditarias quasdam possidebat, sed non omnes quæ petebantur, non solum absolutus sit earum nomine quas non possidebat, sed etiam obtinuerit pro iis quas possidebat, pronunciantem iudicem hereditatem actoris non esse, danda illi erit exceptio si rursus ob alias res quas post sententiam possidere cœperit conueniatur petitione hereditatis. Neque enim alia res in sequens iudicium deducta videri potest ob id duntaxat, quod nunc earum rerum nomine agatur quas reus non possidet, antea vero non possidebat. Semper siquidem verum est hereditatem peti, quæ iam fuerat petita, nec posse actorem quicquam iuris habere in ea hereditate, quam pronuntiatum sit suam non esse. † Aliud erit proculdubio si ponas reuerti qui plurimum rerum nomine conueniebatur petitione hereditatis, absolutum fuisse pro iis quas tum non possidebat. Nam si easdem postea cœperit possidere, tantum abest ut proficere illi debeat rei iudicatae exceptio, ut potius perinde nunc condemnari debeat, atque iam fuit condemnatus ob res eas quas prioris sententiæ tempore possidebat: Cum quæ prius absoluedi causa fuit, nunc sublata sit, eadem contra manente causa condemnandi. † Planè multum intererit, an pronuntiatum sit hereditatem meam non esse, an vero tuam esse, aut quod hac parte idem est, res illas quarum nomine petitionem hereditatis institueram, ad te pertinere. Hoc enim posteriore casu omnimodo nocebit mihi exceptio, adeoque tametsi nouum ius peruenerit ex quo possum contendere hereditatem aut res illas iure ad me spectare. Nempe quia non meum tantum sed cæterorum quoque om-

nium ius in iudicium deductum & per sententiam extinctum intelligitur, hoc ipso quo pronunciatum est hereditatem tuam esse, cum res illa iudicata pro veritate habeatur, fieri autem nequeat ut vilius alterius sit quod tuum est, *l. si inter me. 15.* vbi est textus elegans, *D. hoc tit.* Nec simile est quod in *l. si mater. 11. eod.* idem Vlp. noster ait succurrendum esse matri quæ filij successionem ab intestato vindicans aduersus eum qui se dicebat substitutum, victaque, quia patris testamentum ruptum non erat, eandem hereditatem vindicat apertis pupillaribus tabulis ex quibus apparuit victorem non fuisse substitutum. Illa enim ratio, quia *nam tantum causam egit ruptum testamenti*, ideo tantum recta est & accommodata, quia etsi mater victa fuerat, non tamen pronunciatum erat hereditatem ad substitutum pertinere, sed tantum testamentum ruptum non esse, quo primam colore filij successionem mater ab intestato vindicabat.

CAPVT XIV.

Explicatio §. I. d. l. si a te. 9. de except. rei iudic.

SYMMARIA.

1. *Triplex Accusatio ad d. §. 1. interpretatio reijcitur.*

2. *Ultima præcipue impugnatur.*

3. *Quomodo accipiendum sit quod dicit Vlpianus in d. §. 1. secundum petitorum iudicatum fuisse.*

4. *An sententia lata contra possidentem tanquam non possidentem, si de nouo ceperit possidere, mandanda sit aduersus eum executioni?*

5. *An in specie d. §. 1. reus qui petuum fundum defendit condemnatus sit priusquam emerit, & exemptionis causa possidere inciperet?*

6. *In illa specie de proprietate non de illa possessione iudicatum fuisse.*

7. *Cur in ea specie possessionis mentione fieri necesse fuerit?*

8. *Ratio propter quam possessio ante condemnationem superueniens in illa specie non impedit quin exceptioni rei iudicatae locus sit.*

9. *Remouetur dubitandi ratio in h. §. ab Interpretibus allata.*

10. *Reijcitur formula exceptionis emptori eidemque condemnato à Doctoribus adstructa & accommodata.*

11. *Solam rei iudicatae exceptionem emptori competere.*

12. *Perperam à nonnullis in verbis illis exceptio rei iudicatae pro iudicatae reponi venditæ.*

13. *Vlpianum in dict. §. 1. de exceptione rei iudicatae tractare.*

14. *Aequum esse aduersus exceptionem rei iudicatae emptori competentem dari replicationem actori de re secundum se iudicata.*

15. *An verba illa actori iterum petenti de pristina actione ab actore iterum in iudicium deducta accipienda sint?*

16. *Quid actori fundi restitutionem petenti agendum incumbat, quum reus de re iudicata excipit?*

17. *Quenam sint iudicis partes quum reus qui nullam exceptionem obijcit, restitutionem recusat?*

18. *An creditor qui hypothecaria egit aduersus possessorem & obtinuit, hypothecaria demò agens exceptionem rei iudicatae replicatione elidere possit?*

Vlpiani verba hæc sunt: *Si quis fundum quem putabat se possidere defenderit, mox emerit, re secundum petitorum iudicata, an restituere cogatur? Et an Neratius, si actori iterum petenti obijciatur exceptio rei iudicatae replicare eum oportere de re secundum se iudicata.* Nostri post Accursium tres adferunt interpretationes. Primam illam ut qui fuit condemnatus fundi nomine quem nõ

possidebat, si post condemnationem fundum emerit perinde cogatur eum restituere atque si condemnationis tempore possidisset, nec iuuare se possit exceptione rei iudicatae, cum sit condemnatus. Secundam, ut reus ille tanquam possessor conuentus cum non possideret absolutus, postea verò possessor ex causa emptionis factus, tandem condemnatus fuerit. Tertiam, ut iudex eadem sententia & reum absoluerit, quia nõ possidebat & actoris rem esse pronunciauerit. Secundam Bart. improbat, ut falsam, nec immeritò. Apertè. n. Vlpian. ponit iudicatum fuisse secundum petitorum. Accurs. contra, priorem illam nescio quam sententiam comminiscitur pro eo redditam aduersus petitorum. Alias probat. Mihi omnes improbabilis videntur, sed vltima præcipue, quia nõ video qua ratione fieri possit, ut per eandem sententiam & absoluatur reus tanquam qui nõ possideat, & nihilominus actoris rem esse pronuncietur. Nam cum in iudicio vindicationis ut in cæteris omnibus, reum aliquem esse necesse sit, alius autem esse non possit, quam qui possidet habetque restituendi facultatem, *l. officii. 9. & pass. de rei vend. an non fatuus sit iudex si nullo existente contradicatore velit pro actore pronunciare rem eius esse?* Et verò dubitandum non est, quin quod Vlp. ponit secundum petitorum iudicatum fuisse, ita omnino accipi debeat, ut eadè sententia reus condemnatus sit, non absolutus. Prima videtur magis placuisse Bartolo, qui textum hunc literis aureis scribèdum dixit ad hoc ut probetur, sententiam latam contra non possidentem tanquam possidentem si de nouo ceperit possidere, mandandam aduersus eum executioni. Quod tamen non puto verè dici posse. Sententia. n. prorsus nulla est, ideoque nec transire potest in rem iudicatam quæ contra non possidentem tanquam possidentem lata est, præsertim in iudicio vindicationis, cuius effectus ille, ut res actori restituatur, *d. l. officii*, quod fieri non potest si nec possessor sit qui conuenitur nec pro possessore habendus. Adeò ut etiam si accepti iudicij & cõestationis tempore possideret, omnimodo tamen absoluendus sit si eo tempore quo iudicatur, amiserit sine dolo malo possessionem, *d. l. sin autem. 27. in princ. D. de rei vend. l. pen. D. de dolo*. Tritum autem illud est, Sententiã quæ fit nulla & contra ius reddita nunquam transire in re iudicatam nec executioni mandandam esse, *leg. si cum nulla. §. 8. D. de re iudic.* Error nostrorum in omnibus istis interpretationibus ille, quod putant tractari ab Vlpiano casum illum quo reus qui petitem fundum defendit, condemnatus sit priusquam emerit, & exemptionis causa possidere inciperet. Cum tamen contextus ipse verborum qui præcipue attendi debuit, ostendat factum eum fuisse emptorem & possessorem antequam condemnaretur. Sic enim Vlpianus, *Si quis fundum quem putabat se possidere defenderit, mox emerit: re secundum petitorum iudicata, &c.* Nam quid obsecro verba illa sibi volunt, *defenderit, mox emerit*, nisi quod statim post susceptam defensionem, & consequenter fundum emerit & possidere ceperit is qui antea non possidebat, tamen si possidere se putaret? Alioqui nec secundum petitorum in vindicationis iudicio pronunciaripotuisse reo non possidente tum cum sententia ferebatur. Vnde illud etiam meo iudicio eueniret ut re secundum petitorum iudicata si actor post acquiritam condemnato ex causa emptionis possessionem, iterum peteret, nullus ex ea sententia exceptioni rei iudicatae, nullus etiam replicationi locus esse deberet, propterea quod sententia, ut diximus, penitus nulla esset. Errant igitur toto cælo qui putant in ea specie de sola possessione actum fuisse &

iudi-

iudicatum, non etiam de proprietate, moti tantum ex his verbis, *quem putabat se possidere*. Nec animaduertentes verba illa, *si quis fundum defenderit*, proprietatis nõ possessionis defensionem significare, sicut nec fundi appellatione possessio, sed proprietatis demonstratur. Possessionis tamen fieri mentionem necesse fuit, quia ut superiore capite diximus, aduersus vindicantem fundum is demum potest defendere qui possidet, aut pro possessore habetur, non item qui possidere se putat nec possidet. Nam qui putat se possidere cum reuera non possideat, non potest videri dolo malo facere licet se liti offerat, ideoque nec pro possessore habendus est, ut contra eum illa exerceatur actio, quæ non nisi contra possessorem exercenda est. Nec igitur condemnandus. Sanè superueniens possessio ante condemnationem sicut facit, ut contra eum ferri sententia possit actore probante, aut pro eo si actor non probet. Ita non impedit quin excipi possit de re iudicata, quamuis nouus emptionis titulus accesserit de quo nec defensionis tempore cogitabatur. Nempe quoniam actore probante suum esse fundum quem petit, fieri nequeat ut eius fuerit qui reo vendidit, nõ magis quam ipsius rei cum duorum eodem tempore & in solidum esse non possit. Quare nec dubitat Vlpianus quin exceptioni rei iudicatae locus sit, cui utique locus non esset si propter possessionem quæ ex nouo emptionis titulo superueniret de iure actoris iterum querendum esset, quia & alia res, & aliud ius in iudicium deduci nunc videretur, *l. cum queritur 12. & seqq. D. hoc tit.* Idem errant qui dubitandi rationem illam adferunt, quod condemnatus reus empti titulum postea quæsiuisset paratissimè esset de ipsa proprietate litigare. Hoc enim iam refutauimus. Sed errant longè grauius cum exceptionis formulam illam adstruunt quæ emptori eidemque condemnato accommodatur, *Secundum te rectè iudicatum est cum non esset verus possessor, nunc empti titulo sum subnixus, ideoque sententia in utilitatem tuam lata ad hanc meam & presentem possessionem non extenditur*. Quid enim commune habet ea exceptio cum exceptione rei iudicatae de qua nominatim Vlpianus loquitur? Replicatio illa dicenda esset potius aduersus exceptionem rei iudicatae si emptori res iudicata obijceretur. At contra ponit Vlpianus emptorem ipsum à quo post sententiã iterum fundus petatur obijcere exceptionem rei iudicatae non actorem, quia nec exceptio actori accommodatur, sed reo. Alia porro exceptio nulla reo accommodari poterat, quia sententia super domino & proprietate pro actore reddita contra eum qui sententiã licet non contestationis tempore possidebat, nõ tantum possessoris rei ius extinxerat, sed etiam venditoris à quo ille post contestatam litem fundum emisisset. Errant quoque qui in illis verbis, *si actori iterum petenti obijciatur exceptio rei iudicatae*, pro iudicatae reponunt venditæ, quali exceptio rei venditæ potius prodesset emptori, qui fuit condemnatus quam rei iudicatae. Nam exceptio illa rei venditæ & traditæ nõ nisi aduersus venditorem eiusve heredem aut alium qui ab eo causam habeat competit, *l. 1. & tot. tit. de except. rei vend.* nõ item aduersus verum dominum rem suam vindicantem quæ à non domino sit venditæ. Re enim suam à quocumque possessore vindicare, auferrè & euincere dominus potest, *l. rom alienam. 28. D. de cont. empt. & tot. tit. de euict.* Sed & cũ, ut diximus, emptio illa ante sententiam facta fuisset, & emptoris condemnationi viam aperuisset, absurdum sit post sententiã dari exceptionem rei venditæ illi qui nec aliam ob causam condemnatus fuerat, quam quod emerit,

reique emptæ possessionem nactus sit. Ergo de exceptione rei iudicatae Vlpianus omnimodo intelligendus est, quæ haud dubiè reo competit licet condemnato, cum id ipsum in iudicium deducitur de quo iam fuit pronunciatum, ne litium modus multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, ut Paulus loquitur in *l. singulis 6. hoc tit.* neve inaribus sumptibus vexetur, si iterum condemnatur qui iam condemnatus est. Sed tamen quia euidenter iniquissimum est proficere exceptionem rei iudicatae illi contra quam iudicatum est, *l. euidenter 16. eod.* æquissimum ex contrario est aduersus huiusmodi exceptionem rei iudicatae dari replicationem actori de re secundum se iudicata. Malè etiam nostri omnes ea verba, *actori iterum petenti*, sic accipiunt, ut pristinam actione actor in iudicium deduxerit. Id. n. falsum esse probant illa præcedentia, *an restituere cogatur*, ostenduntque post reddita super proprietate sententiã nihil aliud egisse victorem nisi ut sibi res sua restitueretur. Quã in rem fundum peti & vindicari necesse est, non ut de litigatorum iure iterum cognoscatur [Sic. n. res abiret in infinitum] sed ut eò citius fundus restituatur quæ sciat iã condemnatus ad actorem pertinere, utique si ultro possessor non restituat restituere à iudice iubeatur. Nõ enim qui in vindicationis iudicio cognoscit, cum pronunciat, ita fert sententiam ut iubeat rem actori restitui, sed illud tantum pronunciat, rem esse petitoris: quo facto petitur restitutio, & quidem per vindicationem potius quam ex iudicato ne sibi victor præiudicet si in personam agere malit, quam in rem. Nec negari potest, quin etiam post sententiã peritimum ius vindicandi duret. Quãdiu enim dominus manet qui vindicare vult, tandiu ius habet vindicandi. At sententia quæ rem ipsius esse pronunciauit, etsi non facit eum magis dominum si iam antea dominus fuit, facit tamen ne dubitari amplius possit quin re vera sit dominus, cum pro veritate habeatur, illo etiam casu, quo reuera dominus antea non fuisset. Facit igitur, ut eo magis vindicandi fundi ius victor habeat. Tum verò liberum est condemnato, ut vel restitutionem offerat, vel excipiat de re iusticata. Si restitutionem offerat, benè est, nec amplius partes suas iudex interponit. Sin excipiat de re iudicata, quod facere summo iure potest, replicare victorem oportet. *At si non secundum me res iudicata sit.* Atque ita iudex restitutionem fieri iubebit. Si reus sciens nil sibi profuturam exceptionem rei iudicatae propter replicationem quæ actori competet cum sit ipse condemnatus, nullam exceptionem obijciat, nolit tamen restituere, recta iubendus est, ut restituat. Quod si restituere iussus iudici non paret contentens non posse restituere, tunc siute possideat, siue dolo malo, aut citra dolum deserit possidere, ea omnia seruanda sunt quæ idem Vlpianus in hanc rem tractat in *l. qui restituere 68. de rei vindic.* Idem ferè iuris est in creditore qui hypothecaria egit aduersus possessorem, & obtinuit. Hic enim cum vindicare fundum non possit tanquam dominus quia nec dominus est, rursus hypothecaria agere cogitur atque ita præbere condemnato possessori facultatem obijciendæ exceptionis rei iudicatae, quam tamen elidi æquum est per replicationem cum non secundum possessorem iudicatum sit, sed secundum creditorem, *l. si fundus 15. §. creditor. D. de pign.* Si post sententiam pro creditore in hypothecaria redditam posset ille rem vindicare, non noceret ei exceptio rei iudicatae, quoniam alia esset actio, nec proinde replicationem obijci oporteret. At qui vindicauit fundum & obtinuit, omnimodo repellitur

exceptione rei iudicata, nisi iuuetur replicatione, quia iterum vindicare cogitur, nec aliam actionem habet quam æquè commode possit exercere, quia dominus est. Proinde omnino necessaria illi est replicatio de re secundum se iudicata.

CAPVT XV.

Emendatio §. item Iulianus l. si mater eod. tit. de except. rei iudic. & l. 4. C. de dot. promiss.

SVMARIA.

1. Quid sibi velit Vlpianus illis verbis, nam et si ante eandem partem petissem, &c?
2. Quomodo verba illa emendanda sint?
3. Eorum verborum sensus.
4. Rei iudicata exceptionem à persona auctoris ad emptorem transire, ab emptore vero ad autorem non reuertitur.
5. An si voluntate dotantis plura in dotali instrumento sibi tradita esse maritus scripserit, quam susceperit, de his quæ defunt petendis pactum videatur consecutum?
6. Quo pertineat illud quod dici solet, non aliàs contingere liberationem per apocham, quam si pecunia soluta sit?
7. Negatio additur in d. l. 4. C. de dot. promiss.
8. Ad quid profit solutionis professio quum de pecunia soluta agitur quam aliquando restitui oporteat.
9. Duplex eius scriptura usus, qua vir plus sibi dotis nomine numeratum esse proficitur, quam reuera accepit.
10. Cur illa solutionis professio pactum de residuo petendo non possit inducere?
11. Dotem ex tacito nudo pacto etiam post Theodosij constitutionem exigi non posse.
12. Verbum intelligis in d. l. 4. quam vim habeat?
13. Cur voluntas dotantis in illa scriptura consicienda in d. l. 4. requiratur?
14. Confirmatur emendatio d. l. 4.

Non est difficile obseruare quod tamen nemo adhuc obseruauit, subesse mendum non vnum, in §. item Iulianus l. si mater 11. de except. rei iudic. in illo versiculo, nam et si ante eandem partem petissem, & agerem familia eriscunda obstaret exceptio, Quod res iudicata sit inter me & te. Vult enim iis verbis Vlpianus rationem reddere eius quod ex Iuliano dixerat, Si cum ego & tu Titio heredes extitissimus, tu partem fundi quem totum hereditarium dicebas à Sépronio petieris, & victus fueris, mox eadem partem à Sépronio e. nero, agenti tibi mecū familia eriscunda exceptione obstare debere, quia res iudicata sit inter te, & veditore meum. † Consequens igitur erat vt in sequentibus ita scriberet, nam et si à me eandem partem petisses, & agerem familia eriscunda, obstaret exceptio, quod res iudicata sit inter me & te. Neque dubitari meo iudicio oportet quin ita legendum sit. Quis enim Accursij interpretationem probet vt tam citò tamque ineptè Vlp. personas mutauerit? Natus error est ex eo quod vbi scribendum erat à me facile imperitus librarius lapsus sit vt scriberet ante quomodo & hodie in Pand. Florent. legitur. Tum ex dictione illa ante, factum est æquè facile vt legi cœperit à te quæ vulgarior lectio est. Ea verò admissa necesse fuit pro petisses & agerem, reponere petissem & agerem. Quomodo enim tu à te petisses? Ita ex mendo vno eoque satis

leui multa conflata sunt. Coniecturam iuuat quod etiamnum in plerisque libris legitur *exceptio mihi obstaret*, pro eo quod Florentia, *obstaret exceptio*. Apparet enim ex eo non sibi temperasse interpretem quin ad hunc locum manus admoueret. Vt taceam quod monui sæpius, frequentissimum illud mendum esse, & passim occurrere vt pro m scribatur, & contra † Sensus autem erit apertus, nocere tibi debere exceptione rei iudicata mihi competentem ex persona mei auctoris aduersus quem egeras, quia etsi tu à me petissem & nunc ageres, mihi ex persona mea prodesset: nihil autem refert an ex mea an ex tutoris mei persona cōpetat, cum æquum sit emptorem hac parte, vt in cæteris ferè omnibus vt iure venditoris. † Id enim est quod in §. vltim. & l. si à te, eod. tit. idem Vlpianus eodem Iuliano dixerat, rei iudicata exceptionem à persona auctoris ad emptorem transire debere, quamuis retrò ab emptore ad autorem reuertitur non debeat. † In l. si voluntate. 4. C. de dot. promiss. aut multò grauius mendum est, aut longè periculosius fallimur. Nec enim puto vlla iuris aut æquitatis ratione defendi posse quod lex ait, & nostri omnes ex ea lege sentiunt, si voluntate dotantis plura in dotali instrumento sibi tradita esse maritus scripserit quam susceperit, de his quæ defunt petendis pactum videri consecutum. Nam quomodo pactus videri potest de omnibus quæ defunt petendis qui omnia sibi iam tradita fuisse scripsit? Fateor maritum non plus cogit reddere iudicio de dote quam accepit, quia dotem numeratio facit non scriptura, l. 1. C. de dot. caut. nō numer. l. 1. C. de donat. ant. nupt. l. maritus dotem. 32. D. sol. matrim. Sed posse eum idcirco agere vtrò vt quod solutum ipse professus est sibi soluatur, id verò nego & pernego. † Nec simile est quod dici solet, non aliàs contingere liberationem per apocham quam si pecunia soluta sit, l. si acceptilatum. 19. §. 1. de acceptil. Id enim eò pertinet, vt per exceptionem vel replicationem non numerata pecuniæ elidi possit ius apochæ, sed non vt ex apocha detur actio ad soluendum id quod re vera solutum non est. Alioqui inducta ad liberandum prodesset ad obligandum quod iuris ratio non patitur. † Itaque si quid mei iudicij est, puto deesse negationem, legendumque de his quæ defunt non petendis. Pactus nāque de non petendo facile & vel ex solis coniecturis inducitur, vt puta si debitori meo reddiderim cautionem, l. 2. D. de pact. l. creditorem. 7. C. de remis. pig. Atqui pecuniæ solutæ professio collata instrumento maiorem rei gestæ probationem continet quam si chyrographum acceptæ pecuniæ fuisset redditum, l. pecunia. 14. C. de solut. † Ergo si pecunia soluta talis sit quam aliquando restitui oporteat, ea solutionis professio licet non sufficiat ad probandam solutionem vt inducatur obligatio restituendi, proderit tamen ad hoc saltè ne id quod defuit peti vnquam possit, Multò magis quam si maritus promissæ dotis instrumentum reddidisset: Quæ tamen redditio ad inducendum vt diximus pactum tacitum de non petendo sufficeret, quamuis non ad obligandum maritum vt iudicio de dote conuentus plus redderet quam accepisset, nā quod lex ait de pacto, haud dubiè de tacito intelligi debet, cum expressum nullum sit de his quæ defunt petendis. De non petendis intercessisse expressum videri potest & reuera intercessit, hoc ipso quo scriptum est omnia tradita. Aut cum tacitum pactum ex eo quod expressum est induci debeat, fatendum est, vtique quod expressum est plura tradita fuisse quam reuera fuerit, longè facilius inducere debere vt pactum tacitum interuenisse videatur de his quæ defunt non petendis

dis quam de petedis † Solet enim eiusmodi scripturæ duplex usus esse, vnus ille vt probetur solutio & quaesita per solutionem liberatio: Alius superiori consequens vt quod solutum esse creditor professus est petere amplius non possit. Prior nullus est cum reuera non est numerata pecunia præsertim in causa dotis. Nam vt dixi dotem facit numeratio non scriptura, & iure ita comparatum est vt liberatio per solam solutionem acquiratur, aut per id quod fit vice solutionis, non item per solam solutionis confessionem quatumuis scriptam, sicut & vt re obligatio contrahi nō possit nisi quatenus res interuenierit, l. cum vltim. 9. C. de non numer. pecun. l. si tibi 17. D. de pact. Posteriorem apocham usum nihil est quod possit impedire quia non ex iure pedit, sed ex sola creditoris voluntate, quæ porro iis ipsis verbis declarata quibus declarari posset si numeratio vera interueniret, cur non æquè profit debitori hætenus saltè ne ab eo peti amplius quicquā possit? Tametsi ad liberationem ipso iure acquirendā non sufficiat, multòque minùs ad inducendam restituendi obligationem. † Certè quāuis ita esse admitterem vt ex ea scriptura tacitum de non petendo pactum nullum induci posset, illud tamen numquā possum admittere, contrarium pactum de petedo induci facilius debere. Eset alioquin ista omnium accommodatissima ratio debitoris obligandi qui non nisi partem debiti solueret, vt quod deesset eò magis soluere teneretur, fateri creditorem totum se debitum accepisse. Quod tamè quàm ridiculè dicatur, quis non videat? sed & quis vnquam audiret agi vlla lege de tacito pacto de petendo? Aut quis eius pacti effectus esse potest, cum ex nudo pacto numquam agatur? At contra pacti de non petendo usus est maximus & efficacissimus, quia prodest ad excipiendam elidendamque actionem, leg. si vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact. † Nec est quod quis fauorem dotis obtendat. Nā neque fauore dotis agi olim potuit ex nudo pacto etiā expresso, multò minus autè ex tacito. Primus Theodosius fuit qui in l. ad exactionem 6. C. eod. tit. constituit, vt ad exactionem dotis quam semel præstari placuit qualiacunque verba sufficiat, siue scripta fuerint siue non, etiam si stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè interuenierit. Sed tamen nec post eam Theodosij constitutione possis dicere tantum esse fauorem dotis vt ex tacito pacto nudo exigi dos possit, illud verò multo minus vt tacitè videatur pactus de tota dote soluenda, qui partem duntaxat soluēs apocham totius solutæ à marito extorsit. † Denique quod Imperatores ita respondent intelligis, & c. ostendit factis apertè meo iudicio aduersus consulentem eos respondere non pro consulente. Consulens autem quærebatur quod cum partem tantum dotis accepisset, totam tamen sibi solutam fuisse professus esset. Consequens igitur est vt Imp. responderint intelligere eum debere hoc ipso pactum videri consecutum, & quidem tale quod expressum potius quam tacitum dici oporteat de iis quæ deessent non petedis. Neque enim plus petedi animum creditor habet, vt nec debitor plus soluendi, cum vtriusque consensu scriptura fit, quæ totius debiti solutionem factam esse præ se ferat. † Ideò autem lex requirit dotantis voluntatem in ea scriptura consicienda interuenisse, quia neque expressum neque tacitum pactum vllum esse potest, nisi quod duorum cōsensum habeat, nec proinde fieri inter absentes, sed inter præsentés duntaxat potest.

† Sed & obseruandum est, quod emendationis nostræ coniecturam omnino confirmat, tractari eo loco de professione totius dotis solutæ scripta in ipso do-

tali instrumento in quo dos dicta & promissa fuerat, Quid igitur egebat maritus tacito illo pacto de petenda dote cum eo nomine paratam haberet ex contractu actionem? Pactum sanè de petendo tametsi expressum fuisset ad aliud prodesse nō poterat quàm ad producendam replicationem, si qua fortè exceptio aut pacti aut alia dotanti prodesse potuisset, d. §. pactus ne peteret. Atqui nihil est in tota ea lege ex quo possit conici exceptionem aliquam dotantis competiisse, propter quam marito necessaria fuerit replicatio. Nisi ex professione ista totius dotis solutæ pactum illud de non petendo indicas, quod nos inducendum cōtendimus. At si hoc admittas iam nihil supererit ex quo possis contrarium pactum de petendo inducere: Neque enim fieri vllomodo potest, vt ex vna eademque numero solutæ dotis professione pacta ista duotam contraria inducantur de non petendo, & de petendo: Aut quod idem est, vt vnum idemque pactum profit debitori ad excipiendum & creditori ad repliandum. Concludamus igitur deesse negationem quam nos restituimus, nec nisi de pacto de non petendo intelligi legem debere.

CAPVT XVI.

Tribonianismi quidam.

SVMARIA.

1. Verba illa l. si debitori 21. de iudicium competentis cautela, Triboniani esse.
2. In actionibus personalibus debitorem qui ante iudicium acceptum solutionem offert, cautione onerandum non esse, in realibus aliquando satisfacere teneri.
3. Ratio huius dissimilitudinis.
4. Cur actio de eo quod certo loco arbitraria equatim dicitur?
5. In personalibus actionibus que arbitraria non sunt, non posse regulariter arbitrio vel officio iudicis satisfacendi onus debitori iniungi.
6. Alia Triboniani verba in d. l. si debitori & l. si plures 14. ff. de pos.
7. Emendatur d. l. si plures: & pro adierit legitur adierit.
8. Obseruatur eiusdem Triboniani manus in l. 1. §. si pecunia in sacculo 36. ff. de pos.
6. De pluribus hereditibus eius qui pecuniam in sacculo signato deposuerat, eandem pecuniam repetentibus.
10. Totam l. si defunctus 15. de procurat. Triboniani esse.
11. An defuncto ante litem contestatam domino, qui procuratore presente aut sciente iudicatum solui satisfecerat, procurator cogendus sit pro eo iudicium accipere?
12. Satisfactionem iudicatum solui pro sciente & patiente procuratore interpositam non impedire quin mandatoris morte re integra mandatum finiatur.
33. An si pro absente & ignorante procuratore dominus iudicatum solui satisfecerit, tum ante litem contestatam defunctus sit, committatur ob rem non defensam stipulationis clausula?
14. An si reus postquam iudicatum solui promissit, demens factus sit, committatur stipulatio ob rem non defensam?
15. Sola contestatione litem constitui.
16. Stipulationem iudicatum solui nō prius commissam videri quàm lis fuerit contestata.
17. Verba Triboniani obseruantur in l. defunctus 15. §. fin. ff. de procurat. & ostenditur eum qui vnus ex socijs procurator est, duplicis cautionis & satisfactionis onere grauari non debere.

- 18 *Duplicem satisfactionem in illa specie necessariam non esse.*
- 19 *Quid à Triboniano additum sit in l. si reus 73. ff. de procurat.*
- 20 *An reus qui procuratore agente ante litem contestatam pecuniam soluere paratus est iudicium accipere cogendus sit?*
- 21 *Distinctionem à Triboniano in superiore lege & questione allatam inutilem esse.*
- 22 *Quo sensu dicatur iudicia omnia absolutoria esse?*
- 23 *Emendatur d. l. si reus. & dubitandi in ea ratio proponitur.*
- 24 *Remedium deponenda in eade sacra pecunia à Triboniano in d. l. propositum creditori potius quam debitori nocere.*
- 25 *Pecunia oblatæ obsignatio quando solutionis loco sit?*
- 26 *Procuratorem in specie dictæ legis pecuniam accipere posse quam debitor creditori non obtulerat.*
- 27 *Procuratorem in d. l. intelligi non ad lites datum, sed eum cui negotiorum omnium administratio mandata est.*
- 28 *Cur in eiusdem legis specie ad obsignationis remedium recurrere non sit necesse?*
- 29 *An de eo Paulus in d. l. tractet qui se tantum paratum dicit soluere, an verò de eo qui pecuniam in sacculo offeri?*

Quam sæpe Tribonianus pro arbitrio suo prudentum responsa corruerit immutatis, additis detractisque non verbis tantum, sed etiam sententiis integris, apparet ex iis locis quos superioribus libris indicauimus, sed constabit euidentiùs ex his quos hoc capite subiiciemus. In l. si debitori 21. ff. de iudic. verba illa, cum competenti cautela, proculdubio sunt Triboniani, cui video tam esse familiaria quam maximè sūt à iuris ratione in proposito aliena. Nam quoties debitor fatetur se debere paratumque se dicit soluere, diem duntaxat petens ad explicandam soluendamque pecuniam, cur non audiatur, tamen si cautionem, vel ut Tribonianus barbarè loquitur, cautelam nullam offerat? Neque enim ut lex subiicit magnum danum est in mora modici temporis. Modicum siquidem tēpus hic accipiendum est, ut eadem lex ait, quod post condemnationem reis indultum est. Ex quo magis apparet debitorem qui ante acceptum iudicium velit soluere nulla cautione onerandum esse qua nec oneratur qui iam est condemnatus: quem tamen nemo dixerit melioris esse debere conditionis, quam qui nondum condemnatus est. Fateor si ad dictam diem debitor non soluerit cogendum eum captis pignoribus, que postmodum si pecunia intra duos menses nō soluatur vendi possint, l. debitoribus 31. ff. de re iud. Sed ut nō aliter dilationem debitori dari oporteat quam si caueat dato fideiussore aut pignore, nuspā scriptum est. In actione in rem aliquando euenit, ut possessorem fatisdare oporteat de re quæ petitur vbi petitur aut vbi indicatur restituenda, ut in l. nisi malit 11. ff. de rei vind. §. et si in rem Instit. de off. iud. At in actionibus in personam euenire id nunquam potest. Et dissimilitudinis ratio illa est, quod in actione in rem restitutio fit arbitrio iudicis, ideòque actiones huiusmodi dicuntur arbitrariæ, sicut & illæ quæ cum sint personales, tamen in rem scriptæ sunt, de quibus in §. præterea, Instit. de action. Arbitrium autem iudicis plerūque ex causa tale esse necesse est, ut fatisdari auctori oporteat. Contrà verò actiones merè personales quæ ex contractu vel quasi contractu descendunt, sicut vim suam ex obligatione accipiunt ita iudicis arbitrium neque requirunt neque admittunt excepta illa

sola, quæ dicitur de eo quod certo loco, quæ idcirco ἀποκατακτικῶς arbitrariam appellamus, quoniam similem aliam nullam habet, id est quæ sit & merè personalis & arbitraria. Ideò autem arbitraria est, quia contra eum qui certo loco dare promisit fieri non potest ut ex vi & natura obligationis alia loco agatur, vnde fieret ut deficiente obligationis potestate debitor qui ad locum solutioni destinatum nunquam accederet nusquam conueniri posset nisi per arbitrium iudicis creditori succurreretur data illi actione ad extorquendam à debitore quocumque loco solutionem, cum condemnatione eius quod creditoris interest solui destinato loco. In aliis igitur actionibus personalibus, quæ cum nunquam sint arbitrariæ nūquam arbitrio iudicis reguntur, siue bonæ fidei sint siue stricti iuris, fieri non potest ut arbitrio vel officio iudicis fatisdandi onus debitori iniungatur, præterquam in specie l. in omnib. 41. ff. de iud. id est, cum ante quam præstandæ pecuniæ dies venerit aliquid incidit eiusmodi, propter quod verendum sit, ut ad diem exigi pecunia nō possit: quod certè non contingit in eo, qui se fatetur debitorem, dicitque paratum soluere. Ergo verba illa d. l. si debitori cum competenti cautela, Triboniani sunt non Vlpiani, sicut & illa prius idonea cautela à debitore, pro indemnitate præstanda, in l. quamuis 6. ff. de pign. act. quæ admodum alio loco monuimus. Et in l. si plures 14. in princ. D. de pos. cautela idonea reddenda. Vbi tamen obserua mendum aliud subesse in illis verbis, si maior pars adierit, legendumque adierit. Nam priora illa, si plures heredes exierint, ostendunt ab omnibus heredibus aditam fuisse hereditatem, quia nec testamentarij nec legitimi heredes, nec alij denique quam sui, prius existunt heredes quam adierint. Sequentia verò restituendam rem presentibus demonstrant eum casum tractari quo pars tantum heredum adsit petatque depositum. In l. 1. §. pecunia in sacculo 36. eod. tit. quis non fateatur ab illis verbis, veniat repetens, vique ad fin. §. omnia esse Triboniani. Plena scilicet distinctionibus & ablatiuis absolutis, itemque græcismis, ne dicam solæcismis. Illa namque postrema verba, & omni actione depositarium liberari, quæ rogo constructionem possunt admittere, cum nihil sit in præcedentibus quod regere debeat infinitiuum? Nam si referre velis ad verbum, debet [quod tamen nec commodè facere possis] debuerat ergo ita subiici, res in eade deponi, & omni actione depositarius liberari. Sed cum Imperatorem ageret Tribonianus, sic ille scripsit ac si adiectum aut suppleendum esset verbum, iubemus, vel præcipimus talève aliquid. Quod si legis sententiam iurisque rationem respicias digna sanè est Triboniano magis quàm Vlpiano tota illa distinctio. Cum enim plures heredes sunt eius qui pecuniam deposuerat in sacculo signato, indistinctè dici potest quod Caius scribit in d. l. si plures, restituendam esse presentibus & petentibus si maior eorum pars adierit, quoniam hoc casu indiuidua sit depositi obligatio, propterea quod resignare sacculum depositarius nec possit nec debeat, nisi presentibus omnibus quorum interest. At si sacculus signatus non esset, diuidi commodè posset depositi obligatio, & sicuti non nisi partem suam hereditariam petere quisque ex heredibus posset, ita eaduntaxat partem singulis restituere depositarius deberet, neque cautionis remedium necessarium est cum indemnitati depositarij satis cōsultum sit ex eo, quod maiori parti heredum sacculus signatum restituerit, indemnitati verò coheredum, quod habituri sint familiaræ eriscundæ iudicium aduersus coheredes qui totum depositum repetierunt. In l. si defunctus ff. de procur.

procurat. nihil video quod non sit Triboniani. Quis enim Iureconsultorum sic vnquam locutus est, iudicatum solui stipulatione pro suo procuratore data, pro eo quod Tribonianus docere voluit, facta promissione de iudicato soluendo? Illa item quæ sequuntur, satis incivile est, an nō Triboniani manum produunt apertissimè? solet enim ille frequenter ita loqui, satis incivile, satis absurdum, satis inhumanum. Deinde quænam obsecro iuris constitutio illa est, ut defuncto ante litē contestatam domino qui pro procuratore præsentem aut scientem iudicatum solui fatisdederat, cogendus sit procurator iudicium accipere? An non verum est procuratorem non nisi post litem contestatam fieri dominum litis? l. ab exco. 4. §. vlt. D. de appell. l. nulla 23. C. de procur. Rursum, morte mandatoris ante litem contestatam re integra nondumque effecto domino procuratore finiri mandatum? l. si præcedente 18. in princ. D. manda. Cur ergo cogatur is qui amplius procurator non est procuratorio nomine iudicium accipere? An quia consenserat viuo domino, ut pro se iudicatum solui à domino fatisdaretur? At qui pronus fatisdasse dominum pro eo tãquam pro procuratore. Euarfescere igitur vim fatisdationis, & necessitatem accipiendi iudicij necesse est finito mandato morte mandatoris. Neque enim fatisdatio iudicatum solui pro sciente & patiente procuratore interposita perpetuum facere potest mandatum, ut ne mandatoris quidem morte re integra finiatur, quicquid nostri sentiat, qui in eo suaves sunt, quod aiunt textum hunc esse singularem ad probandum fatisdationis eam esse vim & potestatem, ut impediatur ne mandatum quasi re integra morte finiatur: licet cogatur fateri non eandem illius fatisdationis vim esse quæ esset contestationis. Non nego procuratorem sicut & alium defensorem quilibet cum fatisdedit domini loco habendum esse, l. mutus 43. §. vlt. l. Titius 76. de procurat. Sed nego eam fatisdationem facere ne morte mandatoris finitum mandatum videatur, sicut nec impedit quominus reuocare quodcumque possit. Nego etiã eodem iure ceteri debere procuratorem cuius nomine dominus fatisdederit tamen si sciuerit ille & passus sit. Hic enim domini loco habendus non est cum non ipse sed dominus fatisdederit. Proinde non potest ea fatisdatio impedire quominus mandatoris morte mandatum finiatur: sed illud quàm ridiculum & iniquum est quod Tribonianus constituit, si pro absente & ignorante procuratore dominus iudicatum solui fatisdederit, vñ ante litem contestatam defunctus sit, committi ob rem non defensam stipulationis clausulam. Cur enim committatur si rem defendere neque procurator cogitur, quia stipulationi nō consentiit, neque dominus quia defunctus est? Neque enim vir bonus arbitratur indefensam esse rem de qua Prætor iudicium accipere non cogat, l. non cogendum 45. §. 1. de procurat. l. vir bonus 18. iudic. solui. cogere autem Prætor neque procuratorem potest finito iam mandato, neque dominum vita functum. Nam & si mandatum finitum esset reuocatione & prohibitione procuratori facta ne defenderet, non committeretur stipulatio, quia ut committatur non sufficit cum ea persona accepta esse iudicium, quæ stipulatione comprehensa est, sed oportet eandem personam causam esse quæ stipulationis tempore fuit ut Caius scribit in l. si ante 7. D. eo. At qui negari non potest quin & procuratoris causa mutata sit finito mandato, & domini post stipulationem, & ante litem contestatam defuncti. Quæ ob causam de illa etiam dubitatum legimus. Si reus postquam iudicatum solui promisit dentis factus sit, an stipulatio commit-

tatur ob rem nō defensam, & quamuis placuerit magis esse ut committatur si nemo eum defendat, l. 3. §. si reus eo. tit. alia tamen hac parte demeritis, alia defuncti ratio est, quia dementem per alium defendi nihil prohibet sicut & cum qui in magistratu esset nec in ius inuitus vocari potest, de quo in l. si reus 12. eod. mortuus verò sicuti iam nullus est, ita defendi amplius nec potest nec debet. Parumque refert, an lis mortua sit, an defunctus is qui litem nondum fuerat contestatus cum non magis nulla sit lis quæ mortua est aut finita, quam quæ nunquam fuit contestata, siquidem contestatio sola est quæ litem constituit, l. sed et si lege 25. §. si ante de perit. hered. l. vnic. C. de lit. contest. At cum lite mortua aut finita nulla amplius res sit, constat stipulationem iudicatum solui committi non posse l. 2. eod. tit. Ergo nec committetur mortuo ante contestationem eo, qui si viueret litem contestari cogerebatur. Idque est ni fallor quod Vlpianus ait in l. cum quæretur 13. eod. stipulationem iudicatum solui non prius videri commissam quam lis fuerit contestata. Et quædem ex ipsa stipulatione iudicatum solui, ut nimirum seipsam committat, eaque contestatio faciat ne morâ purgari amplius possit, ut & in l. iuda 5. C. de contr. & committ. stipul. In ead. leg. si defunctus §. 1. de procurat. potuit quidem Vlpianus scribere, eum qui in communi diuidendo iudicio procurator datus est ad agendum, ad defendendum quoque datum videri, nepe quoniã iudicium communi diuidendo duplex est in quo scilicet vterque actor est, & reus, l. iudicium communi diuidendo 10. D. fin. regund. l. actiones 37. §. mixta de oblig. & action. Sed quod sequitur, duplici cautela interponenda, sine dubio est Triboniani, adeòque ineptum! Et si enim iudicium communi diuidendo duplex esse dicitur, non ideo tamen fit, ut qui vnus ex sociis procurator est duplicis cautionis & fatisdationis onere grauari debeat. Nam qua parte procurator est actoris, si de mandato non dubitatur; non cogitur fatisdare datam rem dominum habiturum, d. l. vnic. C. de satis d. l. 1. C. de procurat. Iudicatum verò solui multò minus. Ea namque cautio à reo præstari solet cuius est rem defendere, non ab actore, ut ex eo intelligi potest quod iudicatum solui stipulatio tres clausulas in vnum collatas habere dicitur, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo, l. 6. D. iudic. solui. Sanè qua parte procurator hic defendere actorem cogitur, licet non nisi ad agendum datus esset, certum est cogi eum fatisdare iudicatum solui stipulatione, quod non contingeret, si ad defendendum procurator datus fuisset. Tunc enim stipulatio illa etsi æquè esset necessaria ab ipso tamen domino non à procuratore interponi deberet, ut Modestinus tractat in l. si ad defendendum 10. eod. tit. Sed vna hæc fatisdatio est non duplex. In quo errant nostri, vulgò existimantes duplicem fatisdationem hæc necessariam esse, vñam per quam procurator caueat de defendendo in causa reconuentionis tanquam actoris procurator. Alteram per quam de iudicato soluendo, tanquam seiprocutor. Probabilius dici poterat duplicem cautelam, ut Triboniani verbo utar, hæc interponendam, non ex parte vnus eiusdemque procuratoris, sed vnam ex parte procuratoris, alteram ex parte aduersarij, vtramque autem de iudicato soluendo, vtramque ex parte reus quia & vterque litigator reus est. Quamquam Triboniani verba præ se ferunt duplicem illam cautelam ab vno eodemque interponendam, cum ipsius interponenda rationem hanc afferre videatur, quod quæ procurator fuerat constitutus ad agendum, idem etiam constitutus esset ad defendendum. In eod. tit. 19

de procur. mihi valde suspectum est quod scriptum lego in leg. si reus 73. sed hoc constat ut ante litem contestatam Praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim sit & in pupillaribus pecuniis: quod si lis contestata est hoc omnino iudicis officio dirimendum est. neque dubito quin Triboniani verba sint non Pauli, qui in praecedentibus satis aperte declarauerat quid de proposita quaestione sentiret. † Nimirum si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam soluere procuratore agente, iniquum esse cogi eum iudicium accipere: nec ad rem pertinere, quod suspectus videri possit qui praesente domino pecunia non obtulerit. Quid n. inquit, si tunc facultate pecuniae non habuit? Quis dicat cogi eum debere iudicium accipere? Quid item si famosa sit actio? Quis aequum putet periclitati famam eius qui sine iudice paratus est id dare, quo non amplius aduersarius eius per iudicem ab eo sit consecuturus? ex l. iudicatum solui stipulatione 16. D. iudic. solui. † Tribonianus vero quasi indecisam quaestionem Paulus reliquisset distinctionem illam de suo adiecit an lite contestata necne pecuniam debitor offerat. Quae distinctio à Pauli verbis profus aliena est. Casum enim illum tractabat quo ante contestationem oblata esset pecunia. Nempe quia post litem contestatam & accepto iam iudicio dubitationi locus nullus relinquatur, quin omnimodo condemnari debeat qui fatetur se debere. Cessat enim hic ratio illa aequitatis, quae non patiebatur iudicio distringi aut ad inficiationem compelli eum qui paratus sit soluere, dict. l. 16. iud. solui l. si debitori 21. de iudic. Adeo ut neque officio iudicis locus esse possit, cum post litem contestatam confessus debitor habeatur pro condemnato, nec alia iudicis partes esse possint, nisi, ut debitorem condemnet, l. 1. §. 6. & pen. & pass. D. de confess. † Nam quod dici solet iudicia omnia esse absolutoria, non eò pertinet, ut absolui debeat reus qui se fatetur debere paratumque dici soluere quomodo intellexisse Castrensis videtur, sed accipiendum est de reo qui satisfecit §. ult. Instit. de perpet. & tempor. act. Satisfecit porro qui iam soluit, aut quid aliud fecit, quod solutionis instar habeat non cui tantum factus est se debitorem obtulitque pecuniam, l. si reus 9. §. omnis de pign. act. Illud quoque, aut sim dicere, cum forte Paulus ita scripsisset, si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam soluere procuratore agente, iniquum est, & c. Tribonianum, ut distinctioni suae viam strueret de suo intexuisse verba illa, quid fieri oportet? nam. † De illo minus dubito, quin eo loco, propter quod suspectus videri potest, legendum sit, propterea quod, ut iis verbis dubitandi ratio significetur, propter quam videbatur non esse permittendum debitori qui praesenti creditori pecuniam offerre noluit ut eam offerat procuratori, quasi videri possit in fraudem creditoris & per collusionem cum procuratore habitam dilata oblatio in id usque; tempus quo procurator ipse ageret. Eaque res Triboniano aulam praebuit Pauli reprehendendi aut supplendi, necessitate debitori irrogata deponenda in aede sacra pecuniae, ne si debitor & creditor procurator inuicem colludant damnatum vllum creditori nocetur potius (cui tamen procuratoris fides fuit explorata) quam debitori, qui eiusmodi depositione & ob signatione pecuniae in aede sacra perinde liberatur ac si procuratori soluisset, cum tamen si suspecta esset eius oblatio tanquam alieno tempore & per collusionem facta, dicendum potius esset audiri eum non debere, sed iudicio distinguendum, aut ad inficiationem compellendum, propterea quod imputare sibi deberet qui non suo tempore,

nec bona fide pecuniam obtulisset. Sed & ratio illa Triboniani, hoc enim sit & in pupillaribus pecuniis profus ridicula est. † Tunc enim admittimus ob signationem in pupillaribus pecuniis loco solutionis, cum nemo est cui solutio fieri possit: idque non in pupillaribus tantum debitis, sed in ceteris quoque omnibus obtinet, siue non sit cui solui possit, siue solutionem recuset qui accipere posset si vellet. l. acceptam. C. de usur. l. ob signatione 9. C. de solut. † At nos cum Paulo eam speciem tractamus in qua ad sit procurator qui solutionem accipere & vult & potest. Alioqui si ob id solum quod praesenti creditori debitor pecuniam non obtulit, non licet procuratori post eam moram constituto solutionem accipere propter solam suspicionem collusionis. Quid obsecro creditori profuerit procuratorem ad exigendam solutionem constituisse? Aut quomodo potest videri debitor oblationem praesente creditore distulisse, ut cum procuratore colluderet si eo tempore nondum procurator erat constitutus. Praesertim cum fieri facile possit, ut nec tum pecuniam habuerit in numerato quemadmodum elegat Paulus disputat, si aperte docens non esse eam suspicionis causam sufficientem ad impediendum ne audiri debeat debitor solutionem offerens agente quandocumque procuratore. Tantum abest, ut dubitet an solutionem accipere hic procurator possit. Quam tamen si accipere potest, quid causae est cur in aede sacra pecuniam deponi oporteat? † Quod cum ita sit quis non rideat nudis detibus interpretes nostros disputantes hic post Accursium de iudicis ordinarij, & delegati potestate? Aut quis illud probet, quod comminiscitur tractare Paulum de procuratore ad lites dato cui nec solui possit, l. hoc iure 86. de solut. Nam imò verò tractat de procuratore simpliciter, & consequenter de eo cui negotiorum omnium administratio mandata est, cui nemo negauerit solui posse, l. verò 21. eodem. Numquam enim iuris autores procuratorem absolutè vocant eum, qui ad litem duntaxat datus sit, sed vel procuratorem litis vel ad lites, vel ad agendum, vel ad rem de qua agitur petendam, ut ex tit. de procur. intelligi potest. Et verò quænam dubitandi ratio esset, num audiri deberet reus offerens solutionem procuratore agente & domino absente si talis procurator esset, qui solutionem accipere non posset? Aut quid hoc casu referret, an imputari aliquid posset debitori necne? † Rursum quis diuinare possit tractare Paulum de eo creditore qui constituto procuratore aufugerit, ut eius copiam ad soluendum habere debitor non posset? Ponit quidem procuratorem agere eo tempore quo dominus non ad sit, sed tamen non ponit tam procul abesse dominum, ut ei solui non possit, necesseque sit ad ob signationis auxilium confugere, quia neque id ad rem pertinebat cum de eo procuratore tractaret, qui ut diximus perinde ac dominus solutionem accipere poterat, quare nec aliam dubitandi causam Paulus adfert propter quam videretur non audiendus debitor, nisi quod suspectus videri posset hoc solo quod praesenti creditori pecuniam non obtulisset. De quo tamen quæri nihil attinebat, si soluendi facultatem ea ratio impediabat, quod neque procurator solutionem accipere posset defectu mandati, neque dominus quia tunc abesset. Idem namque contingeret etiamsi dominus solutionem numquam petiisset. † Sed & illud obseruandum est, in quo etiam nostri errant post Tribonianum, non de illo Paulum tractare qui sic paratum se dicat soluere, ut pecuniam in sacculo adferat, quod Castrensis necessarium requirit, sed de illo tantum qui ante litem contestatam

testatam paratum se dicit soluere. Et ait audiri eum debere nec cogi iudicium accipere: Quod perinde est ac si diceret neque cogendum eum, ut litem contestetur, neque ut statim soluat. Hic enim illud repetendum est quod nos initio capitis monuimus, ex l. si debitori 21. D. de iud. Debitori qui fatetur se debere, paratumque dicit soluere dandum diem ad soluendam pecuniam, quod & scriptum est in dict. l. debitoribus 31. de re iud. Quod cum ita sit frustra ineptèque Tribonianus suam illam sententiam quasi remedij loco subiecit de ob signando in aede sacra debitor. Cum non de eo Paulus quæreretur, an aut quomodo solui debitum statim posset, sed de illo tantum, an audiri deberet reus qui fateretur se debere paratumque diceret soluere, & consequenter an dari ei dilatio ad soluendum deberet: Intra quam diem nihil vetabat redire dominum, & adesse ut ipsi praesenti solui posset, tamen si poneret procuratorem non nisi ad lites datum esse, eique proinde solui non potuisse.

CAPVT XVII.

Alij Tribonianismi.

SUMMARI A

- 1 Quo sensu dicatur stipulationem ob rem non defensam semel tantum committi?
- 2 Triboniani manus obseruatur in l. vlt. in fin. ff. iudic. solui.
- 3 Ex duplici stipulatione in specie d. l. actum esse, ex stipulatione ob rem non defensam, & ex stipulatione iudicatum solui.
- 4 An ex sententia Triboniani in d. l. vlt. sola rei iudicata clausula committatur & praeualeat etiam in vniuersi eiusdemque persona?
- 5 Stipulationem semel commissam nunquam resolui.
- 6 An domo empti quam emptor & venditor combustam ignorabant aliquid venisse intelligatur, & pecunia soluta condici possit?
- 7 Duplex Triboniani distinctio in hac quaestione:
- 8 In utraque rationibus impugnatur.
- 9 An emptore solo domum exustam scientè ad repetendum pretium, iam solutum actio ei detur, vel si non soluerit ad pretij conuenti solutionem cogi possit?
- 10 Venditore & emptore domum combustam scientibus an vicissim aliqua inter eos actio competat?
- 11 Pauli locum in l. si seruum 91. & verb. oblig. à Triboniano noua distinctio interpolatum esse.
- 12 Tribonianum in l. sed si mors 13. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. manum suam adhibuisse.
- 13 An donatio à marito in uxorem mortis causa collata, secuta deportatione valeat?
- 14 An eiusmodi donatio iure vetere ante Constantini legem valuerit?
- 15 Quam vim habeat dictio proinde in d. l. sed si mors. §. 1?
- 16 Quid in eiusmodi donationibus à Constantino fuerit inductum?
- 17 Deportationem iure vetere quibusdam casibus morti comparari, quibusdam non.
- 18 In l. si alius. 7. §. bellissime ff. quod vi aut clam. Tribonianum nonnulla de suo subiecisse.
- 19 Cur Praetor ipse olim interdixerit, nec in eam rem iudices dederit?
- 20 Extraordinaria actiones quam olim dicta fuerint?
- 21 Alij Tribonianismi indicantur in l. vlt. ff. de curat. furios. & l. 1. in fin. ff. de pen. legat.
- 22 Species & quaestio §. vlt. l. qui ducenta 13. ff. de reb. dub.

- 23 Tribonianum illam quaestionem quasi indecisam dederit voluisse.
- 24 Tribonianum in l. cum acutissimi. C. de fideic. pie-tatis coniectura ab usum fuisse.
- 25 Hereditatem relictam seruo hereditario ex causa fideicommissi restituendo nec dum restituito, non debere fideicommissario restitui.
- 26 An eo casu distinguendum sit cuius contemplatione seruus ille sit heres institutus?
- 27 An aliud obtineat quum heres fideiuciaris iussus est hereditatem cum incremento restituere?
- 28 Vera distinctio in hac quaestione adhibenda.
- 29 An si filio seruo legatum sit à patre dominove, & pendente conditione filius emancipatus aut seruus manumissus sit; satisfactionem à patre dominove legato nomine exigere possint?
- 30 Regula perpetua & generalis in legatis conditionalibus obseruanda.
- 31 Non opus fuisse in l. filio ff. ut legat. nom. caueat. propositam quaestionem per mediocritatem dirimere.
- 32 Paulum in specie d. l. filio: satisfactionis onus patri vel domino remittere non potuisse.
- 33 Quaestionem illam à Paulo in d. l. decisam fuisse.
- 34 Iudicatio faciendo tempus modo longius modo breuius iudicantis arbitrio condemnatis olim concessum fuisse.
- 35 Tempore ad soluendum per sententiam prescripto intra illud soluendum esse.

IN † l. vltim. D. iudic. solui. proponitur ex Scauola, si vnus ex fideiussoribus stipulationis iudicatum solui conuentus sit ob rem non defensam, deinde postea res defendatur, alterum fideiussorem ob rem iudicatam conueniri posse, & similiter si reus promittedi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem defendat, alter non defendat, eum qui non defendat ob rem non defensam conueniri posse, illum qui defendat, ob rem iudicatam, quoniam, inquit Scauola, in vniuersi eiusdemque persona non posse committi has duas clausulas creditur. Id est, quoniam quod dicitur stipulationem hanc semel tantum committi quasi quæ vnâ tantum clausulam ob rem non defensam & ob rem iudicatam in se habeat, ut Vlpianus loquitur, in l. cum querebatur 13. cod. tit. tum deum verum est cum de stipulatione in vniuersi eiusdemque persona committenda tractatur: non item cum in plurium personis. Nihil enim vetat saepius committi, dum ne saepius in eadem persona. † Quod si ita est quis credat Scauolam scripsisse quod sequitur in d. l. vlt. & nos dicimus semper praeualere rei iudicatae clausulam eamque solam committi. An non id omnino pugnat cum praecedentibus totamque Scauola sententiam & corrigit & destruit? Deinde quis vnquam ex prudentibus sic locutus est & nos dicimus. Aut quo contextu possis hæc verba superioribus coniungere? Imò verò nec potest verum esse quod Tribonianus ceterique compositores dicunt, semper praeualere rei iudicatae clausulam eamque committi. † Nam in proposita specie ponimus prius actum esse ex stipulatione contra vnum ex fideiussoribus aut ex promissoris heredibus ob rem non defensam, deinde ab alio ex fideiussoribus aut rei successoribus rem defendi ceptam, mox pro actore iudicatum: quia nec post commissam clausulam ob rem iudicatam committi amplius alia potest ob rem non defensam. Siquidem omnino prius est ut res defendatur vel non defendatur quam ut iudicetur. Quæro ergo an vnus ex fideiussoribus aut promissoris heredibus rem non defendente non committatur stipulationis clausula ob rem non defensam? Quidni verò: cum verum sit rem defensam non esse. † At cum alius fideiussor defendere ceperit & iudicatum erit pro actore.

re, quæro an quia rursus committitur stipulatio ob rem iudicatam [nam & id fatetur Tribonianus] fiet ut eò minus commissa videri possit prior clausula quæ reuera iam commissa est? Atqui dici solet factum pro infecto haberi non posse, nec vnquam iure nostro auditum illud est ut stipulatio semel commissa adeoque ex qua actum est vtiliter secuta etiam condemnatione pro non commissa habeatur, ob id solum ut ex alia clausula committi possit. Præsertim cum nec actoris quicquam intersit vtrum ex hac an ex illa clausula committatur cum vtroque casu consecutus sit tantundem, scilicet quantum iudex pronuntiauerit. Habet enim hæc stipulatio expeditam quantitatem ut Vlpianus ait in *leg. 9. hoc tit.* Non igitur fieri potest ut semper præualeat rei iudicata clausula eaque sola committatur, ne quidem in vnus eiusdemque persona. Nam si is qui prius fuit negligens & contumax in defendendo, ex eaque causa ex stipulatu conuentus & condemnatus ob rem non defensam, postea defenderit, fueritque pro actore pronuntiatum, eadem ratio quæ in pluribus fideiussoribus aut promissoris heredibus à nobis usurpata est, hoc etiam casu locum habet, ut ob rem non defensam committatur stipulatio, siue postea iudicetur siue non, dummodo ex ea stipulatione lis cõtestata sit, *dict. leg. cum quærebatur*, commissa autem non ex eo resoluitur quod postea reus condemnetur. † Numquam enim stipulatio commissa resoluitur, maximè secuta contestatione, absurdumque esset ad resoluendam stipulationem iam commissam prodesse reo quod sit condemnatus, *argum. l. 3. D. de usur. l. euidenter. 16. D. de excepti. rei iudic.* Itaque tantum abest ut verum esse possit quod Tribonianus voluit solam committi clausulam rei iudicatæ, & præualere, ut ex contrario committi non possit posteaquam semel commissa est stipulatio ob rem non defensam in vnus eiusdemque persona, ut hac ipsa lege scribit Scauola & Vlpianus in *d. l. cum quærebatur*. † In *l. domum emi. 57. D. de contr. empt.* ab illis verbis. & Neratius ait *hanc questionem multum interesse*, vsque ad finem legis nihil est quod non prodat manum Triboniani abutentis nomine & autoritate Neratij ut suas nobis pro bonis venditet distinctiones. Abhorret enim illa distinctio non solum à iuris ratione, sed etiam à Pauli disputatione. Nam Paulus eum casum tractat, quo domum emerim quam ego & venditor combustam ignorabamus. Et ait ex Neruæ Sabini & Cassij sententia nihil venisse quamuis area maneat, pecuniamque solutam posse condici. Nempe quia non aream emere volui, sed domum, quæ porro nulla est post combustionem. † Tribonianus autem, ac si Paulus distinctioni locum reliquisset, distinguit an domum combustam venditor sciuerit an ignorauerit, & an maior pars domus exusta sit an minor. Quod ego miror non fuisse animaduersum à tot tantisque interpretibus, præsertim à recentioribus qui tam acriter & ad conuicia vsque de illius loci lectione & sententia quasi pro aris & focis dimicauerunt. † sanè si ponas venditorem sciuisse domum combustam, atque ita fuisse in dolo, multò magis fatendum sit nullam esse emptionem, cum venditoris dolus hoc suadeat, licet fortè intersit emptoris valere contractum ut quod sua interest consequatur. Non enim quemadmodum dolus pro possessione esse dicitur, ita & pro re vendita esse potest si res illa venditionis tempore nulla fuit. Rem enim esse oportet quæ veneat ut venditio aliqua esse intelligatur, *l. 1. D. de here. vel. act. vend.* Idèq; Tribon. ipse fatetur si ante venditionem tota domus exusta fuit. Aliud tamè existimans si quantaquon-

que pars ædificij remanserit. Omnino ineptè. Nam si propter dolum venditori hoc admittamus, cur distinguimus an nulla prorsus an aliqua ædificij pars remanserit? Sin venditionem vtilè illud facit quod non tota domus exusta sit, cur non æquè dicimus eam valere quantacunque ædificij pars remanserit, illo etiam casu quo venditoris dolus nullus interuenit? Et tamè prima illa Triboniani distinctio est, an maior minorve portio exusta sit, æquè autè inepta. Cur enim parte duntaxat exusta cogatur emptor venditionem adimplere, ut absurdè Tribon. loquitur, [siquidè venditoris est implere venditionem non emptoris, *l. si quis alienam. 46. D. de act. empt.*] cum qui totam domum emit non perinde fuerit partem empturus? *l. si quis alia. 46. D. de iur.* An non sufficit ignorantiam venditoris hæctenus ei prodesse ut ad id quod emptoris interest non teneatur? utique. n. tenetur cum sciuit, & quidè actione de dolo cum in dolo fuerit. Quominus necesse est ut eam ob causam dicamus venditionem valere ad venditorem in id quod emptoris intersit, condemnandum. † In eo planè etiam à Triboniano dissentio quod si emptor solus sciuit domum exustam, nec dubitandum puto quin multò minus valeat emptio, quam ille vult stare. Semper. n. verum est non esse in rerum natura rem venditam, siue domus tota siue pro parte exusta sit, quia nõ pars domus, sed tota emptæ est. Neque tamen vllam idcirco emptori actionem dari volo ad repetendum pretium, si iam soluerit quia seipsum decepit, videturque donandi animum habuisse qui sciens indebitum soluit, ex qua causa constat cessare conditionem. Sed si non soluerit non puto cogendū eum ad precij conuenti solutionem. Quia enim actione cogatur soluere, aut qua fronte venditoris nullam rem tradentis? Si factò venditoris exusta esset domus, dici posset haberi eam pro tradita, sed ob hoc solum quod emptor exustam sciuit adeo eum puniri ut sine actione cogatur pretiū vltro soluere venditori qui nihil præstet, non puto quemquã ex iuris autorib. fuisse responsurum, utique enim dici non potest solum donandi animum sufficere ad obligandum emptorem si neque traditio, neque stipulatio ad implendum donationem interuenit. Quamquã nec sufficeret stipulatio in venditione, ut sit, adposita, quia pendet ex negotio contracto habetque naturam venditionis hæctenus ut ex ea agens venditor non alio casu audiendus sit quã quo au diretur agens ex vendito, ac proinde si prior contractum ex parte sua impleuisset, *l. 3. §. 1. l. ex empto 11. in princ. l. Iulianus. 13. §. offerri de actio. empt. l. 4. D. de usur. l. stipulationem. 5. de verb. oblig.* † In hoc vno mihi conuenit cum Triboniano, quod si domum combustam esse tam emptor quàm venditor sciuit, apparet nihil actum esse, neque vllam vicissim inter emptorè & venditorem actionem competere, sed vtrumque ut ille ait dolum compensandum esse. † Non valde dissimile est quod in *l. si seruum. 91. in princ. de verb. oblig.* Tribonianus postquam noua sua distinctione Paulū scædauit vsque ad versic. item si homo, ut nemo non videt, cum nec construi cõmodè textus possit illo loco *considerantibus vtrum, &c.* subiicit ingeniosè ni fallor magis quã verè *quam distinctionem & Iulianus sequitur*. ut Iuliani esse eã putemus nõ Triboniani. Sed & apparet Paulū tota ea lege non nisi de homine promisso per promissorem occisõ tractare voluisse, non item de fundo sacro vel religioso factõ. De quo tamen Tribonian. etiam nescio quid interferit cum suis illis verbis, *si quidem, sin autem*: quæ quoties in Pandectis lego, toties mihi videor constitutionem aliquam Iulianini aut alterius ex posterioribus Imperatoribus lege-

legere: solent enim Iureconsulti dicere, & quidem si *sin vero*, aut potius *si vero*, vix vnquã *sin autem*. † In *leg. sed si mors 13. §. 1. de donat. inter vir. & vxor.* iam pridem obseruauit vir doctissimus Iacobus Cuiac. manum suã adhibuisse Tribonianum & quædam ut ipse loquitur attexuisse ex lege Constantini quæ extat in *l. res vxoris 24. C. de donat. inter virum & vxorè.* Ego aut totum locum dico esse Triboniani ab illis verbis *an donatio valeat videamus* vsq; ad *§. cum quis*. † In illa. n. questione quæ ex Vlpiano proponitur, An si vxori mortis causa maritus donauerit, & deportationem passus sit, donatio valeat, dubitadum non fuit Vlp. temporibus quin nõ valeret, quia in alium casum videlicet mortis facta esset. Quæadmodum nec donatio facta in casum diuortij confirmatur secuta morte quia in alium casum facta est ut in eiusdem legis princip. Vlp. ait. Nec ad rē pertinet ratio illa qua mouetur Tribonianus, quod aliàs in casum deportationis facta donatio valeat perinde ac in casum (sic. n. apud Tribonianum legèdum est nõ in causam) diuortij. Non enim ea res facere potest ut donatio in casum mortis facta valere debeat in casum diuortij cum alius casus sit, ut diximus. † Et ob id mirum necessaria fuit lex Constantini ut mulieri succurreret ne donationis in se à viro mortis causa collatæ commodum admitteret. Ad quã Constantini legè quã & Iustinianus probasse se dicit Nouell. 22. proculdubio respexit Tribonianus, ut apparet nõ solum ex stylo ipsaq; iuris ratione quæ repugnat, sed etiã ex cõtextu ipso verborum. Nã cum Vlp. dixisset donationem factam in casum diuortij non confirmari secuta morte, subiicit, *Proinde et si mortis causa vxori donauerit & deportationem passus est.* Consequens igitur erat ut scriberet, *donatio non valebit*. † Illa namque dictio, *proinde*, significat identitatè iuris & rationis acsi scriptum esset, & *consequenter*. Et verò donationem factam in casum mortis non confirmari secuta deportatione ex eo apparet, quod etiã à deportato reuocari potest. quando viuuit, adeoque quod magis mirum est licet in ciuitate nunquam restitutus sit, ut & Tribonianus fatetur. † Itaque non tam à Constantino hæc parte inductam est ut confirmetur donatio, quàm uti ne omnino per deportationem intercidat, & ut solo silentio confirmata intelligatur si in eadem voluntate matris decedat, licet mortem deportatio præcesserit, perinde denique acsi nulla deportatio interuenisset. Quod haud dubiè secus obseruabatur iure vetere, propter quã situm ius fisco per deportationem, ut postrema illa Constantianæ legis verba probant, *fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro*. † Denique iure vetere casus quidam erant, quibus deportatio comparabatur morti, *l. 1. §. filium de honor. poss. contr. tabul. l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert. l. verum 63. §. penult. D. pro socio. l. ex facto 17. §. ex facto ad S. C. Trib.* Alij erant quibus non comparabatur, *l. cum pater 17. §. hereditatem de leg. 2. l. intercidit 59. de condic. & demonstr. l. ex ea parte 121. §. in insulam de verb. oblig.* In hoc autem casu de quo tractamus deportatio nec pro morte habetur, quia tunc omnimodo per deportationem sicut per mortem confirmaretur donatio mortis causa facta, neque reuocari amplius posset quod falsum est, nec pro casu alio à morte, alioqui donatio infirmaretur quasi in alium casum facta. Quid ergo? Sustulit Constantinus impedimentum deportationis, voluitque nullam prorsus deportationis rationem haberi, acsi nec contigisset. Hoc verò quis putet Vlpianum pro sua autoritate respondere potuisse? utique non magis quam illud facere ut ex deportatione bona mariti fisco non vindicarentur, quæ si vindicarentur, equidem intercidere do-

nationem necesse esset, quippe quæ ante donatoris mortem perfecta videri non potuerit, *l. non videtur 32. de mort. caus. donat.* † In *l. si aius 7. §. bellissime D. quod vi aut clam.* cum Vlpianus ex Iuliano scripsisset ei qui ex interdicto, quod vi aut clam conueniatur prodeic debere exceptionem, quod non in vi aut clam fecisset. Tribonianus nescio qua ratione motus de suo subiicit quod non aliter procedere debet nisi ex magna & iuris necessaria causa. Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet: solet namque Tribonianus omnia referre ad officium iudicis etiã vbi Iudicis officio locus nullus est, ut superiore capite docuimus ad *l. si reus 73. de procur. 11.* sed non potuit ineptiis facere quam in hoc Vlpiani loco de quo agimus. † Nam ut ex omnium interdictorum verbis apparet, Prætor ipse interdicebat, non in eam rem iudices dabat, quod causæ omnes de possessione essent quasi momentaneæ, fauorabiles citòque expediendæ: quam ob causam comparantur interdicta extraordinariis actionibus, aut potius interdicitis extraordinariæ actiones quæ pro iis competunt, *l. 3. C. de interd. §. ult. Instur. eod.* † Extraordinariæ enim actiones illæ erant quæ apud Prætores ipsam extra ordinem exercebatur cum ordinariam esset ut Prætor non cognosceret, sed lite contestata iudices daret. † In *l. vlt. D. de curat. furios.* verba illa, *nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat*, apertum est, Triboniani esse ineptèque subiecta superioribus, in quibus de illo tantum tractatur an possit curator furiosi res propria autoritate alienare. Quis enim dubitet quin possit si ita faciat iubente iudice? Sed & quomodo fieri potest ut magna furiosi utilitas evigat donationem rerum ipsius à curatore fieri? Nam neque mera verave donatio est quæ aliam causam habet quam donatis libertatatem, neque sanè video qua ratione possit quis donando fieri locupletior. In *l. 1. in fin. de penult. lega.* non dubito quin etiam Triboniani sint verba illa, *puto talis men sic voluntatem sequendam restatoris ut tota summa illico postquam cessauerat heres dare penum vxori præstetur, heredis in deuotione coercenda.* Quis enim vnquam ex Iureconsultis, *in deuotionem*, dixit pro mora aut contumacia? † In *l. si is qui ducenda 13. §. vltim. de reb. dub.* tractat Iulianus speciem illam non inelegantem, si paterfamilias in testamento ita scripserit, *si quis mihi filius aut filia gignetur heres esto, si mihi filius aut filia heres non erit. Semus heres esto.* Et ait non satis voluntatem suam declarasse videri testatorem, an non aliter extraneum heredem esse vellet, quàm si neque filius neque filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi conditionem oportuit, *si mihi neque filius neque filia heres erit.* Potest autem, ait ille, interdum superior scripturæ esse necessaria, id est eo modo quo à testatore dictatæ ponimus, si quis cum filium & filiam habeat vtrumque heredè instituere velit, sed siue alter heres futurus sit, extraneum heredem miscere, siue neuter extraneum heredem substituere. Quibus verbis an nõ apertè Iulianus sentit, ex ea superiore scriptura omnimodo admittendum extraneum aut in totum, aut in partem? Quidni enim eum sensum habeat scriptura ad quem exprimendum sit necessaria? † Ea tamen quasi nihil dū Iulianus decidisset, Tribonianus de suo adiecit, *Sed procliuor est testatoris sententia sic interpretada ut siue filius siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur nisi specialiter hoc testator expresserit.* Fefellerunt Tribonianum verba illa Iuliani non satis voluntatem suam declarauit, quæ ille sic accepit ut coniecturæ locus relinquere. At non ita simpliciter Iulianus scribit non satis apparere in proposito quid testator senserit, sed ex contratio ait non satis eum declarasse an non aliter,

extraneum heredem esse vellet quam si neque filius neque filia nati essent. Cui consequens est ut hoc ipso dicendum sit ex verborum potestate à quibus in dubio recedendum non est, vocari extraneum cum factum sit non aliis verbis testatorem eum vocatum fuisse si vocare voluisset. Id enim est quod sequitur in versic. *potest autem interdum superior scriptura esse necessaria.*

24 † Mouit etiam fortasse Tribonianum coniectura illa pietatis de qua in *l. cum acutissimi C. de fideic.* quod nemo credendus sit alienas successiones ut eo loco Iustinianus loquitur, propriis antepone re voluisse. Sed id procedit in dubio, non cum satis aperte expressa est voluntas testatoris. Pessimèque Tribonianus etiam in specie *d. l. cum acutissimi*, ea ratione abutitur ut docuimus lib. 7. c. 14. ad *l. cum auus 102. de condic. & demonstr.*

† *In leg. facta 63. §. si heres ante D. ad Senatusconsultum Trebell.* cum Caius ex Iuliano scripsisset si heres ante restitutam hereditatem seruum hereditarium ab aliquo heredem institutum iusserit adire, non debere hanc hereditatem restitui quoniam de eo rogatus non esset, subiecit Tribonianus de suo subtiliter, si diis placet, & hoc est fatendum. *Requirendum tamen & illud est num cum incremento heres restituere rogatus sit hereditatem. Si enim hoc fuerit subiectum etiam eam hereditatem restituere cogitur, nisi euidentissimis probationibus fuerit ab herede adprobatur contemplatione sui seruum esse heredem institutum.* Profus ridiculè. Quis enim dubitat hereditatem relicta seruo hereditario licet ex causa fideicommissi restituendo, dummodo nondum sit restitutus contemplatione heredis grauati relicta esse? An non potius onerandus est probatione fideicommissarius si negare velit? Neque enim quicquam iuris habet in hereditate restituenda, nec prouinc in seruo hereditario ante restitutionem, *d. l. facta in princip.* † Et distinctio illa cuius contemplatione seruus heres sit institutus, locum habere tantum potest in seruo fructuario aliisque similibus in quibus euenit ut vno eodemque tempore plures ius habeant, *l. si serui 21. cum seq. D. de usufruct.* quod in seruo fideicommissario non contingit. Nam ante restitutionem totus est heredis grauati solius, post restitutionem totus fideicommissarij solius, nunquam vtriusque. † Sed & cum iussus est heres fideicommissarius hereditatem cum incremento restituere, quid potest ea adiectio facere quod pertinet ad hanc hereditatem? Estne illa incrementum hereditatis de quo testator senserit? Aut quomodo potuit debuisse is qui seruum hereditarium instituit, an heres dominusque serui illius iussus esset hereditatem simpliciter restituere, an cum incremento, qui nec villo fortasse fideicommissio obstrictum eum sciebat? Cur propter alieni testamenti verba huius voluntati fiat iniuria cuius intentio tota in heredis grauati commodum directa sit? † Debuerat potius Tribonianus distinguere an heres suspectam dixisset & coactus restituisset, an verò sponte adisset. Nam cum coactus adiit, certum est nullum prorsus commodum retinere illum debere non solum ex hereditate, sed ne quidem occasione illius hereditatis. *l. ita tamen 27. §. qui suspectam. & §. si praeceptis l. si patroni 55. §. quid ergo. D. hoc tit. ad S. C. Trebell.* † in *l. filio 7. D. ut leg. nom. cameat.* dico Triboniani esse potestatem illam clausulam, *sed melius est per mediocritatem causam dirimere ut cautioni tantum cum hypotheca suarum rerum committantur.* Neque enim dubito quin ad propositam quaestionem Paulus in praecedentibus responderit, quae de illo erat, An si filio seruo legatum esset à patre dominove, & pendente conditione filius emancipatus aut seruus manumissus esset, audiri deberent si sibi à patre dominove satisfieri postularent.

Dubitandi causa illa fuit quod patris dominive beneficium non videretur ipsis onerosum esse debere. Sed decidendi ratio illa fortior est quod imputare sibi debeant qui dederunt eis postulanda aduersus se satisfactionis facultatem. † Nam in legatis conditionalibus perpetuum & generale est ut siue de personarum siue de rerum qualitate & conditione quaerendum sit, euenientis conditionis tempus spectari, & ex eo statu qui tunc sit, rem decidi oporteat, *l. si uxorem 5. Cod. de condic. insert.* cum similibus in quo differunt stipulationes à legatis, *l. si filius familias 78. de verb. oblig. l. que legata 18. de divers. de regul. iur.* † Quod cum ita sit, nihil necesse erat per mediocritatem, ut Tribonianus loquitur, causam dirimere, quae iam satis & longè melius per ipsam iuris rationem dirempta erat, deinde cum edicti perpetui forma illa sit, ut legatorum conditionalium nomine satisfieri oporteat cuiuscunque dignitatis, & facultatum quarumcunque heres sit, *l. in princip. & §. 1. cod. tit. quis putet voluisse Paulum aut verò potuisse temperamentum istud inducere contra iuris rationem, formamque edicti, nulla praesertim cogente necessitate? Imperatoris fuit aut eius qui Imperatorem ageret, non Iureconsulti id audere, nec simile est aliud illud temperamentum quod proditum est, in §. 1. l. postquam 5. cod. ab illis verbis, sed si nec ipsi cauere possint, usque ad §. si dies. Nam quo casu cautio nulla interponi potest propter inopiam eius qui cauere ex edicto deberet, utique fuit necesse ab edicto recedere aut potius edictum supplere & remedium excogitare quo & heredis & legatarij indemnitati contuleretur, *l. si frater. D. de collat. bonor.* † At satisfactionis onus remittere patri vel domino qui ex forma edicti satisficere debet, possitque si velit, neque fuit necesse, neque Paulus pro sua auctoritate facere potuit. Et verò si ratio illa valeret quae pro patre dominoque facere videbatur, quod ipsorum beneficium iis onerosum esse non debeat, facere etiam deberet ut nec pignori- bus cauere illos aequum esset. Nam & onus est pignori- bus, aut etiam hypotheca rerum suarum omnium cauere. *dict. l. 1. §. iubet autem de collat. bonor.* † Lapsus Triboniani ille fuit quod putauit non fuisse decisam à Paulo quaestionem, quod sententiam suam non nisi per interrogationem quasi dubitans modestiae causa ut facere Iureconsulti solent, aperuisset. Quamquam verisimile quoque est subiectum fuisse à Paulo *quod magis est*, talè aliquid, sed sublatum à Triboniano, ut sub Pauli nomine suam nobis insinuaret opinionem. *In leg. 4. §. si quis condemnatus. D. de re iudic.* verè etiam ne Triboniani sit tota illa distinctio. † Nam Vlpiani temporibus cuius ea lex est, videtur in arbitrio iudicantis fuisse quemadmodum & hodie est ut condemnato tantum temporis ad soluendum daretur, quantum pro cuiusque facultatibus sufficere videretur, sicuti monuimus, *cap. 1. libr. 7. ex leg. 2. l. debitoribus 31. cod. l. si debitori 21. de iudic.* Neque enim hac parte quicquam intererat an debitor ante sententiam paratum se diceret soluere, an esset condemnandus, ut constat ex *dict. leg. debitoribus*, in illis verbis, *His qui factebuntur se debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere.* Proinde tempus legitimum iudicato faciendo datum non aliter locum habere poterat, quam si aliud aut breuius aut longius iudex non praestitisset: quamuis credibile sit non fuisse solitos iudices ab eo tempore quod lex definiuerat praestituendo facile ac sine causa recessisse. Vnde illud etiam est quod idem Vlpianus ait, in *l. certum 6. §. ult. de confess.* confessos utique post confessionum tempora quasi ex causa iudicati haberent. Et sane absurdum sit quaerere si quis intra certos dies*

soluere per sententiam iussus est, vnde ei tempus actionis iudicati computari oporteat? † Nam si sententia valet, ei omnino satisfaciendum est, & consequenter intra idipsum tempus quo iudex statuit soluendum siquidem pars sententiae & condemnationis illa est quae tempus soluendi definit, cum quo citius tardiusve soluitur, eò plus minusve solui videatur. Sed quid verbis opus est? Extat in hanc rem ipsissima Vlpiani verba, in *d. l. 2. D. de re iudic.* quae tamen aequè Tribonianus corrupit, additis ni fallor iis verbis parum elegantibus, *sed per arò intra statutum tempus sententiae exequentur veluti si alimentum a constituentur, vel minori viginti quinque annis subuenitur.* Occurrunt. n. iudicantibus nullae aliae causae ex quibus nunc hoc nunc illud tempus, nunc longius nunc breuius iudicato faciendo statuendum est.

CAPVT XVIII.

Emendatio §. qui seruum. l. huiusmodi

84. de legat. 1.

SUMMARI A.

- 1 Tres casus distinguendos esse, quum quaeritur de iure legatarij actioneque illi competente si seruum sibi legatum ab herede emerit.
- 2 Cuius iuris casus, quo iudicet iudicio ex empto actum est, maior sit vis actionis ex empto, quam actionis ex testamento.
- 3 Actionem ex empto hoc casu seipsam superare, & aliquid praeter naturam suam operari.
- 4 Semper emendatio d. §. qui seruum.
- 5 Deletur & expungitur versiculus integer è d. §. qui seruum.
- 6 Pretium quod ipsis testamenti verbis nullomodo relictum est, peti non posse.
- 7 Solui ex empto actionem in specie d. §. ad hoc sufficere ut & pretium restituatur, & legatus homo emptoris fiat.

CVm quis seruum sibi legatum ignoras ab herede emit, & quaeritur de iure legatarij actionisque illi competentis, distinguendi sunt tres casus. Primus est si cognito legato ex testamento egerit, & seruum accepit nondum soluto pretio. Secundus, si pretio iam soluto agere ex testamento instituerit. Tertius si iudicio ex empto actum fuerit. Primo casu cum ex testamento seruum consecutus sit, nihil aliud petere potest, nisi ut actione ex vendito liberetur, nec pretium praestet quod alioqui venditori praestare cogeretur. Id verò consequitur actione ex testamento nec ei necessaria est ex empto actio, quia iudicium hoc quo ex testamento agitur bonae fidei est, *l. in princip. l. usura 34. de usur.* & ideo continet in se doli exceptionem, *l. sed etsi 21. D. solut. matrim.* Dolo autem malo facit venditor qui petit pretium eius rei quam actoris ex causa lucretiua facere teneatur. Secundo casu datur quidem ei actio ex testamento ad hominem consequendum: sed quoniam ea actio manca est ad soluti pretij repetitionem necessaria est ex empto actio perinde ac si seruus euietus fuisset, quod utique frustra diceretur si actioni ex testamento ad recuperandum pretium locus esse posset. Tertio casu hoc est si pretio iam soluto emptor idemque legatarius aut fideicommissarius ex empto agere maluerit cum ex testamento agere posset: ex empto, inquam, ad pretij restitutionem rei; venditae traditione, non aliter absolui heredem oportebit quam si & pretium emptori restituerit, & hominem ipsius fecerit. † Maior siquidem hoc casu vis est actionis ex empto, non solum quam sit actionis ex testamento, sed etiam quam

esse soleat actionis ex empto. Nam cum actio ex testamento ad id tantum competat, ut res relicta detur, non etià ad pretij restitutionem, ideoque pro pretio recuperando necessaria sit ex empto actio, haec tamè ad vtriusque consequendum sufficiens est, quia sui natura cõpetit ad rem habendam. ad pretium autè consequendum quasi re eucta ex quo incipit res non emptionis sed testamenti iure deberi existere relicti conditione. Cur non. n. perinde hoc casu detur ex empto actio ad pretium recuperandum; atque daretur, si ad habendum hominem ex testamento actum esset? † In eo autè actio empti seipsam superat, quod cum non soleat competere ad hoc ut venditor emptoris rem faciat, sed tantum ut vacua eius possessio ueni tradat, *l. 1. 3. & 11. de action. empt.* hinc tamen competit ad hoc ut venditor emptoris rem faciat, id scilicet postulate bona fide propter coniunctum ius testamenti, quodque alienum non sit à natura venditionis ut venditor obligetur non tantum ad tradendum sed etiam ad dandum. Quid enim si in vendendo id actum esset? Quid verò interest an in vendendo id actum sit an ex iure superueniente idipsum aequitas intrinsecus; ratio suggerat? Actionis autem ex testamento potestas ideo minor est ut ad pretij repetitionem competere nequeat, quod licet sit bonae fidei, tamen extendi non potest ultra id quod testamento relictum est: iamque vires suas consumpsisse intelligenda est, hoc ipso quod fecit ut per legatum aut fideicommissum relictus seruus emptoris fieret. † Atque haec, meo iudicio, Iuliani sententia est, in §. qui seruum. l. huiusmodi 84. de leg. 1. qui tamè locus, si ita est, valde corruptus & mendosus est, in eo primum quod vulgata lectio sic habet, *quod si iudicio ex empto factum fuerit.* Legendum enim est quomodo in emendationibus nonnullis eod. actum pro factum. Alioqui vulgata lectio nullius sensus est. Nã si sic intel- ligas ut iudicio ex empto recuperatum sit pretium, quod sanè praecedentia omnino suadere videntur, non congruent sequentia illa, non aliter absolui debent quam si pretium restituerit; quibus verbis ostendit Iulianus eum se casum tractare, quo pretium nondum restitutum sit. Ponit ergo iudicio ex empto actum fuisse ad differentiam casus praecedentis in quo postulat legatarium ex testamento egisse. Id enim docere vult, vtramque quidem actionem legatario aut fideicommissario, eodemque emptori competere, ex testamento scilicet & ex empto cum iam soluit pretium, necdum re sibi relictam consecutus est, sed tamen multum referre vtriusque actione egerit. † Sed aliud multò grauius & periculosius mendum est in eo quod apud Iulianum sequitur, & tunc compererit actor legatum sibi hominem esse & agat ex testamento. Illa namque verba pra se ferunt prius egisse emptorem ex empto ad pretium recuperandum, quam hominem sibi legatum cõperisset. Quod si ita est, quare quo iure aut qua fronte ex empto agere potuerit? Quandoquidem hanc empti actionem illud tantum inducit quod existente legati conditione res ad emptorem pertinere incipiat ex causa legati non emptionis, *l. 4. D. ad leg. falcid. l. cui res 29. de action. empt.* Proinde totum illum versiculum delendum arbitror & inepto interpreti potius quam Iuliano tribuendum. † Mouet me illud maximè, quod iuris ratio proculdubio non patitur ut ex testamento petatur pretium, quod ipsis testamenti verbis nullomodo relictum est. Ponimus enim relictum fuisse hominem non hominis estimationem, etsi non ignoro interdum contingere eo quoque casu quo pretium relictum non sit ut ex causa praestari possit, ut in *leg. si fundum per fideicommissum 92. de legatis primo. leg. vltim. §. vltim. de legatis secundo. leg. quidam 25. §. si quis filium. D. ad*

450

Senatusconsultum Trebellian. Sed vt ex testamento peti possit, fieri numquam potest. † Interpretem fefellit, quod non putabat fieri posse vt sola empti actio sufficeret ad hoc vt & precium restitueretur, & legatus homo emptoris fieret, quasi in hanc rem perinde necessaria esset actio ex testamento, atque precedente casu agenti ex testamento ad hominem consequendum necessaria est ex empto actio ad precium recuperandum. Verum quam sint hæc dissimilia satis aperte vt nobis videmur explicuimus. Quod nos nondum bene perceperamus cum scribebamus de sententia & emendatione *di. leg. cui res. 29. de action. empt. libro 5. cap. 14.* Cui capiti hoc coniungi volumus, ne iuris studiosi se à nobis illo loco deceptos conquerantur. Quamquam minus turpe videri debeat, in Iuliani sententia percipienda nos tum errasse cum Accursij, Bartoli, aliorumque omnium interpretum vestigia sequeremur, ex quibus nemo vnquam fuit qui mendum hoc obseruauerit.

CAPVT XIX.

Defenditur recepta lectio l. 3. & emendatur
l. 4. D. de regul. Caton.
SYMMARIA.

- 1 Regulam Catonianam ad hereditates non pertinere.
- 2 Cuiacij emendatio ad l. 3. ff. de regul. Caton.
- 3 Duplex ratio propter quam regula Catoniana indistinctè ad hereditates non pertinet.
- 4 Ius nouum Catoniana regula inductum fuisse.
- 5 Aliam esse regulam iuris antiqui, que vult institutionem qua ab initio non valuit ex postfacto non conualescere, aliam vero Catonis regulam.
- 6 Regulam iuris antiqui ad conditionales quoque institutiones pertinere.
- 7 In extraneis heredibus tria tempora inspici, in suis vero vnum tantum, faciendi scilicet testamenti tempus.
- 8 Inutilis institutio ex quo estimetur?
- 9 In legatis, mortis testatoris, non autem testamenti tempus iure veteri inspectum fuisse, quoniam de eorum validitate ageretur.
- 10 Ius aliud hac parte per regulam Catonianam inductum fuisse.
- 11 Legis Iuliae Papiæ ferendæ occasio.
- 12 Regulam Catonianam lege Iulia & Papiæ antiquiorem fuisse.
- 13 Alijs rationibus probatur regulam Catonianam ad institutiones non pertinere.
- 14 Cur regula Catoniana locum non habeat in legatis conditionalibus, neque in eis quorum dies non nisi ab adita hereditate cedit?
- 15 Necessario aliquo herede instituto regulam Catonianam in ijs quoque legatis locum habere quorum dies ab adita tantum hereditate cedit.
- 16 Respondetur ad l. si primo. 8. ff. de liber. & posth. à Cuiacio obiectam.
- 17 Alia fortior Cuiacij obiectione diuiditur.
- 18 Aliorum responsio ad illam Cuiacij obiectionem petitam ex l. 4. ff. de regul. Caton.
- 19 Non ideo minus pura esse legata, quod relicta sint ab herede sub conditione instituto, vel quod sub ea conditione relicta sunt sub qua institutus heres fuit.
- 20 Emendatur §. cum ab eo. leg. cum sine. ff. quando dies leg. ced.
- 21 Remouetur Bartoli distinctio ad d. l. 4.
- 22 Tollitur è d. l. 4. vox conditionales.
- 23 Differentia inter puras & conditionales institutiones, quoad ad temporis inspectionem.

- 23 Regulam Catonianam ad ius antiquum pertinere, nec ideo tamen iuris antiqui esse.
- 24 Constitutiones quedam regulæ Catoniane in effectum similes à Bartolo inuenta.
- 25 An regula Catoniana locus sit ex quacumque causa legatum fuerit inutile.
- 26 Vera Catonis sententia.

Pessimè † ab antiquis omnibus interpretibus accepta est sententia regulæ Catonianæ, sed multò peius à recentioribus, præsertim à Goueano, Balduino, & Cuiacio, quibus visum est pertinuisse regulam illam ad hereditates, † contra quam apertissime scriptum sit, in *leg. 3. ill. tit. de regul. Caton.* vbi propter hanc causam legendum putat Cuiacius, *libertates non hereditates*: Minus sibi vt credibile est satisfaciens in ea interpretatione quam Balduinus & Goueanus attulerant, vt eo loco Papinianus de iis tantum hereditatibus loquatur, quarum dies non nisi ab adita hereditate cedat, quales sūt quæ ex Trebelliano restituuntur, *l. 1. D. ad Senatusconsultum Trebellian.* aut quæ seruis legatis relinquuntur, *l. vni. §. libertatibus. Cod. de caduc. tollend.* † Ego non dubito quin generaliter & perpetuò verum sit quod indistinctè Papinianus ait Catonianam regulam ad hereditates non pertinere, non illa solum ratione qua mouetur Bartolus, & quam exagitat Cuiacius quod de legatis tantummodo locuta sit, vt constat ex *leg. prim. eod. tit.* sed etiam quia nec de legatis quicquam cauit, adeoque nec cauere potuit, nisi eo casu quo testamentum valeret. Alioquin frustra de legato cauisset vt inutile fieret, aut vt numquam posset conualescere si testamentum ab initio valuisset: id nimirum euincente ipsa iuris communis potestate. Certum enim est iam inde à primis antiqui iuris Romani temporibus, & ante regulam Catonianam ita ius fuisse vt si testamentum non valeret nihil quoque valeret eorum omnium quæ testamento contineretur, *l. 1. §. sed si filius familias de legat. 3.* † At regula Catoniana ius nouum induxit, fecitque vt non valeret legatum quod alioqui fuerat valiturum: sic enim definit: *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret id legatum quancumque decesserit non valere.* Supple, quod necessariò supplendum est, Quamuis alioqui inspecto mortis subsequente tempore valere debuisset. † Nec simile est quod dicimus institutionem quæ ab initio non valuit ex postfacto non conualescere, *leg. penultim. de diuers. regul. iur. antiqui.* aut vt habet alia iuris regula, quod initio vitiosum est tractu temporis conualescere non posse, *leg. quod initio. 29. eodem.* † Sunt enim illæ regulæ iuris antiqui non Catonis, ideoque & ad conditionales quoque institutiones pertinent, in quibus non secus ac in puris spectatur præcipuè tempus testamenti cum quaritur an valeant: ita vt si tum non valeant, non eo magis valere possint quod euientis conditionis tempore impedimentum illud sublatum sit. † Id enim est quod dici solet in extraneis heredibus tria tempora inspici, facti testamenti, mortis si pura institutio fuit, aut euientis conditionis si conditionalis, & aditæ hereditatis, *leg. si alienum. 49. §. in extraneis l. liber homo. 59. §. si heres de hered. instit. §. in extraneis de hered. qual. & differ. instit.* quibus locis quod de extraneis heredibus tractatur ad differentiam suorum non eò pertinet vt in suis heredibus faciendi testamenti tempus inspici non oporteat, vt imperitè quidam putant, sed vt in iis nulla tertij temporis ratio habeatur quod est aditæ hereditatis, quoniam in suis aditio nulla est, nec distincta sunt tempora delatæ & acquisitæ hereditatis, vt pluribus docuimus *lib. 9.* At quin illi ipsi qui

contendunt regulam Catonianam pertinere ad hereditates fatentur tamen non pertinere ad conditionales institutiones, *ex l. 4. eod. tit. de regul. Caton.* Fateantur ergo necesse est, aliam esse regulam iuris antiqui, aliam vero eam quæ Catoniana appellatur. † Deinde institutionem inutilem non ex eo astinamus, quod non valeret si testator eo tempore moreretur, sed ex illo tantum quod testamentum inutiliter factum sit, siue propter ommissas solennitates, siue propter personam aut testatoris aut heredis quæ non habeat testamenti factionem. Quod cum euenit, verendum non est ne institutio quæ ab initio fuit inutilis postea conualescat, quia testamentum quod ex institutione æstimatur, si ab initio fuit inutile, ex postfacto conualescere numquam potest: licet in testamentis quæ aliquando valuerunt, sed ex casu superueniente irrita facta sunt, contra nonnumquam receptum sit, *l. si quis filio. 6. §. penultim. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* † At in legato secus est. Quoties enim valet testamentum, valent quoque omnia in ipso contenta, si iuris veteris rationem inspicias, tametsi testatore moriente testamenti tempore non fuissent valitura, quia in legatis quæ proprias vires nullas habent, sed eas tantum quas ex institutione mutantur frustra inspicias tempus testamenti, cum testamentum valet: mortisque duntaxat inspiciendum est, quippe ab eo demum tempore dies legatorum cedit. † Ideoque nimirum necessaria fuit regula Catoniana ne valerent, & vt in iis non mortis solum vt antea, sed testamenti quoque tempus inspiceretur. Tatum abest ne verum sit, quod quidam volunt, per eam inductum esse vt legatorum dies cederet à die mortis. † Id enim iam ante legem Iuliam & Papiam iure antiquo obtinebat, cuius corrigendi gratia nouas leges ferri necesse fuit ne cederet ante apertas tabulas: vt daret ea res materiam locupletando fisci ærario bellis ciuilib. exhausto legati caducitate inducta si nondum apertis tabulis legatarius decederet. † Quamquam cessante causa quæ legis Iulie & Papiæ iniquitatem induxerat ab hoc quoque statim recessum est, abrogata quod ad hanc rem attinet lege noua vt ad ius antiquum rediretur, vt constat ex *tit. D. & C. quand. dies legat. ced.* aliisque innumeris iuris nostri locis, quib. proditum est à die mortis testatoris cedere diem legatorum purè relictorum, & verò nõ esse abrogatam legem Iuliam restitutumque ius vetus per regulam Catonianam ex eo apparet, quod regula Catoniana quæ à Catone nomen sumpsit lege Iulia antiquior fuit, denique Catoniana regula pertinet ad legata quæ alioqui valerent non ad ea quæ ab initio fuerunt inutilia. Nam quod iam inutile est, magis inutile fieri non potest. Ergo tametsi poneres eandem hac parte rationem esse institutionis & legatorum, non posset tamen ea regula pertinere ad institutiones quæ ab initio inutiles essent. † Proinde quod habet iuris antiqui regula, Institutionem quæ ab initio nõ valuit ex postfacto non conualescere, tantò magis probat fieri non posse vt regula Catoniana pertineat ad institutiones: nam neque institutio vlla fingi potest quæ ab initio sit ita utilis vt inutilis futura fuerit si tunc testator moreretur, quandoquidem vt diximus, præcipuè spectandum est tempus testamenti quoties de institutionis iure & validitate disputatur. Et vt dicam apertius, Regula Catoniana vult in legatis non tam mortis tempus spectari quam conditi testamenti. At in institutionibus perpetuò obtinuit vt testamenti tempus inspici deberet: ergo in institutionibus & hereditatibus neque necessaria fuit regula Catoniana, neque locum habere

potuit. Nam institutionem, quæ caput est testamenti, nihil potest confirmare si ea non valeat, nihilque est ex quo possit ipsa vires accipere præterquam ex se ipsa. Ideoque spectandum necessariò est an ab initio utilis fuerit, necne. Legatorum verò validitas pendet ex institutione, & idcirco vtili facta institutione nihil causæ est cur de legatis quaratur an valeant nisi eo demum tempore quo deberi incipiunt, id est quo dies eorum cedit, scilicet mortis si pura sint legata, vel conditionis existentis si conditionalia. † Vnde illud quoque fit, vt regula Catoniana non pertineat ad legata conditionalia, *l. cetera. 41. §. 1. de legat. 1.* neque rursus ad ea quorum dies non ab adita cedit hereditate, *d. l. 3. de regul. Caton.* Nempe quoniam frustra fingas mori testatorem tempore testamenti vt inutile facias legatum de cuius viribus nondum querendum esset etiam si iam tum testator decederet. Aliqui debuerat regula sic concipi, *si testamenti facti tempore testator decessisset aut adita eius hereditas esset*: quod tamen absurdissimum vtique fuisset. Neque enim fieri potest vt adeatur hereditas eo tempore quo fit testamentum cum prius sit testamentum factum esse quam vt ex eo hereditas deferatur: itemque vt per testatoris mortem deferatur successio quam vt delata acquiratur, nisi cum de necessariis heredibus agitur, in quibus non sunt distincta tempora delatæ & acquisitæ hereditatis cum ipso iure heredes existant vt diximus, † & ob id euenit etiam vt hoc casu, id est cum necessarius aliquis heres est, locum habeat regula Catoniana in iis quoque legatis quorum dies ab adita tantum hereditate cedit, vt puta si quis seruo sub conditione libertatem dederit, legatum autem purè, *l. Iulianus. 86. in fi. de condi. & demonstr. & elegantius in l. si optio serui 13. D. de opt. legat.* ex quibus apparet regulæ Catonianæ rationem non ex voluntate testatoris petendam esse vt nostri existimant, sed ex sola illa iuris ratione quod legatorum dies regulariter cedat eo demum instanti quo testator moritur: Alioquin ad ea quoque legata pertineret quæ cedunt ab adita duntaxat hereditate, quod tamen falsum est. † Nec est quod quis cum Cuiacio nobis obieciat legem, *si primo. 8. de liber. & posth.* Nam quod lex ait, *secundum sententiam qua vivimus*, nõ pertinet ad regulam Catonianam, vt nos ad eum locum docuimus *cap. vlt. lib. 9.* licet non ignorem regulam Catonianam sententiam quoque dici in *d. leg. Iulian.* Vnum illud valde obstat superiorib. quod in *l. 4. de regul. Caton.* Vlpiano placet regulam Catonianam ad conditionales institutiones non pertinere. Ita enim videtur Vlpianus innuere non obscure, nec dubitandum esse quin ad puras pertineat. Alioquin cur de conditionalibus loqueretur? De quibus vtique dubitari minus poterat cum nec ad legata (de quibus regula nominatim locuta est) pertineat si sint conditionalia, *d. l. cetera. §. 1.* † Atque ita Cuiacius rectissime argumentatur, & longè rectius quam qui obiectionem hanc sic diluunt vt Vlpianus senserit Catonianam regulam non pertinere ad legata pura in eo testamento relicta quo conditionalis institutio continetur. Sic enim veteres omnes post Accursium & Bartolum, quos ex recentioribus secutus est Ioannes Robertus in suis illis aduersus Cuiacium disputationibus, prorsus ridiculè: † cum fateri cogantur quod & verissimum est, non eò minus purum esse legatum eiusque diem à morte testatoris cedere, quod relictum sit ab herede sub conditione instituto, *leg. aliquando. 107. de condi. & demonstr. l. heredis. 7. §. penult. l. si dies. 21. §. 1. D. quand. dies legat. ced.* vbi hoc ipsum aperte scriptum est non tantum de legatis purè relictis, sed de

is etiam quæ sub ea conditione relicta sint sub qua institutus heres fuit, addita eleganti ratione illa quod per heredem conditionem legata incerta non fiant, nec multum interfit an ita legatum sit sub hac potius conditione, si heres erit dato, de qua nemo dubitat quin conditionale legatum non faciat quominus in legatarij heredem trar mittatur, quasi purum. Qua ratione cum ab eo mihi fideicommissum datum est cui sub conditione legatum est, fideicommissum purè datum est, † quemadmodum si ab herede instituto sub conditione purè mihi legetur, l. cum sine 19. §. cum ab eo. D. eod. tit. ubi sic legendum arbitror, ne alioqui locus mactus sit & imperfectus, ut facile perspicere quis potest. Adlita linea integra quam imperitus exscriptor incautè prætermiserat, cum fortè scriptum ellet, Cum ab eo mihi fideicommissum datum est cui sub conditione legatum est, fideicommissum purè datum est, quemadmodum si ab herede instituto, &c. Similes enim errores obseruauimus, in l. hoc iudicium 14. D. commun. diuid. & in l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo de solut. libr. 2. & 8. Nisi malis legere quomodo supplendi loci gratia vulgo scriptum est, tale & quemadmodum. Sed ita emendatum esse locum ab aliquo interprete potius quam à Iureconsulto scriptum, ex eo conici potest, quod in eiusdem §. princip. addit ille dictionem purè. Sic enim vulgò legitur, cum ab eo purè mihi: quod nil erat necessesse. Sufficit namque sub conditione fideicommissum datum non esse, ut appareat purè datum. Negari certè non potest quin Florentina lectio vitiosa sit. † Cæterum distinctio illa Bartoli ad d. l. 4. An conditio inserta sit toti institutioni an parti duntaxat, & an legatum præcesserit institutionem, an subsequutum sit, prorsus aliena est à proposito tractatu, neque confirmatur ex l. auia. 77. de condi. & demonstr. quæ regula Catoniana nec loquitur nec intelligi commodè potest: ut non sine causa videatur mihi Cuiacij aduersus Accursij & Bartoli sectatores hac in re lorariorum operam implorasse. Quid enim absurdius, quam conditionalium institutionum nomine intelligere legata purè ab herede sub conditione instituto præstanda?

21 † Quid ergo? Dicam quod sentio, & habeo pro explorato. Puto delendam dictionem illam *condicionales*, utpote quæ in textum haud dubiè irreperit ex glossa imperiti interpretis idipsū fortasse existimantis quod recentiores nostri Regulam Catonianam ad puras institutiones delataque ex iis hereditates pertinere. Nulla siquidem differentie ratio hac parte reddi potest inter puras institutiones, & conditionales: cum apertè falsa sit illa quam reddit Cuiacius, quod in conditionalibus solùm existētis conditionis tempus spectetur, ex d. l. liber homo 59. §. si heres. D. de hered. institu. Nam imò verò ex illo loco, & ex l. si alienum. 49. §. in extraneis. eod. tit. iam probauimus, non minus in conditionalibus quam in puris spectandum tempus testamenti, † eamque solam inter has institutiones differentiam esse quod in puris præter tempus testamenti, in conditionalibus verò præter tempus testamenti, non mortis instans, sed euenientis conditionis: In utriusque præterea tempus aditæ hereditatis si de extraneis heredibus agatur non de necessariis. Sublata verò dictione illa quæ tollimus idem sensus erit Vlpiani scribentis non pertinere Catonianam regulam ad institutiones, qui Papiniani negantis pertinere ad hereditates. Error omnium istorum ille est quod non separant regulam Catonianam à regulis iuris antiqui. Fateor Catonianam regulam pertinere ad ius antiquum non ad leges nouas, l. ult. eodem tit. sed nego esse idcirco regulam iuris

antiqui cum à Catone inducta sit. Nam quod dici mus pertinere illam ad ius antiquum, hunc sensum habet ut eam ferri necesse fuerit ad efficienda inutilia legata quæ alioqui ex iure antiquo valuissent, quocedebat dies legati à morte testatoris non item ad efficienda inutilia ea quæ non nisi ex apertis tabulis cedunt per leges nouas Iuliam & Papiam. † Bartolus 24 verò cæterique antiquiores etsi bene viderunt Catonianam regulam ad sola legata non item ad hereditates pertinuisse alias tamen nescio quas constitutiones commentati sunt, Catonianam iniquiunt regulam in effectu similes, ad quas referri oporteat, quod scriptum est in d. l. pen. de R. I. Institutionem quæ ab initio fuit inutilis ex postfacto conualescere non posse, quem errorem Robertus quoque non multo subtilior secutus est. Cum tamen non ex aliqua constitutione noua, sed ex mera ipsa iuris veteris ratione desumpta sit regula d. l. penuli. ut & cætera regulæ iuris antiqui, non enim ad iuris regulam pertinere possunt, quæ antè nouas constitutiones non obtinuerunt. † Sed & veterum omnium perpetuus error ille fuit quod existimarunt Catonianam regulam locum esse ex quacunque causa legatum ab initio fuerit inutile, ut puta quod factionem testamenti testator aut heres scriptus testamenti faciendi tempore non habuisset. Quo ineptius sanè nihil dici potest. Nam cum testamentum ab initio non valet siue propter testatoris aut heredis personam incapacem, siue propter omittas iuris solennitates, non possit regulæ Catonianæ vsum aliquem inducere, quia nec facere possit, ut legatum valeat, nec proinde quicquam causæ fuit quamobrem hoc casu Cato constitueret, ut inutile efficeretur. † 26 Catonis enim sententia proculdubio illa fuit, quam Iulianus expressit apertius, in §. an seruo. Instit. de leg. ut quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum testator decessisset, non ideò magis valere debeat, quia testator diutius vixerit. At quis obsecro ante Catonem vnquam dixerat, testamentum quod ab initio nullum fuisset ob id magis valere posse quod testator vixisset diutius?

CAPVT XX.

Refutatur alius nostrorum error in tractatu de reg. Caton. & indicatur insignè Triboniani facinus in §. quando autem. l. 3. D. de iur. fisc.

SUMMARI A.

- 1 Regulam Catonianam ad ea etiam legata pertinere, quæ ab initio & ipso testamenti tempore fuerunt inutilia propter solam legatarij incapacitatem.
- 2 Respondetur ad l. 3. §. quando autem. ff. de iur. fisc. superiori sententia oppositam.
- 3 Etiam post exæquata legatis fideicommissa maiorem mansisse fideicommissorum quam legatorum fauorem.
- 4 Differentia inter tacitum & expressum fideicommissum in specie d. l. 3. notanda.
- 5 In fideicommissis expressis Catonianam regulam locum esse.
- 6 Totum illum §. quando autem. Triboniani potius quam Callistrati esse.
- 7 Questioni in d. §. proposita locum nunquam esse posse.
- 8 Verba illa d. §. & placuit exitum esse spectandum ad partem questionis ibidem proposita accommodari posse.
- 9 Fraudem fieri si tacitum fideicommissum relinquatur ei qui testamenti tempore incapax, postea mortis testatoris tempore capax est.

- 10 Nullam fraudis suspicionem esse in tacito fideicommissio, quod datum est capaci, qui postea incapax factus est.
- 11 Tacita fideicommissa quando in fraudem legis fieri dicantur?
- 12 Accursij illationes & argumenta ex d. §. elicita.
- 13 Concluditur ex superioribus.
- 14 Respondetur ad l. si deportati. 7. ff. de leg. 3.
- 15 Aliam esse questionem utrum legatum debeat, aliam verò, cui debeat.

1 M Alè † etiam nostri vulgò Catonianam regulam negant pertinere ad legata quæ ab initio & ipso testamenti tempore fuerint inutilia propter solam legatarij incapacitatem, ex l. 3. §. quando autem. D. de iur. fisc. ubi scriptum est valere relictum nec fisco locum fieri, si qui fuit incapax tempore testamenti reperitur capax tempore mortis ut non tam cõsiliū quàm exitus spectetur. † Debuerant enim animaduètere tractari eo loco de fideicommissio tacito in fraudem legis relicto incapaci, non autem de legato, regulam porò Catonianam de legatis tantum locutam esse non item de fideicommissis quæ nec Catonis temporibus vllum adhuc iuris vinculum habebant antè Augustum. † Quamquam autem confirmato fideicommissorum iure eadem illorum ratio esse cœpit quæ legatorum, l. 1. de legat. 1. maior tamen semper mansit fauor fideicommissorum, propterea quod ex fide heredis pendente quàm præstare ipsum æquum sit, præsertim si velit, maxime verò fisci odio & legum euerfus incapaces latarum. Ex quo etiam receptum esse alibi diximus, ut contra iuris rationem institui possit incapax in id tempus quo erit capax, l. in tempus. 62. de hered. institu. quæ ait benevolentia hoc esse ut iuris non esse intelligamus. † At illud quoque obseruandum est, taciti fideicommissi aliam hinc rationem esse, quàm expressi. Tacitum enim fideicommissum cum ex mera grauati fide pendeat nec exigi possit per eum qui aliàs probationes nullas habeat, aut qui si haberet, fisco potius quàm sibi lucrum victoriæ quæreret, non admittit quæstionem illam de qua agimus an ex regula Catoniana sit inutile. Cur non enim valeat, si malit heres aut alius quisquis tacite rogatus est fidem à se datam exsoluere quàm iure suo vti, & fideicommissi tanquam inutilis solutionem recusare? Inter fisco duntaxat & eum qui tacitam fidem accommodauit quæstio esse potest si fisco fideicommissum auferre velit quasi in fraudem legis relictum: rogatus autem malit relictum ad fideicommissarium peruenire quàm ad fisco. † At cum fideicommissum expressum est, potest inter fideicommissarium ipsum & rogatum nasci cõtrouersia, in qua nec dubito quin succumbere debeat fideicommissarius qui testamenti tempore incapax fuit, licet mortis tempore capax reperitur, ex potestate scilicet regulæ Catonianæ quæ proculdubio licet de legatis tantum locuta sit, in fideicommissis quoque ex idètitatis ratione locum habere debet, nisi paratus sit heres vltro soluere: quo casu nullus, ut diximus quæstioni de fideicommissio relinquitur, sicut nec si legatum esset inutiliter, nec eò minus tamen heres defuncti voluntatem agnoscens legatario soluisset. † Mihi tamen iterum atque iterum intuenti probabilissimum videtur, ut totus ille §. Triboniani sit potius quàm Callistrati. Ad illam enim quæstionem, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem accommodasse iam ante Callistratus responderat initio eiusdem legis, ver. quæri autem solere quando intelligatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare, sed longè alio sensu quàm Tribon. in d. §. quando autem. ubi ob hanc causam ne hanc ipsam quæstionem

quæ à Callistrato decisa fuerat proponere videretur, quod isdem illis verbis usus fuisset, quando autem fraus interposita videatur agendum est, subiecit, id est, utrum exitus spectari debeat an consilium. Quasi prior quæstio ad modum comminiscenda fraudis pertineat, posterior verò ad tempus quod spectandum sit cum de fraude quæritur. † Verum non video quomodo posteriori huic quæstioni locus esse vnquam possit, qualis proposita est in d. §. quando autem, illo loco, si tunc cum tacite fideicommittebatur non capiebat is cui restitui iubebatur, mortis vero tempore capere poterat, vel contra. Nam cum is cui fideicommissum relictum est, capax fuit testamenti tempore, licet moriente testatore incapax reperitur, fraudis tamen consilium nullum esse potest, ideòque nec dubitamus quin etsi fideicommissum deficiat, apud eum tamè qui restituere rogatus est remanere debeat, ut disertè Caius scribit in l. in fraudem. 10. §. D. de his que ut indign. vbi rationem reddit, quia nulla fraus eius interuenisse videtur, nisi inquit, si in futurum casum fidem accommodauerit, id est, ut licet capere legibus prohiberi cœperit, restituat. Rogo igitur, qua ratione nullo fraudis consilio interueniente locus esse possit quæstioni an consilium spectari debeat an exitus. Et tamen quæstio illa est quæ proponitur in d. §. quando autem, iis verbis, vel contra. † Sed & quod respondetur, exitum spectandum esse, ad neutram quæstionis partem accommodari potest. Siquidè eò casu quo fideicommissarius testamenti tempore fuerit incapax, aut potius ut §. verbis utar, tunc cum tacite fideicommittebatur [quoniam & ab intestato fideicommissa relinqui posse constat] si postea & mortis tempore capax sit & ad fideicommissum admittatur, hoc ipso eueniet ut fraus exitum habeat. † Fraudem enim ab initio factam esse negari nò potest cum eo tempore tacita fides accommodata sit quo hic capere non poterat, & quo testator fideicommissum tacitum reliquit, non relicturus haud dubiè si non fidem suam tacite heres aut alius quisquis rogatus est, accommodasset. Ea verò fraus quando obsecro exitum & effectum habere potest, nisi vno demum illo casu quo is qui relictus tempore capere non poterat, moriente subinde eo qui fideicommissum reliquit capere possit & capiat? Nam si mortis quoque tempore incapax sit qui antea fuit, fraus non habet exitum cum neque fideicommissario datur persecutio, neque ei qui rogatus est retentio, sed relictum fisco vindicetur. Nisi fortè quis dicat desinere fraudem esse cum is qui ab initio fuit incapax reperitur mortis tempore capax. Sed non ita est, quia licet testator multò magis relicturus fuerit capaci quod incapaci reliquit, certum tamen est non fuisse eum voluntatem suam declaraturum si eo tempore fraudis consilium non iniisset. Proinde vindicari semper expedit quod in fraudem legis factum est, nec æquum est ei succurri, qui si fraus legis facta non esset, voluntatem testatoris hodie non haberet. † Rursus in contrario casu quo tunc cum tacite fideicommittebatur fideicommissarius fuit capax, mortis verò tempore incapax, si dicas spectandum exitum non initium, consequens fiet ut fisco locus sit, nec relictum penes eum qui rogatus est remaneat, siquidè quæstio quæ proponitur in d. §. quando autem, non eò pertinet, ut sciamus an ad fideicommissum admitti debeat, qui mortis tempore incapax reperitur (quis enim illum admitteret?) sed an eiusmodi relictum fisco quæri debeat, an penes eum qui rogatus est remanere. Atqui remanere vult Caius in d. §. 1. l. in fraudem. ff. de his que ut indign. quia ut diximus nulla prorsus fraudis suspicio sit in eo quod datum est capaci, licet postmodum fiat incapax nisi casus incapacitatis præ-

uifus tacito fideicommissio causam dederit. Et verò extra hunc casum quomodo fieri possit vt testator de tacito fideicommissio relinquendo cogitet? † Tacita siquidem fideicommissa tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cum quis neque testamento neque codicillis rogatur, sed domestica cautione vel chirographo se obligat ad præstandum fideicommissum ei qui capere non potest, *l. in tacitis. 103. de leg. 1.* Cum ergo is cui relinquitur eo tempore capax est, nulla taciti fideicommissi necessitas aut utilitas esse potest. † Denique leges omnes hinc Accursius congerit tanquam ad eandem sententiam pertinentes, quibus probatur quoties quid in fraudem factum dicitur fraudis exitum potius quam consilium spectandum esse, eos casus tractans in quibus fraudis consilium interuenerit: nec aliter fieri potest, vt locus sit quæstioni. Ridicula itaque est dubitatio quam quasi ex Callistrato Tribonianus proponit an fraudis consilium spectari debeat, an exitus, cum fraus nulla facta est fideicommissio ei relicto qui testamenti alteriusve voluntatistempore capax fuit. Fraus enim non fit sine consilio fraudandi, & cum de fraudis exitu tractamus, in necessarium antecedens ponimus fraudem factam esse. † Maneat igitur certissimum, non posse ex illo loco probari nostrorum sententiam existimantium regulam Catonianam non pertinere ad ea relicta, quæ propter solam legatarij aut fideicommissarij incapacitatem inutilia futura essent, si tum cum relinquerentur testator decessisset. † Quod verò in eandem rem afferunt quod Vlpianus scribit in *l. si deportati de leg. 3.* fideicommissum quod deportati seruo adscriptum est ad fiscum non pertinere, si deportatus aut eum viuo

testatore alienauerit, aut fuerit restitutus, multò minus mouere debet. Nam in ea specie si testator ipse testamenti tempore decessisset, non eò minus valisset fideicommissum, sed ad fiscum, tanquam ad serui, cui fideicommissum relicto erat, dominum peruenisset, vt idem Vlpianus ait. Proinde non pertinet illa species ad Catonianam regulam, quæ de iis nominatim legatis locuta est, quorum dies inutiliter cessisset si testamenti tempore testator decessisset. † Ac longè alia quæstio est, an testamenti aut mortis tempus inspiciendum sit, vt sciatur cui quæri legatum debeat. Alia verò vtrius temporis habenda ratio sit cum quæritur, an legatum vtile sit: aut vt breuius dicam, Aliud est quærere vtrum legatum debeat, aliud verò, cui debeat. Quò etiam referri debet, quod in *l. si cognatis. 19. D. de reb. dub.* ex eodem Vlpiano proponitur si cognatis legatum sit, & testamenti tempore cognatus non fuit, qui moriente testatore cognatus reperitur per adrogationem, hunc quoque legatum consequi debere. Nam si testator, qui cognatis legauit testamenti tempore decessisset, non eò minus legatum valisset, tamen hic qui tum cognatus non erat cum cognatis ad legatum admissus non fuisset. Quod nec Bartolus ipse licet aliorum errorem secutus, ignorauit. Denique cum quæritur, an legatum, vt fideicommissum debeat, regula Catoniana vult inspici tempus testamenti non mortis. Cum quæritur cui debeat, regulariter constitutum est, vt si verba minime repugnent, inspicere debeat tempus quo dies relicti cedit, quod ipsum plerumque mortis tempus est, *l. penultim. D. de legat. prest.*



CLARISSIMO VIRO MAN-
FREDO GOVEANO ANTONII
FILIO SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS

AB INTIMIS CONSILIIS, ET IN PEDEMONTANA
Curia Senatori,

ANTONIUS FABER S. D. P.



TATVERAM, clarissime Goveane, absolutis duodecim Coniecturarum mearum libri, nouam de iure nostro scribendi rationem instituire, non quòd vetus displiceret, quam à te tuique similibus plerisque viris, id est magnis & præstantibus Iureconsultis probatam esse videbam, quæque mihi omnium optima & accommodatissima semper visa fuit, sed vt iis etiam satisfacerem qui à me nescio quid maius, & vt loquuntur, Senatoria grauitate dignius expectabant. Audio enim quàm multos iam pridem aut aperte maleuolos aut subobscurè inuidos ita de scriptis nostris existimare, quasi ea tantum sectemur, quæ ad scholasticas dis-

putationes pertinent, prætermittamus verò cetera quorum præcipuus in foro vsus est & in quibus tota ferè iuris dicendi exercitatio versatur. Quod si à nobis ea mente fieri putant quasi praxim negligamus, quæ inde iam à duodeuiginti annis tractare cepimus, facere vix sanè possunt quin iudicium in nobis requirere videantur. Sin illa etiam quæ vel sciolis quibusque obuia sunt à nobis ignorari existimant, ne videantur parum digni quos curare debeam, qui de Senatore ac Præside vltro iam male sentiunt. Sed tamen

cum assidua forensium publicarumque occupationum molestia, nullum mihi, aut certe non nisi exiguum ad Coniecturas scribendas otium relinqueret, occurrerent vero quotidie permulta, quæ & nullo ferè negotio scriptis mandari poterant, & si mandarentur, profutura maxime videbantur, vt quo saltem iure tractantur intelligerent, qui nec sciunt, nec scire volunt quo sit utendum, facile neque inuitus consilium ceperam mutadi institui, & eam potius rationem incundi, quæ sic nec genio nec ingenio meo æquè probari posset, alijs tamen sicut utilior, ita & plausibilior fortasse videretur. Hinc mihi prima occasio cogitandi de Codice Sabaudico deliræando, in quo continebuntur Definitiones, & pragmaticorum more dicantur Decisiones, quæ per nouennium penè integrum ex clarioribus amplissimi Senatus nostri consultis colligi potuerunt. Neq; sanè pœnitet in eam rem non dies solum & menses sed annos etiam, si continuos non vtilis intelligas, impendisse: adeò videtur mihi quicquid operis id erit, publicè profuturum esse. Quamquam ne quid dissimulem, multo durius mihi est, ac molestius in ferèdis aliorum sententijs ingeniosum agere, quam in proponendis meis. Non enim ea mihi cura fuit, vt in Codicem illum opiniones meas conferrem, aut de obscurioribus iuris questionibus subtilius disputarem, sed vt quid in ijs casibus qui ex facto incidant, solentq; sæpius incidere, Senatus noster sentiret, dilucide & vt decebat, breuiter exponerem. Quæ verò in vtramque partem disputanda fuerunt, ea nos contulimus partim in libros forensium disputationum, partim eas in Decades quas hoc primum anno adgressi sumus De erroribus pragmaticorum, quarum numerus ad vicesimam vsq; iam perductus, si longiorem vitam, & oia maiora Deus dabit, non nisi absoluta chiliade concludetur. Magnum mehercule opus, & quod magno validòq; non solim ingenio sed etiam animo egeat, vt ad umbilicos perducatur, & pro rei dignitate tractari possit. Tuam, vir clarissime, industriam, tuq; ingenij præstantiam si loqui posset iurisprudencia, in hos conatus imploraret. Tu enim is es, qui in scholis primum à celeberrimo præceptore nostro Ioanne Antonio Manutio iuris nostri principijs felicissime imbutus, & ad ea eruditus, deinde tractandis forensibus longa exercitacione versatus, postremo ad præcellas istas penèque supremas in vtroque supremi Principis auditorio dignitates honorificentissime euectus, usq; iam tot annos tam præclare functus, praxim, theoriãq; sic conuaxisti, vt exemplo docueris alteram alteri suppetias ferre, non mutuis inter se odijs, vt pleriq; iactitant, contenderè eas oportere, nec ad vnum esse, vt in vtraque excellere quis possit, si modo velis. Ecquis enim siue Papinianum agere vis, siue Bartolum, (valde, mi fallor, dissimiles, longòq; omni ex parte interuallo distitos iuris nostri magistros) te vno præstantior, nominisq; per totam Italiam, fama nobilior? O dignum, quidni enim exclamem: tanto patre filium! Patre inquam illo, cui ego Cuiacj & Manutij fidem secutus, ex omnibus quotquot sunt, aut vnquam fuere Iustiniani iuris interpretibus palmam facile desero, si quantum sibi placuit ille in illustranda scriptis suis iurisprudencia, tantum tibi tu in tuis placeres! Quàm multas, si meministi, quàm elegantes, & à vulgari politiorum quoque interpretum sensu remotas ex te audij de subtilioribus iuris apicibus, cum publicas tum priuatas per colloquium inter nos disceptationes! Quàm in te dicendi vis, & persuadendi facultas! Quàm mira ad bene disertèque scribendum facilitas! Quàm summa deniq; omnia quæ facere poterant, vt vnus tu patre tuo maior videri debuisses, si qualis quantumque es te proderes, scriptisq; tuis publicè testatum facere voluisses! Itaq; cogitantem me diutius, & hæsitantem num ex hoc Coniecturarum mearum penuario offerre tibi aliquid & inscribere deberem, illà propemodum ratio deterrebat, quòd cum nihil à me proficisci posse intelligerè tuo dignum acumine, consilijs fore videbatur, nec mihi tantum, sed tibi etiam honorificentius, si officio meo hæc parte deessem, quàm si à me ratio non haberetur dignitatis tuæ, à qua pro arctissimo mutue & vetustissima necessitudinis nostre vinculo, mea si qua est, vix possit esse seiuncta. Sed vicit tamen tandemque magnitudo studij erga te mei, quæ nec longiores moras pati potuit, nec istas erubescendi causas expauescere, vel ob hoc ipsum ne ex ingrati animi conscientia sibi erubescendum esse sentiret. Addidit verò stimulos non paruos accessio illa noui beneficij quo me nuper deuinxisti, cum iis de reb. quas in aula Principis nostri tractandas habui, sic me absente tacentèq; egisti, vt facile intellexerim neq; fidem, neq; gratiam, neq; diligentiam tuam in transgendo conficiendoq; negotio mihi defuisse. Quod reliquum est, quia presto quod possum, tu pro singulari tua humanitate indulge, quod postulo, nisi fortasse honestius mihi fuerit habere iam pro impetrato, vt me amare pèrgas, & quantumcumque, hoc est, quod ab ingenio nostro proficiscitur, tanquam à gratissimo tibiq; deuictissimo animo profectum amantiissime complectare. Bene vale mi Goveane, & si quid votis possum, quàm diutissime felix viue. Dat. Camber. 4. Cal. April. 1597.



ANTONI J FABRI I. C. SEBVSIANI SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII

AB INTIMIS, ET IN SVPREMO

Sabaudia: Senatu Præsidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus tertius.

CAPVT I.

Retractata quæstio, An dos profectitia soluto matrimonio reuertatur ad patrem superstitibus liberis, & an in huiusmodi dote filiafamilia aut emancipata habuerit olim, habeatve hodie heredem.

SVMARIA.

- 1 Profectitiam dotem facit nomē patris, non ius potestatis.
2 Vulgaris Doctorum distinctio inter filiamfamilias, & emancipatam filiam in matrimonio mortuam, & inter dotem profectitiam & aduentitiam.
3 Martini & Bulgari opinio de repetitione dotis profectitiae mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis.
4 Dotem profectitiam emancipate filia datam, mortua ea in matrimonio sine liberis, ad patrem reuertit.
5 Quæ sit dubitandi ratio in l. si ab hostibus. 10. ff. solut. matrimon.
6 Matrimonio morte mulieris sublato dotem profectitiam indistinctè ad patrem reuertit.
7 Cur in d. l. si ab hostibus, dos profectitia ad patrem reuertatur?
8 Bartoli & aliorum responsio ad l. vlt. vt legat. nom. cau. & l. illam 29. Cod. de collat. pro Martini sententia obiectas.
9 Quæ rationes authorem nostrum ad Martini sententiã superius refutatã amplectendã aliquãdo impulerint.
10 Revertitur Cuiacij emendatio ad l. post dotem. 40. ff. solut. matrimon.
11 An & quando in eius legis specie pater ex stipulatu a gere possit?
12 Rationes propter quas author à Martini opinione descessit.
13 Explicatur §. 1. l. inter. 26. ff. de pact. dotal.
14 Dotem uxoris qua liberis superstitibus mortua est, mariti lucro totam olim cessisse, & nihil ex ea lucri ad liberos inuito patre pertinuisse.
15 Quomodo iure nono illud immutãtũ & reformatũ sit?
16 Cur iure veteri liberi superstitibus facere non potuerint, vt dotis profectitia repetitio mortua filia patri denegaretur?
17 Dotis semel marito constituta dominium penes eum semper remanere videri.
18 An ratio qua patri dat repetitionem dotis profectitiae, aequè sibi locum vindicet si superstitibus liberis defuncta sit filia, ac si nullis?
19 Favorabiliorẽ esse patris causam dotem profectitiam

- repetentis, quàm mariti eam retinere volentis.
20 Dotem propter liberos superstites penes maritum non remansisse, nisi de eo pactum interpositum fuisset.
21 Quintas ex dote, vxore superstitibus liberis defuncta, in singulos liberos à marito etiam sine pacto retineri potuisse.
22 Sextarum retentio quando & quatenus marito competierit.
23 Quintas non propter liberos præmortuos, sed propter superstites à marito retineri potuisse.
24 Declaratio l. quærebatur. 24. ff. sol. matr.
25 Quintas & sextas à Iustiano sublatas esse.
26 Pacto inuito vt mortua filia dos penes maritum remaneret, dotem etiam nullis liberis superstitibus mariti lucro cedere.
27 Cur sine patre siue extraneo simpliciter stipulante dotem soluto matrimonio reddi, dos etiam superstitibus liberis reddenda sit?
28 Respondetur ad illam pietatis coniecturam de qua in l. cum acutissimi C. de fideic. & in l. cum auus. 102. ff. de condit. & demonstr.



OLENT nostri distinguere filiamfamilias ab emancipata, & profectitiam dotem ab aduentitia. Et si enim admittunt, quod & verum est, siue in potestate siue emancipata sit filia profectitiam dotem esse quæcumq; à patre profecta est, quia profectitiã facit nomen patris non ius potestatis, l. profectitia. 1. §. pen. D. de iur. dot. Sic tamen vulgo existimant, mortua in matrimonio filiafamilias dotem à patre profectam ad patrem reuertit etiam superstitibus liberis, l. dos à patre. 4. C. sol. matr. l. si ab hostibus. 10. D. eod. l. 2. D. ad S. C. Maced. l. si pater. 12. l. inter. 26. §. cum inter de pact. dotal. l. si socius pro filia. 81. D. pro socio. l. pater. 71. de emul. l. & ideo. 7. in fin. & l. seq. D. de in rem vers. l. fin. D. rat. rem hab. l. etsi dotis. 3. l. 6. C. de iur. dot. l. 2. C. de bon. qua liber. l. quod in uxorem. 23. C. de negot. gest. quibus locis id ipsum traditur indistinctè nulla liberorum facta mentione. Mortua

Mortua vero emancipata heredes habere eam in dote proprios liberos etiam iure Pandectarum, vt defendit Bartolus in l. 2. §. quod si in patris solut. matrim. post Cinum in l. aua. 6. Cod. de iur. dot. In dote vero aduentitia non emancipatam duntaxat; sed filiam quoque familias heredem iam olim habere potuisse. Idem Bart. in l. post dotem. 40. min. 26. & post eum ibidem ceteri. D. solut. matrim. ac multo magis hodie habere post Iustiniani Nouellam Constitutionem. 118. de hered. ab intest. venient. l. vlt. & ad S. C. Tertij. l. vlt. C. commun. de success. Quamquam autem in quæstione illa De repetitione dotis profectitiae mortua in matrimonio filiafamilias superstitibus liberis, celeberrima est Martini opinio; & ipso vtu ac de consuetudine, vt nostri loquuntur, recepta, vt non ad patrem dos reuertatur, sed in filia liberis transmittatur ex lib. vlt. §. 1. D. vt leg. nomin. caueat. d. l. post dotem. 40. solut. matrim. l. illam. 29. C. de collat. Ea potissimã ratione quod in successione potior sit, semperque fuerit descendentiũ causa quàm ascendentiũ §. 1. Nou. de hered. ab intest. venient. Contraria tamen Bulgari sententia veteribus ferè omnib. ac recentioribus etiam plerisque verior visa est. Ego vero illud primum non probo, quod vno ore omnes clamant, profectitiam dotem emancipate filia datam mortua ea in matrimonio sine liberis, ad patrem non reuertit. Nam imò reuertit scriptum est apertissimè in d. l. pater. 71. de emul. l. si filia. 5. D. de diuort. l. filia mea emancipata. 59. D. solut. matrim. ad quam aliud non potest respondere Bartolus, quam ibi interpositam fuisse stipulationem de dote patri reddenda, Quod planè commentitium est. Et eleganter in l. si ab hostibus. 10. D. eod. cum filiafamilias quæ dotem profectitiam habebat, capta esset ab hostibus constante matrimonio, ibique decessisset, quærentibus An dos ad patrem reuertetur, respondit Pomponius, Perinde habendum esse, ac si decessisset, ideoque dotem ad patrem reuertit; Quemadmodum inquit, & si nupta decessisset, quamuis extra potestatem patris, ad illum reuerfa dos fuisset. Dubitandi ergo ratio apud Pomponium non illa erat, quod per captiuitatẽ sublata videretur patria potestas nam etsi in ciuitate per emancipationem soluta fuisset, n. l. ea res patri nocuisset, sed quia soluto per captiuitatem matrimonio, l. 1. de diuort. l. in bello. 12. §. si d. cap. iur. D. de pact. & postlim. videretur amissum patri ius reuersionis, quod scilicet ille non habet, cum emancipata est filia nisi vno casu, inquit, d. l. pater. 71. de emul. id est vt ibidem I. C. interpretatur, licet vnũ illum casum multi ex aliis legibus parum acutè conquirant si in matrimonio mortua sit filia, Nam si aut diuortio aut mariti morte solutum sit matrimonium, dos ad solam filiam emancipatam pertinet, nec ei & patri communis est de dote actio, quæ communis esset si filiam pater haberet in potestate, d. l. 2. quod si in patris, l. si cum dotem. 22. §. eo autem tempore. l. Titia. 34. D. solut. matrim. l. qui hominem. 34. §. si gener. D. de solut. In eoque aliam filiafamilias, aliam emancipatæ rationem esse planè fatendum est. At cum morte mulieris matrimonium soluitur, indistinctè verum est dotem profectitiam ad patrem reuertit, si non in contrarium stipulatio intercesserit. Idque est quod Pomponium mouit in dict. l. si ab hostibus, cum humanius sit morti quam diuortio comparari captiuitatem etiam prius quàm apud hostes filia moriatur, leg. si quis sic stipuletur. 56. eodem titul. solut. matrim. Ergo in ea specie dos ad patrem reuertitur, non propter stipulationem, quæ nulla fuit, nec per successionem, quia Digestorum iure non poterat pater ab intestato heres esse filia emancipata; vulg. iurib. nec per conso-

lidationem, vt nostri loquuntur, quoniam nullo casu potest dos profectitia dici communis patri & filia emancipata, cum tota pertineat ad filiam quandiu viuuit, ea vero defuncta, tota ad patrem vt diximus. Nec iure etiam peculij, vt in Castrensi peculio contingit mortuo filio milite intestato, leg. 1. & 2. D. de castrensi. pecul. Non enim potest emancipata filia peculium habere à patre, leg. 1. & tot. titul. Quand. actio de pecul. est anal. Sed quod dos à patre ipso profecta sit, Ne & amissa filia & præterea pecunia damnum sentiat, vt ait lex iure succursum, 6. D. de iur. dot. Nec sanè differentia ratio vlla adferri possit inter filiamfamilias & emancipatam. Cum vtraque sit & filia & dotis capax etiam viuo patre, leg. Pomponius Philadelphus. 35. D. famul. erciscund. de qua scripsimus cap. 12. lib. 7. Nec qui ex filiafamilia nascuntur liberi magis sunt in aui materni potestate quàm si ex emancipata nati essent, §. vltim. Institui. de patri. potestat. Hoc igitur, si ita est, vt emancipata in matrimonio mortua dos à patre data ad patrem reuertatur, intelligimus parum acutè facere Bartolum & post eum ceteros, qui, vt diluant obiectionem quæ fit pro Martino ex leg. vltim. D. vt legat. nomin. caueat. vbi superstiti vel vno tantum filio remanet dos penes maritum, nec ad patrem reuertitur, licet is ab emancipata filia scriptus esset, Nihil habent aliud quod respondeant quàm tractari eo loco de filia emancipata. Sed longè minus ferendum sit, quod eodem modo respondent ad leg. illam. 29. Cod. de collat. Cùm tamen nec legis verba loquantur de emancipata magis quàm de filiafamilias, nec Imperatoris sententia minus hanc quàm illam comprehendat. Quæ me res mouebat aliquãdo, vt Martini opinionem veriore arbitrarer, non in eo quod putabam dotem profectitiam acquiri liberis tanquam heredibus matris [hoc enim mihi semper absurdum visum est] sed in eo, quod negabat dotem ad patrem reuertit, placebatque media ferè sententia; vt penes maritum dos remaneret propter liberos superstites cuiuscunque essent numeri. Propter præmortuos vero ita, vt in singulos quintas duntaxat retinerentur. sicque intelligendum, quod Vlpianus scribit titul. De dotibus; mortua in matrimonio filia dotem profectitiam ad patrem reuertit, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Quam in sententiam illud quoque me trahebãt, quod videbam Papinianum in leg. post dotem. 40. D. solut. matrimon. aperte scribere, Patrem qui non solùm dotem filia dederat, sed etiam stipulatus fuerat si voluntate filia diuortium fieret dotem dari (sic enim malo textum intelligere, quàm viti doctissimi Iacobi Cuiacij emendationem admittere qui libro 4. Obseruation. capit. 21. ex libris Græcis; legendum putat sine filia voluntate) impleta stipulationis conditione non prius tamen ex stipulatu agere posse, quàm & filia decesserit, & præterea sine liberis. Nam si liberi superstitibus liberationis vim remorantur, multo magis rei uxoris actionem impediunt, quæ scilicet danti dotem longè minus fauorabilis esse solet, quàm stipulatio, argument. leg. vnic. §. accedit. Codic. de rei vxor. action. dict. leg. aua. 6. Codic. de iur. dot. Viua quidem filia fateor in illa specie non potuisse patrem agere ex illa stipulatione, quàm interposuerit sine filia voluntate post dotem datam, & contractas nuptias, quemadmodum lex ait, hoc est, vt rectè Accursius interpretatur, ex intervallo, cum dotis actionem sibi & filia iam communem non potuerit filia auferre, sibi que solidam acquirere.

nisi aut ab initio in ipsa dotis datione stipulatus sit, aut postea ex ipsius filiae voluntate, *l. quoties. 29. eodem tit. l. cum dot. 7. D. de pact. dotal.* Sed mortua filia, cur illud Papinianus requireret, ut decessisset illa sine liberis, cum nulla in stipulationis conditione facta esset mentio liberorum, si ita ius erat, ut nulla interveniente stipulatione dos ad patrem liberis quoque superstitibus reuenteretur? Sic ergo videtur Papinianus sensisse. Positos tacite liberos in conditione ex coniectura illa pietatis, quae alias plerumque facit, ut quod filius à patre restituere iubetur non aliter restituere debeat, quam si absque liberis moriatur, ut in *l. cum auus. 102. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicommissi. generaliter. 6. §. cum autem. Cod. de instit. & substit.* Atque ita nobis aliquando videbatur, ut pluribus scripsimus lib. 1. cap. 16. nostramque hanc opinionem quam plurimis doctissimis viris non planè improbatam fuisse scimus. † Sed me nunc in contrarium illud mouet, quod video, Quibus casibus dos penes maritum remanet, etiam propter liberos, non idèo tamen acquiri eam liberis siue viuo siue mortuo marito, sed eius lucro ita cedere, ut & inter viuos, & in vltima voluntate possit de ea disponere, fauore etiam extranei neglectis liberis, si non pacto conuenisset, ut ipsorum liberorum nomine retineretur, † ut in *dict. l. inter. 26. §. 1. D. de pact. dotal.* ubi quod dicitur restitutionem à patre factam mulieri post diuortium, eius dotis quam filiae communis nomine poterat retinere ipsi filiae non nocere, Nec si in solidum sit illa heres patris, & pro parte etiam matris, innuere videtur non potuisse patrem de dote quam ex pacto propter filiam lucratus esset, in prauiudicium eius disponere, Nisi dicas id fieri, Vel quia pactum in gratiam filiae non mariti interpositum esset, vel potius quòd eam dotem vir uxori restituisset per errorem, ut lex ait, non donandi animo. Sanè locum illum malè explicat Castrenf. ad *l. si cum dotem. numer. 8. in fin. D. solut. matrimon.* † Facit lex Bæbius. *30. de pac. dotal.* in illis verbis, *totam eius esse dotem si filium filiamve habuisset.* ut consequenter nihil ad liberos ex dote matris inuito patre perueniat, Nisi quòd quòd pater locupletior est eò ampliorem legitimam sint consecuturi. † Sic enim iure vetere constitutum fuisse, ex illo apparet, quod Theodosij primùm constitutione in *l. generaliter Cod. de secund. nupt.* factum est, ut quicquid ex morte mulieris ad virum peruenit, totum id liberis communibus seruare teneatur: Neque hoc tamen omni casu, sed illo duntaxat, quòd vir ad secundas conuoluet nuptias. Itaque si à secundis nuptiis abstineret, liberum illi erat communes liberos maternæ dotis commodo defraudare, quomodo obtinuit toto iure codicis, & ad Nouellam vsque Iustiniani 98. cui titulus est, Neque virum, quod ex dote. ubi primùm cautum est, ut quod vir ex dote lucratur filiis communibus omnimodo referretur *Auth. uxore Cod. de secund. nupt.* quod ipsum tamen idem Iustinianus sic postea temperauit Nouell. 127. ut frat. filij cap. 3. Ut si pater à secundis nuptiis abstineat virilem habeat cum liberis portionem proprietatis de qua pro arbitrio testari possit. *Auth. si tamen abstineat. Cod. eod. tit. de secundis nuptiis.* † Ex quo apparet non potuisse superstitibus liberos facere iure vetere, ut dotis profectitia repetitio mortua filia patri denegaretur. Quandoquidem ita posito iure futurum erat, ut non filiae liberis quorum fauore probabilis illa videri potuisset sententia, sed ipsi marito dos acquireretur. Non quidem ex causa hereditatis & successione, quomodo intelligere videtur Iij qui obiciunt, non posse virum uxorem visum nisi post a-

gnatos & cognatos omnes succedere, *l. vnic. Cod. unde vir & vxor.* † Sed quia iam inde ab initio per dotis constitutionem factus esset maritus dominus dotis, *leg. doce ancillam. 6. Cod. de rei iudic. leg. 3. leg. si praedictum. 23. leg. in rebus. 30. Cod. de iure dot. §. 1. Institut. quibus alien. licet vel non.* Itaque eo animo & nutu illius qui dotem daret siue pater ille esset siue extraneus ut dotis dominium semper penes maritum remaneret, *leg. 1. D. de iur. dot.* Ut proinde soluto quancumque matrimonio, non de illo quaerendum amplius sit, An viro dos acquiratur, quæ cum semel iam acquisita sit, ei amplius acquiri non potest, *leg. non va ex pluribus. 259. de regul. iur. §. sic itaque. 14. Institut. de actionib.* Sed an penes eum dos remanere debeat, quæ si non remanet proculdubio restituenda est. Inde verò fiebat ut aduentitia dos nisi esset receptitia, hoc est ab extraneo sic data ut soluto quancumque matrimonio morte mulieris, sibi restitueretur, apud maritum olim remaneret: Nec aduentitia, sed etiam profectitia si mortua filia pater non esset cui redderetur, quæ admodum Vlpianus disertè scribit in *Titul. De dotib.* † Quod cum ita sit, illud sanè consequens est ut ratio illa quæ patri dat repetitionem dotis profectitiae defuncta filia, nempe ut tristitia suæ solatium hoc habeat, ne & filiae amissæ & pecuniæ damnum sentiat, *d. l. iure succursum,* Non minus locum sibi vendicat si superstitibus liberis defuncta sit filia, quam si nullis. Quod tamen non perinde esse si dos ad defunctæ liberos aut hereditario aut alio successione iure peruenire posset. Non enim posses dicere amissam auo pecuniam quæ ad eius nepotes deuenisset, quibus ille etiam in hunc casum prædefunctæ filiae, legitimam relinquere teneatur. Cum ergo disputamus, An dos profectitia morte filiae ad patrem reuertatur necne, non in illa quaestione versamur, An ascendentium melior causa esse debeat in successione quam descendentium: sed in illa potius, Patri sine an mariti meliorem conditionem esse oporteat. In quo etsi pro marito dici potest dotis causam esse perpetuam, *d. l. de iure dot. ibique* dotem esse debere ubi sunt onera matrimonij, *l. si is qui. 56. §. ubi dos eod.* superstitibus autem ex matrimonio liberis, quos alere pater ipse debeat non auus maternus, partem hanc esse, nec minimam onerum matrimonij, *l. non quemadmodum. 8. de agnos. & alend. liber. leg. si conuenerit. 4. D. de pact. dotal. leg. ubi adhuc. 29. Cod. de iur. dot.* ut videatur defuncta etiam vxore, adhuc tamen pendere matrimonium marito superstitite, *§. 1. Nouell. 98. neque virum quod ex dot. leg. vltim. Cod. de bon. mater.* Longè tamen fauorabilior est causa patris in ea saltem dote quæ ab eo profecta sit, cum nec nisi filiae nomine ab initio dotem genero dederit, nec eo animo ut penes maritum semper remaneret, nisi quandiu constaret matrimonium. Votum quidem illud est boni patris ut sibi superstitem habeat filiam, & in bene concordanti matrimonio senescentem, Et consequenter ut se viuo apud maritum semper dos remaneat, Quis sensus est dictæ *leg. 1. de iur. dot.* Sed si turbato mortalitatis ordine præmoriatur filia, aut diuortium fiat, non idèo pater sibi eripit repetendæ dotis facultatem, maritòque imputari potest, cur ea lege uxorem duxerit, nec sibi melius cauerit, ut saltem superstitibus liberis retinere dotem posset. † Id enim pacto fieri potuisse certum est non in eum quidem casum quo ipsius mariti morte matrimonium solueretur, ne ita maneret mulier indotata, *leg. 2. D. de pact. dotal. l. 3. Cod. de pact. conuenit.* sed ita si aut diuortio, *leg. 1. D. de dot. præleg. aut morte mulieris. l. si*

inter. 24. l. inter. 26. in princip. & §. cum inter. l. si pater. 12. in princip. D. de pact. dotal. l. si dotal. 48. D. solut. matrim. quibus omnibus locis frustra proponeretur interpositum pactum, ut propter liberos superstitibus dos penes maritum remaneret, si ex iure communi & citra pactum idem obtinuisset. † Quamquam etsi pactum nullum interuenisset, in eo consulebatur patri à quo alèdi essent liberi, ut in singulos quintam dotis partem retineret, idè; in infinitum, ut Vlp. scripsit *Tu. De dotib.* hoc est in eum vsque numerum qui totam dotem absorberet, ita ut si quinque pluresve liberi superessent totam dotem maritus retineret, nihil profus patri restitueret. † Ad differentiã sextarum, quæ soluto per diuortium matrimonio retinebantur aduersus mulierem, & quidè in singulos liberos: sed non in infinitum, ut quintam, verum vsque ad dimidiã tantum dotis partem, Ne alioqui sex liberis superstitibus, mulier profus indotata remaneret. † Sic. n. existimo quintas illas de quarum retentione Vlp. loquitur non propter liberos præmortuos ut aliquando putabam, nisi pactum intercessisset ut in *d. l. inter. 26. in princ. de pact. dotal.* sed propter superstitibus retineri potuisse. Cur enim propter præmortuos retinerentur, Ex quorum amissione non minorem mater quàm pater dolorem senserit, & propter quos nulla matrimonio soluto ferenda sint patri onera? ut taceam nec minus lucuosam esse aucto mortem nepotis ex filia, præsertim subsecuta ipsius quoque filiae mortem. Denique cur admittamus viua quodammodo filia dotem diminui licet diminutionis damnum ad patrem non ad ipsam peruerturum sit? Absurdum sanè id fuerit. Propter quam causam plerumque stipulabatur pater, Mortua in matrimonio filia etiã superstitibus, liberis dotem sibi reddi, vel deducta parte tertia, ut in *l. pater filie. 23. de pact. dotal.* vel simpliciter, † ut in *l. cum quaerebatur. 240. de verb. signif.* ubi quod Paulus ait, id actum huiusmodi pacto ut nullo casu remaneret dos apud maritum, ego sic intelligo ut nec superstitibus liberis remaneret, siue diuortio, siue morte solutum esset matrimonium, Nec vllã aut quintarum aut sextarum deductionem dotis restitutum pateretur. † Quod in libris nostris clarius expressum esset si non quintas & sextas illas Iustinianus sustulisset, quomodo sanè sustulit in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Non in §. fileat, qui non nisi de sextarum retentione loqui videtur soluto per diuortium matrimonio, [Quauis generalis sit illa ratio, quæ ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum educationem satis hortetur,] sed in §. accedit, Vbi ait tacitam se ex stipulatu actionem non mulieris tantum concedere, sed etiam parenti. Interposita enim per patrem stipulationem soluto matrimonio dotem reddi, nullo casu dotem aut ex dote quicquam maritus retinebat, *d. l. cum quaerebatur.* † Quomodo ex contrario sic inito pacto ut mortua filia dos penes maritum remaneret, non tantum superstitibus liberis mariti lucro dos cedebat, in eamque re utile pactum erat, sed etiã si liberi nulli interuenissent *d. l. si pater. 12. in princ. de pact. dot.* † Sic & extraneo qui dotem dederat stipulante sibi reddi soluto matrimonio restituenda erat dos etiã superstitibus liberis, quæ & hodie obtinet, *l. vlt. C. de iur. dot.* Id enim faciebat vis & natura stipulationis nulla liberorum mentione facta: Nec in stipulatione patris magis quàm extranei subintelligebatur conditio illa si sine liberis filia decederet, Cui verisimile esset sibi potius quàm nepotibus cauere acquirere voluisse auum maternum, qui nec nolens iis stipulari poterat, *l. Caus. 45. De solut. marr.* Præsertim cum ita quoque concepta stipulatione, non nepotum, sed ipsius mariti lucro dos cederet, *d. l. si dot alii & dict. l. si pater.* † Vnde sumi potest responso ad conie-

cturam illam pietatis de qua in *d. l. cum auus. & dict. l. cum acutissimi.* Toties enim filius de restituendo grauatus sub ea conditione oneratus videtur si sine liberis decesserit, quoties alioqui peruentura res esset ad alium quem auus in ea re dilexisset minus quàm nepotem. At nec nepotes ipsos, multò minus verò generum plus seipso auus diligit. Nihil ergo est quod facere possit ut mortua filia dos ad patrem non reuertatur, licet super sint ex matrimonio liberi, si stipulatio interuenit pro marito.

CAPVT II.

Ad l. vlt. D. ut legat. nomin. caueat. & l. illam. 19. C. de collat.

SUMMARI A.

- 1 Respondetur ad §. 1. l. vlt. ff. ut legat. nom. cau.
- 2 Dicitur filia familias cur addita sit in l. dos à patrè 4. C. solut. matrim.
- 3 Vera Scauola sententia in d. l. vlt.
- 4 Accursij ad eum locum additiones.
- 5 An & quando filia emancipata possit cauere testamentum, ut dos penes maritum liberis superstitibus remaneat?
- 6 Cur filiusfamilias miles de dote uxoris quasi de peculio caueat? testari non possit?
- 7 Respondetur ad l. illam. 29. C. de collat.
- 8 Matrimonio per mortem viri, aut per diuortium soluitur filiam emancipatam dotem profectitiam propriam habere.
- 9 Quid in d. l. illam, Iustinianus constituerit, & de qua questione tractauerit?
- 10 Multum interesse an maritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus sit; an verò morte viri vel diuortio solutum sit matrimonium, & eo tempore filia emancipata vel sit liberis moriatur.
- 11 Anomali successores qui dicantur?
- 12 Filia familias post maritum superstitibus liberis & patre defuncta; utrum in repetenda dote prior sit eius quam nepotum causa?
- 12 Donata dos quanam dicatur?
- 14 An valeat inter patrem & filiam familias ex causa dotis donatio?

Respondendum † superest ad ea quæ pro Martini sententia in contrarium adferebamus, & melius si fieri poterit quàm ab interpretibus hactenus responsum sit. Nam quod pertinet ad *l. vlt. §. 1. D. ut legat. nom. cau. & ad l. illam. 19. C. de collat.* Iam diximus non posse responderi quod vulgo dicitur, loqui eas de filia emancipata, cum hac parte nihil inter sit an filia familias sit an emancipata. Vtroque si quidem casu dos à patre profecta ad patrem mortua filia reuertitur. † Et quòd in *l. dos à patrè. 4. C. sol. marr.* additur dictio *filia familias* quam plerique doctissimi viri subreptitiam tollendamque esse arbitrantur, non ad emancipatam differentiam factum est, sed quod in facti specie filia familias proponeretur ea quæ defuncta fuerat in matrimonio. † Rectius igitur dici potest in illa *l. vltim.* non hoc Scauolam dicere, Vnius filij nomine debere totam dotem penes maritum remanere, quod aperte Vlpianus supradicto loco negat *Tu. de dotibus.* (nam enim duntaxat quintam eo iure maritus retinere potuisset.) Sed cum ex facto proponeretur dotem penes maritum remansisse, hoc ipsum obiter Scauolam notasse quòd ea res aliquomodo facere videretur, ut tantomagis penes maritum remanere deberent ea quæ viua mulier apud illum deposuerat non exacta depositionis cautione, de quorum tantum non etiam de dotis restitutione Scauolam consulebatur. Itaque ad factum non ad ius verè

ba illa referenda sunt. Ex facto enim proponi potuit dotem penes maritum remanuisse, cum de ea re pactum fortasse ininitum esset. Quod & Ioannes antiquus glossator animaduertit. † Sanè quod ad eum locum de suo addit Accursius, potuisse fieri ut emancipata quæ testamentum fecisset dotem iussisset remanere penes maritum, planè falsum est. † Non enim poterat eo iure etiam materfamilias testari de dote viuo marito, tãquam de re ad se nil pertinente, nec in ea heredem habere ab intestato, nisi aut nondum maritus dotem exegisset (quo casu non poterat esse dotis dominus cum ex nuda dotis promissione citra traditionem non possit quæri marito dominium, vt in *l. nuptia. 30. §. i. D. solut. matrim.*) Aut prius stipulata esset dotem sibi reddi, vt probat elegans textus in *l. si mulier dotem. 25. C. de iur. dot. l. Lucius. 78. §. filiam in fin. D. ad S. C. Trebell.* Ne alioqui de bonis mariti, in quibus & dos est, potius quàm de suis testata videretur, *l. quamuis. 75. de iur. dot.* † quomodo nec posset filiusfamilias etiam miles testari de dote quasi de castrensi peculio, tametsi possit de vxoris hereditate testari, *l. dotem. 16. D. de castrensi pecul.* vbi elegantem rationem Papinianus reddit, quod hereditas aduentio iure quæritur, Dos autem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis, qui sunt in aui familia confertur. Vt intelligamus conexum ius vxoris adeoq; aui facere ne ea dote possit filiusfamil. testari. Eoq; magis quòd ante Iustiniani constitutionem in *l. in rebus. 30. C. de iur. dot.* ita ius erat, vt nec mortuo marito dominium dotis ipso iure ad maritum reuertetetur, sed restitutione opus esset, *l. 3. vbi Bart. subtiliter per ill. rex. eod.* Hodie verò eo iure vtimur, vt dominium quidem reuertatur ex *d. l. in rebus*, sed non possessio, quàm sanè ab heredibus mariti repetere mulierem necesse est, & ab iis in mulierem transferri, *l. dotis actio. 9. C. solut. matrim.* † Ad legem illam. *19. C. de collat.* respondeo constitutionem esse Iustiniani. Cuius temporibus iam obtinebat ex lege Theodosij in *leg. generaliter. 5. Cod. de secund. nupt.* vt dotem quam lucratus esset maritus, cogere communibus liberis referuare si ad secundas veniret nuptias, atque ita poterat dos matris etiam viuo auo materno ad nepotes peruenire ex persona patris. Aut etiam immediatè ex persona matris, si mater non tantum sui iuris fuisset, sed etiam marito superuixisset. † Solutum enim per mortem viri aut per diuortium matrimonio, filia emancipata propriam sibi habebat dotem profectitiam vt supra probauimus ex *l. 2. §. quod si in patris. l. si cum dotem. 22. §. eo tempore. l. Titia. 34. D. solut. matrim.* Nisi diuortium in fraudem patris factum esset aut à filia in *l. si filia. 5. D. de diuor.* aut à genero, vt in *l. si filia mea. 59. solut. matrim.* Vnde euenit vt si posteaquam solutum est matrimonium decedat illa superstitibus liberis, dos eius cum cæteris bonis hereditario iure transmittatur in liberos, Cum nec patris nec mariti conexum ius vllum amplius sit, quo impediat mulier heredem in dote habere. † Obseruandum igitur est Iustinianum in *d. l. illam*, non de eo tractare, An aut quibus casibus mortua filia in matrimonio dos ad patrem reuertatur aut non, Sed quibus demum casibus liberis acquiratur, constituere, vt conteratur cæteris auo succedentibus, quia scilicet de substantia aui profecta sit. Cæterum vt nepotibus acquiratur, alterutrum necesse est, Nimirum vt vel maritus dotem ex pacto existentium liberorum lucratus sit, deinde ad secundas venerit nuptias, Vel morte viri solutum sit matrimonium, & in eo tempore filia fuerit emancipata. † Quo casu vt diximus etiam viuo patre & in dote profectitia heredem habere potest si

siue constante matrimonio, aut post eius dissolutionem ante exactionem dotis emancipata fuerit, *dict. §. quod si in patris. & §. eo tempore.* Siue iam emancipata dos data sit, vt Bartolus probat ad *dict. §. quod si in patris ag. leg. si per te. 9. & leg. acceptum. 19. C. de iur. Quamquam inter hos casus differentia illa est, quòd cum mortuo marito aut diuortio facto emancipata moritur relictis liberis, sunt illi heredes matris, Priore verò casu dos ad eos pertinet, licet nec patris qui secundas nuptias contraxit, nec matris heredes esse velint, *dict. leg. generaliter. iunct. Authen. heres Cod. de secund. nupt.* † Vt non malè quis eos vocet anomalos successores post Baldum in *l. 2. Cod. de heredit. action.* † Sanè si filiafamilias sit, quæ post maritum defuncta est superstitibus liberis, & patre, placet ferè omnibus, & iis quoque qui Martini opinionem in cõtrario casu amplectuntur, vt potior sit aui causa quàm nepotum, Ratione illa, quòd certum sit dotis actionem, quæ viua filia communis fuerat patri & filia consolidari penitus in persona patris, Vt nec si in cæteris bonis filia heredem habere posset, vllum tamen in dote haberet. Ita Bartolus in *l. 1. num. 2. D. de dot. preleg. & in l. post dotem vbi etiam Castrens. D. solut. matrim.* Nec ferè est qui dissentiat. Quod ipsum tamen sic vulgo nostri intelligunt, si dotem pater filia simpliciter dederit, non etiam si donauerit: † Donatam interpretantes dotem, quam pater ipse filia reddi sit stipulatus, aut filiam sibi ipsi stipulari permisit, aut in qua nihil ille iuris retinere voluerit. Sic enim Bartolus in *dict. leg. post dotem numer. 27.* ibidè que Castrens. numer. 3. ex *l. si cum dotem. 22. in princip. eodem.* vbi Vlpianus ait, si cum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in vnum casum pepigit, siue mortis siue diuortij, dicendum esse in alium casum in quem non pepigit esse mulieri actionem. Item ex *l. inter. 26. §. cum inter de pact. dotal.* cuius illa sententia esse creditur, vt si pactum sit siue expressum siue tacitè interpositum inter socerum & generum siue mortua in matrimonio filia superstitibus liberis, dos penes virum remaneret, acquiratur dos mulieri, & per eam quotiescumque prædefuncta erit, liberis eius tanquam heredibus. Idem Bartolus in *dict. leg. si cum dotem numero 9. & 10. vbi etiam Castrens. numero 8. & 9. in fin. Baldus in dict. leg. 2. Cod. de heredit. action. & in leg. quod scitis. 3. Cod. de bon. qua liber.* † Huius verò receptissimæ nostrorum sententiæ ratio illa adferri solet, quòd iure speciali & fauore dotium valeat inter patrem & filiamfamilias ex causa dotis donatio, propter legem Pomponius Philadelphus. 35. *D. famil. eriscum.* contra receptas iuris regulas, *l. 2. Cod. de inoff. donat. l. donationes quas parentes. 25. Cod. de don. int. vir. & vxor. l. si donatione. 13. Cod. de collat.* Ego verò non possum ista intelligere, aut concoquere, qui video Papinianum in *d. l. Pomponius*, apertè scribere donationem collatam in filiamfamilias pro dote non valere. Sic enim locum illum intelligendum esse iam docuimus lib. 7. cap. 12. Quod autem obiicitur ex *dict. l. si cum dotem in princip. & ex d. §. cum inter*, quàm parum faciat ad rem, nunc ostendemus,*

CAPVT III.

Ad *l. si cum dotem. 22. in princip. D. solut. matrim.* & ad *§. cum inter. 26. D. de pact. dotalib.*

SVM MARIA.

1 *Quis in d. l. si cum dotem sensus sit horum verborum esse mulieri actionem.*

- 2 *An qui stipulatus est dotem sibi reddi finito quoquo modo matrimonio, in eum quoque casum quo nuptiæ non sequerentur per illam stipulationem sibi prospexisse intelligatur?*
- 3 *Quid in leg. si extraneus. ff. de condit. caus. dat. super hac questione responsum sit?*
- 4 *Quo sensu Vlpianus dicat eum qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est, in eum quoque sibi prospexisse videri quo nuptiæ non sequerentur?*
- 5 *An pater dotem stipulando casum vnum eligens alteri renuntiasse censetur?*
- 6 *Ratio l. maritus. 21. C. de procurat.*
- 7 *Cur extraneus dotem in vnum casum stipulans in alium non expressum agere non possit?*
- 8 *Verba illa d. l. si extraneus. esse mulieri actionem, licet tam ad patris quàm extranei stipulationem referantur, aliam tamen in patre, aliam in extraneo interpretationem admittere.*
- 9 *Extraneum posse nudo pacto propriam sibi dotis actionem facere patrem non item.*
- 10 *Mulierem in specie d. l. si cum dotem. also iure agere cum patre, also verò quum extraneus in vnum casum pepigit.*
- 11 *Respondetur ad §. cum inter. l. 26. ff. de pact. dotal. eiusque sententia proponitur.*
- 12 *Maritum qui filia sine liberis in matrimonio defuncta dotem patri restituere promisit, existentibus liberis eam retinere, nec liberorum vllam rationem haberi.*
- 13 *Dotem in specie d. §. cum inter. liberis filia superstitibus non applicari.*
- 14 *Patrem in dicta specie filia nec donasse nec stipulatum esse.*
- 15 *Quis in d. §. sensus sit horum verborum, vt dos filia defuncta à marito retineatur.*
- 16 *Cur in specie d. §. pater filia post mortem stipulari non potuerit?*
- 17 *Filiamfamilias in dote sibi à patre donata non potuisse iure Digestorum heredem habere.*

1 **I**N † *l. si cum dotem. 22. in princip. D. solut. matrim.* illud obseruari volo, non sic Vlpianum scribere vt dicat Pacto per patrem aut extraneum dotantem facto de dote in alterutrum casum aut mortis aut diuortij restituenda, in eum casum qui non sit pacto comprehensus propriam esse mulieris actionem, quomodo nostri vulgo & male intelligunt, sed illud tantum ait esse mulieri actionem, quòd planè nihil aliud est quàm posse hoc casu mulierem agere de dote ac si nulla esset interposita stipulatio, cum posset dubitari an à casu expresso ad omissionem extensio fieri deberet, † Exemplo eius quòd scriptum est in *l. si extraneus. 6. D. de condit. caus. dat.* cum qui stipulatus est dotem sibi reddi finito quoquo modo matrimonio, in eum quoque casum sibi prospexisse intelligi quo nuptiæ non sequerentur. Id verò Vlpianus negat, non fauore vllò dotium, sed potius ex natura, & iure stipulationis, quæ cum nihil aliud sit quàm verborum obligatio, tota ex verbis æstimanda est, *leg. quicquid adstringenda. 98. de verborum obligat.* † Nec in questione dictæ *l. si extraneus*, aliud responsum fuisse putandum est. Ibi enim non secutis nuptiis dos non petitur ex illa stipulatione soluto quocumque matrimonio dotem reddi, sed condicatur quasi causa non secuta eum non nisi ob futurum matrimonium data esset. † Quod autem Vlpianus ait eum, qui in casum finiti matrimonij dotem stipulatus est in hunc quoque sibi prospexisse videri, non sic accipiendum est quasi hic casus in illo planè diuerso aut potius contrario comprehendatur,

sed eo pertinet vt intelligamus non esse verisimile vt qui dotem sibi restituere pepigit solutus quomodocumque nuptiis eam donasse mulieri videatur si nuptiæ secutæ non essent. Idque ex ipsa stipulantis voluntatè & rei æquitate procedit, Non ex eo quòd Bartolus tradit in *d. l. si cum dotem*, minus fauorabilem esse dotis & mulieris causam nullo secuto matrimonio, quàm cum secutum est, *arg. l. si ego. 9. D. de iur. dot.* † Nec video quid illud sit, quòd ibidè Bartolus tradit post Accursium, Patrem stipulando eligentè casum vnum ceteri renuntiasse alteri ex *l. maritus. 21. C. de procurat.* cū ille fateatur, quòd & verè est, prouisionè hominis non tolerare ordinariã prouisionè legis, sed extraordinariã duntaxat, *l. & habet. 5. §. cum quis. D. de precar. l. fin. C. de pact. conuen. leg. 2. vbi notatur. C. de iur. employ.* † Et quòd in specie dictæ legis maritus aliud est, sit propter tacitam prohibitionè vxoris, quæ hoc ipso quòd mandat marito, vt de re aliqua agat, in cæteris omnib. ne agat prohibere censetur: alioqui superuacuum & inutile esse mandatum. At in proposito non erit inutilis stipulatio patris in vnum casum facta, etiam si nò inludat donationem fauore mulieris in alterutrum. Proderit enim vt eo casu qui stipulatione nominatim comprehensus est solus pater agat, qui citra stipulationè non nisi adiuncta filia agere potuisset. Alio casu non proderit, manebitq; res in dispositione iuris communis, vt in *d. l. si extraneus. Facit l. si verb. 64. §. de vno Digest. solut. matrim.* † Planè in extraneo verum est stipulantè cum dotem in vnum casum agere non posse in alium, Scilicet quòd inducatur donatio, at non ex stipulatione vt vult Bartolus, sed ex ipsa donatione dotis, quia cum extraneus dotem dare non teneatur si det ex liberalitate, donat vtique nisi in eum casum in què nominatim reddi stipuletur. Ad eò vt Digestorum iurè si nulla stipulatio interuenisset, mariti non mulieris lucro cederet dos aduètitia defuncta ea in matrimonio vt supra ex Vlpiano diximus. † Captiosum igitur est argumentum Bartoli, cum ille contendit ea Vlpiani verba esse mulieri actionem quemadmodum ad vtriusque nimirum patris & extranei stipulationem referuntur, sic vna eadèque interpretatione donanda esse. Nam quòd ille ait, quando vna determinatio duo determinat, sic debere eam intelligi vt vtriusque vniformiter determinet, quòd vulgare nostrorū brocardicum est ex *leg. ian hoc iure. 4. & leg. Lucius. 45. de vulgar. & pupill. substitut.* toties fallit, quoties diuersa vtriusque determinandi ratio est vt in proposito contingit. Pater enim dotem dat filia non animo donandi, sed ex officio *leg. capite. 19. de rit. nupt. iunct. leg. donari videtur. 82. de regul. iur.* at nec donare quidem filiæ familias potest etiam si vel maxime velit vt in superioris capitis sine dicebamus. Extraneus verò, qui ex liberalitate dotem dat, & vult donare & potest, imò verò donat hoc ipso nisi quatenus sibi ille per pactum prospicit, aut per stipulationem. † Aloqui possis eodem ratiocinationis genere probare ex illis verbis Vlpiani in vnum casum pepigit, quæ tam ad patrem quàm ad extraneum referuntur, posse patrem nudo pacto sibi propriam facere dotis actionem, quoniam & extraneus potest, *l. cum dos. 7. l. ob res. 20. §. si extraneus. D. de pact. dot.* Et tamè id in parte falsum est, qui propriam ex officio dotem dat, *l. vlt. C. de dot. promiss.* non ita facile potest profectitiæ dotis actionem sibi, cum filia ipso iure competentem nouare nisi stipulationem adhibeat *l. ana. 6. C. de iur. dot.* † Denique vt Bartolo aliquid largiar, non nego in specie *d. l. si cum dotem*, siue pater siue extraneus in vnum casum pepigerit, æquè mulieri actionem esse.

se, quod Vlpianus ait, sed nego æquè mulieris actionem esse, aut, quod idem est, eodem iure mulierem agere. Si enim extraneus in vnum casum stipulatus sit, agat illa in alterum casum sola. Sin pater, agere eam oportebit, adiuncta persona patris ac si nulla esset interposita stipulatio, d. l. 2. §. quod si in patris. D. solut. matrim. † Quod verò pro eadem Bartoli sententia rursus obiicitur Papinianus in l. inter. 26. §. cum inter. D. de pact. dot. al. magis miror, cum ex illo loco omnium apertissime conuincatur, potius quam probetur. Sic enim Papinianus scribit, *Cum inter patrem & generum conuenit ut in matrimonio sine liberis defuncta filia dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur.* Quorum verborum sensus alius esse non potest, quam vt superstitibus liberis dos penes maritum remaneat. quã conuentionem frequentem fuisse apparet ex leg. si pater. 12. & l. pater cum filio. 23. D. eod. l. si dot. al. 48. D. solut. matrim. quò casu eueniente dotem ex pacto maritus lucrabatur, aded vt nec liberis communibus eam seruare cogere. † Nec quicquam intererat Digestorum iure tametsi contrà putet Bartolus an simpliciter dotem maritus lucraretur, an verò penes eum dos remaneret propter liberos. Nam præter id quod non sic Papinianus loquitur vt dotem à marito propter liberos retineri dicat, sed retineri simpliciter. Non potest in proposito vlla liberorum haberi ratio nisi tanquam in conditione positorum, ac si conuentum esset vt penes maritum dos remaneret, si nauis ex Asia veniret, d. l. pater. 23. de pact. dot. al. Nepotibus enim ex filia stipulari, iisque dotis actionem acquirere non magis quam extraneis auus maternus voluisset, l. Caius. 45. solut. matrim. † Vt valde ridiculi fuerint qui putarunt in illa Papiniani specie applicari dotem ex pacto liberis filia superstitibus, quam contrà scribit disertè Papinianus à viro retineri. Quos etiam rectè Baldus in dict. leg. 3. Cod. de bon. qua liber. ex eo refellit, quod vulgò iactari solet, liberos in conditione positos non confenseri vocatos, Ne ex testamento quidem in quonuda testantis voluntas sufficeret, ex leg. Lucius Titius. 85. de hered. institut. l. si sub conditione. 8. D. si quis omiss. caus. testamen. Multò minus igitur in dispositione inter viuos, præsertim in stipulatione, quã vt iam diximus nihil nisi verborum obligatio est. † Hoc verò si ita sit, planè non intelligo cur ipsi filia potius, quam eius liberis donare patrem & stipulari voluisse interpretemur. Cum neque ipsa stipulationis conditio existere possit nisi mortua filia. Inde enim fit vt hoc casu stipulatus videretur filia reddi dotem post mortem ipsius filia: Quomodo sanè non nisi inutiliter stipulari poterat, quia nec sibi post mortem suam dari filia ipsa stipulari potuisset, §. post mortem. 12. Institut. de inuilibus stipulat. leg. quodcumque. 45. §. si quis ita stipulatus de verborum obligationib. Potest quidem fieri stipulatio sub ea conditione quã post stipulatoris mortem eueniat, sed ita tamen vt non in id tempus vis & potestas obligationis conferatur, dict. leg. pater cum filia. Præterea quid tam contrarium est ei quod Papinianus scribit defuncta in matrimonio superstitibus liberis filia dotem à viro retineri, quam quod vult Bartolus, & post eum cæteri, dotem eo casu filia acquiri quasi donatam à patre? Etsi cum constante matrimonio coniuncta sunt iura mariti & mulieris quod ad totam dotem pertinet, vt sit quidem illa mulieris, sed in bonis mariti, dict. leg. quamuis. 85. de iur. dot. l. in rebus. 30. Cod. eod. Solutò tamen matrimonio ita dissoluantur, vt nihil possit maritus retinere, nisi mulier aut alius cui restitutio faciendã est, non possit

petere. Denique restitutioni opposita est ex diametro retentio: cumque nuptiis manentibus sit maritus dominus dotis, si quando dicimus dotem penes eum remanere, nihil aliud significare possumus, quã dotis dominium quod prius quæsitum fuit ei auferendum non esse, ita vt pleno iure & irreuocabiliter vt loquuntur fiat dominus, qui antea in eo erat vt soluto quodcumque matrimonio dominium illud restituere deberet. Et verò si apud Papinianum dos remanet penes virum propter liberos & in eorum commodum vt Bartolus putat, quomodo fieri potest vt ex huiusmodi retentione dos mulieri acquiratur? Dicere igitur debuit Bartolus remanere dotem penes maritum propter vxorem & in vxoris commodum, Quod tamen ided dicere non potuit, quia ius istud retentionis non cœpit viro competere ex eo instanti, quo filia moreretur, quod instans vitæ computatur non morti, leg. 3. de condit. triticar. l. qui duos. 18. §. 1. de manum. testam. leg. vltim. D. de condit. institut. sed quo mortua esset filia, ac proinde post ipsius filia mortem, quo tempore nihil potest filia acquiri, præsertim per maritum, qui non magis poterat vxori stipulari quam ipse pater filia leg. multum interest. 6. Cod. si quis alteri vel sibi. leg. dominus. 39. de verbor. obligat. leg. 2. Cod. de coner. & committ. stipulat. † Sed etsi admitteremus permissum esse patri dotem stipulari filia ex causa donationis, ita vt filia propria esset actio, quod nos negauimus, inutiliter tamen stipularetur post mortem filia, quoniam filia ipsa eius voce in casum inutilem stipulata videretur dict. §. post mortem. † Postremo hæc Bartoli & cæterorum communis sententia pro vero habet filiamfamilias in dote sibi à patre donata potuisse Digestorum iure habere heredem. Quod tamen ego falsissimum puto. Non illa solùm ratione quod donatio non valuerit, de quo amplius non dubito, sed quia etiam si valuisset, ius tamen potestatis fecisset ne in ea viuo patre heredem habere potuisset. Imò nec alium successorem quantumuis anomalum vt Baldus loquitur in d. l. 2. C. de hered. actionib. Neesse enim erat vt defuncta licet superstitibus liberis filia dos etiam donata ad patrem reuenteretur, aut tanquam profectitia, aut saltem peculij iure.

CAPVT IV.

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere.

SVM MARIA.

- 1 Filiamfamilias in eiusmodi dote non plus iuris viuo patre habuisse, quam filiam emancipatam, cui pater dotem simpliciter dedisset.
- 2 Filiam emancipatam de dote sibi simpliciter à patre dati seu constituta testari non posse, si in matrimonio moriatur.
- 3 Donationem propter nuptias in filiumfamilias collatam soluto filij morte matrimonio ad patrem rediisse, nec de ea filium testari potuisse.
- 4 Castrense peculium filijfamilias intestati ad patrem eius peculij, non hereditatis iure totum olim deuolutum fuisse.
- 5 Non semper quicquid proprium filius aut filiafamilias habuit, in eo heredem Digestorum iure inspecto habere potuisse.
- 6 Patrem qui filiafamilias donandi animo dotem constituerit, non videri dotis repetenda iuri renuntiasse quum filia in matrimonio moriatur.
- 7 An soluto morte viri vel per diuortium matrimonio filiam. dotem aduentitiam propriam sibi retineat?
- 8 Quantum referat an à patre, an verò ab extraneo dos profecta sit?

AN enim plus iuris in huiusmodi dote habebat filiafamilias, viuo patre, quam emancipatus, cui pater dotem simpliciter de hisset? Minimè verò. Nam & emancipata erat proculdubio donationis capax l. 2. C. de inoff. donat. leg. siue emancipatus 17. C. de donat. & ipsa dotis datio in emancipatam collata donatio dicitur l. vlt. §. 1. D. que in fraud. credit. tametsi quod ad maritum pertinet dici soleat habere eum dotem ex causa onerosa non ex lucratiua. l. ex promissione 19. de oblig. & action. l. fin. C. de iur. dot. Denique si dos etiam quã filiafamilias à patre data est, propriū ipsius filiafamilias patrimonium dicitur l. 3. sed virum. D. de minor. l. in cum 16. de relig. & sumptib. funer. l. pater 71. de euct. l. pater filia 14. D. ad leg. Falc. l. filium 4. de colla. bonor. l. 1. §. vlt. & l. vlt. de dot. coll. qui fieri potest vt emancipata filia vilior sit dotis donatio, quam simplex datio? † Nã & dote simpliciter ei constituta fatentur omnes, & verum est, solius filiafamilias actionem esse, matrimonio soluto. Nò solùm si ab initio emancipata dos data fuerit, sed & si post datam dotem emancipata sit dict. l. 2. §. 1. l. si cum dotem 22. §. eo tempore. l. Titia 34. l. filia mea 59. D. solut. matrim. & tamen non facit ea res quominus defuncta in matrimonio filia dos illa ad patrem reuertatur, aded vt nec de illa testari emancipata possit si in matrimonio moriatur, vt omnium optimè probat d. l. filia mea & l. filia 5. Dig. est. de diuort. Cur enim necesse esset filia aut generum diuortij consilium capere ad fraudandum dote patrem si de dote testari poterat emancipata? Nempe ius profectitia dotis illud erat vt à patre profecta ad patrem necessariò in amissa filia solatium reuerti deberet. † Idemque de donatione propter nuptias in filiumfamilias collata iuris erat, quam donationem veram fuisse nemo inficari possit, nisi qui nomen ipsum neget. Nec eò minus tamen ad patrem reuertebatur si reuersionis casus contingeret soluto filij morte matrimonio vt aperte constitutum est in l. 2. C. de bon. qua liber. Hoc cur ita? Nimirum facilius erat filio vt sibi proprium aliquid haberet ex ea causa quã lex approbaret, qualis est semperque fuit causa matrimonij ad replendam liberis hominibus ciuitatem, quam vt sibi in ea re heredem habere posset. † Sed &, quod magis mirum est, si castrense peculium filiusfamilias habebat, de quo haud dubiè ex Imperatorum constitutionibus testari poterat, quòd in eo patrisfamilias vice fungeretur l. 2. ad S. C. Maced. nec tamen de eo testatus fuisset, non poterat habere in peculio heredem ab intestato filium, at ne ipsum quidem patrem. Imò peculij nò hereditatis iure totum id quantumcūque erat ad patrem deuoluebatur l. 1. & 2. D. de castren. pecul. † Non igitur si ius Digestorum spectes rectè est ratiocinatio, si quis dicat quicquid propriū habuit filius aut filiafamilias in eo heredem habere potuisse. Nam nec proprium quicquam habere potuit quod à patre profectum esset, ne volente quidem patre d. l. siue emancipatis, nisi ex causa donationis propter nuptias aut dotis d. l. Pomponius 35. fam. l. ercisc. Et quo casu habere potuit non tamen data ei est potestas de dote testandi aut ab intestato heredem habendi, quòd nec pater facere potest, cum succedendi ius vt alio loco scripsimus iuris publici sit non priuati l. 3. D. qui test. facer. poss. l. vlt. D. de suis & legit. † Sed etsi ea res in parentis arbitrio posita esset, dici tamen adhuc posset patrem qui filiafamilias donandi animo dotem dederit hoc est eius nomine genero tradiderit [sic enim Papinianum in d. l. Pomponius explicauimus] non ideo videri renuntiasse iuri quandoque competitur dotis repetendã cum filia in matrimonio moriatur d. l. 2. C. de bon. qua liber. Id enim ius repetendẽ dotis non ex iure potestatis proficiscitur, sed ex ratione miserationis l. iure suc-

cursum. C. de iur. dot. cuius nullam haberi ab ipsa filia rationem impium certè sit & inhumanum. † Quid ergo si filiafamilias aduentitia dos ab extraneo obuenit? Certum est acquiri filiafamilias dotem constante matrimonio, & inuito etiam patre, cum & dotis acquirendã capax sit durantibus nuptiis dict. leg. Pomponius, & in cæteris quã ab extraneo proficiscuntur possit illa viuo patre sibi ex quacunque causa acquirere, si modò nolit pater sibi ipsi per eam acquiri l. 1. qui heres 13. §. vlt. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. ad S. C. T. rebell. l. 1. C. qui admittit ad bonor. possess. Facilius siquidem est patri alienę rei dominium per filium non acquirere, quam eius quã iam sua sit amittere, & in filium aut filiamfamilias transferre, sed an ided potest soluto morte viri vel per diuortium matrimonio propriam sibi dotem illa retineat? Minimè. Nam vt Vlpianus scribit Tit. De dotib. diuortio facto habet pater actionem rei vxoriã adiuncta filiafamilias persona siue dos profectitia sit siue aduentitia. Nempe quòd vt sæpius repetij, non sit filiafamilias dotis capax nisi constante matrimonio d. l. Pomponius, Vt proinde quo instanti matrimonio solutum est, deficiente filiafamilias capacitate, succedat ius patriã potestatis. † Quãquam non ex eo sit vt nihil tunc referat an à patre an ab extraneo dos profecta sit. Nam in dotẽ profectitia ius mariti quod ille ab ipso patre habet, impedit ius patriã potestatis. In aduentitia secus. Inde illud etiam maneat, quòd si patri ab intestato filia succedere velit cum fratribus aduentitiam nò minus quam profectitiam dotem conferre cogatur l. filia dotem 4. C. de collat. l. 1. §. si sub conditione. D. de dot. collat. quia filiafamilias data dote quæsitum fuit ius patri, vt soluto quodcumque se viuo matrimonio dum ne per mortem filia, ea sibi vel propria, vel saltem cum filia communis dos esset secundum eas distinctiones quas sequenti capite afferemus.

CAPVT V.

Malè à recentioribus emendatum §. 1. l. 2.

D. solut. matrim. & ad l. Caius

45. eodem.

SVM MARIA.

- 1 Respondetur rationi qua Interpretes mouit vt existimarent dotis aduentitia actionem non minus solui quam constante matrimonio filiafamilias propriam esse.
- 2 Gouerni & Cuiacij responsio & emendatio ad §. quod si in patris l. 2. ff. solut. matrim. ab Interpretibus pro sua sententia allatum.
- 3 Alia aut horis responsio, & dotis profectitia ab aduentitia distinctio.
- 4 Quomodo ab Interpretibus intellecta sit l. Gaius 45. solut. matrim?
- 5 Cuiacij ad eandem legem interpretatio.
- 6 Cur in eius legis specie stipulatio aut materni in persona neptis inutiliter concepta videatur?
- 7 Nec auo eiusve heredibus in illa specie stricto iure competere.
- 8 Quantum in d. l. inter sit, an auus sibi tantum, an verò sibi aut nepti stipulatus sit?
- 9 An in specie d. l. Gaius prorsus inutilis sit dotis aduentitia, in cuius persona stipulatio concepta fuerat?
- 10 Dotem illius filia patri solui non posse, filia tamen solui tam, patri iure patriã potestatis acquisitam tri.
- 11 Dicitam legem Gaius à Triboniano interpolatã fuisse.
- 12 Triboniani manus in ea obseruatur.
- 13 Patrem iure Digestorum potuisse quæsitam sibi quoquomodo filia dotem pro arbitrio alienare.

446

- 4 Quid in ea dote obseruatum fuerit, quæ rei uxoris actione repetebatur?
- 15 Cur pater in dote aduentitia plus iuris olim habuerit si morte viri, quam si diuortio solutum matrimonium fuisset?
- 16 Cur in dote profectitia eadem distinctio non seruetur?
- 17 Actionis de inofficiosis dotibus introducenda ratio.
- 18 Non iuris, sed miseracionis ratione maritum a patre in repetenda dote profectitia superari, filia in matrimonio de iure.
- 19 Dotem aduentitiam eo ipso instanti quo filia in matrimonio moritur, maritus, non patri acquiri.
- 20 An aliqua eo casu patri supersit actio?
- 21 Examinatur ratio illa d. l. Gaius ne commodo dotis mulier defraudetur.

Sed quoniam in hoc etiam iuris veteris ignoratio-
ne errarunt nostri, existimantes dotis aduentitiæ
actionem propriam esse filiarum non minus so-
luto quam constante matrimonio, vt vulgo tradunt
ad d. l. 2. §. quod si in patris. l. post dotem 40. l. Caius 45. D.
solut. matrim. operæ precii erit vt ad rationes & leges
quibus in eam sententiam mouentur respondeamus.
† Ratio autem alia non adfertur, quam quod si filia-
familias capax est dotis profectitiæ viuo etiam patre
multo magis capax sit aduentitiæ. Sed iam satis super-
que à nobis responsum est in superioribus, scilicet fi-
liam familias capax esse vtriusque constante matri-
monio, soluto neutrius, obstat nimirum iure potesta-
tis si legibus agatur, † faciunt pro communi sententia
verba illa Vlpiani in d. l. §. quod si in patris & dos ab eo
profecta sit. Sic enim accipiuntur, vt cum Vlpianus di-
cat si in patris potestate sit filia & dos à patre profecta
sit, patris & filiarum dotem esse, ex contrario dicere videat-
ur solius filiarum dotem esse quæ à patre profecta non sit.
Et hæc obiectio tanti momenti visa est viris doctissi-
mis Antonio Goueano & Iacobo Cuiacio vt auri sint
dicere locum esse corruptum, & ea verba quæ retuli-
mus non tam Vlpiano tribuenda, quam Tribonianum
respicenti ad ius nouum quo facti sunt filij, filiarque fa-
milias aduentitiorum omnium capaces l. cum oportet
6. & l. cum non solum 8. C. de bon. qua. liber. † Mihi verò
probabilius videtur ita scripsisse Vlpianum, quia non
fit hac parte eadem prorsus ratio dotis profectitiæ &
aduentitiæ. Profectitia soluto siue per diuortium siue
viri morte matrimonio communis est patris & filiarum,
nisi eam sibi reddi pater in alterum aut in vtrumque
casum stipulatus sit d. l. si cum dotem 22. in princip. & l.
quoties 29. D. eod. Aduentitia verò non aliter quam si
matrimonium diuortio solutum sit, nec extraneus sibi
reddi fuerit stipulatus. Solutum enim morte viri matri-
monio dotis actio solius erat patris vt paulò post pro-
babimus. Mortuam verò filiam dos profectitia tota est
patris, Aduentitia tota mariti vt idem Vlpianus scribit
Tit. de Dotib. Profectitiam parrarò stipulabatur pater
sibi reddi & difficilior, ita vt stipulatio interponenda
esset, nec pactum sufficeret. Credo, quia satis ei cautum
esset rei uxoris actione, quæ illi communis futura er-
rat cum filia. Aduentitiam verò vix erat vt dare extra-
neus, quin sibi saltem per pactum consuleret, ne alio-
qui penes patrem aut maritum dos remaneret. Pactum
autem sufficere videbatur Lania 6. C. de iur. dot. quod
iniquum videretur periclitari cum ex sua liberalitate,
& ob non interpositam stipulationem repetendæ do-
tis ius omnino amittere. Denique alius tractatus est
de dote profectitia, alius de aduentitia, alia atque alia
vtriusque leges & cõdicionēs. Quod et si non ita esset,
non recte tamen sumi posset argumentum à contrario
sensu de dote profectitia ad aduentitiam in eo, in quo

eadem vtriusque contrarij ratio sit. † Adducitur etiam
pro communi sententia responsum Pauli in leg. Cam-
45. solut. matrim. vbi cum proponeretur datam nepti do-
tem ab auo materno interposita stipulatione si diuor-
tium sine culpa mulieris factum esset, dotem ipsi ne-
pti aut auo materno restitui, secuto postea sine culpa
mulieris diuortio, dat Paulus nepti dotis repetitionem
ex stipulatu viuo etiam patre, in cuius erat potestate,
nulla patri facta dotis aut actionis portione. † Sic e-
nim locus ille ab omnibus ferè intelligitur, excepto
Iacobo Cuiacio qui ad Vlpiani Titulum De dotibus
scripsit in ea quoque specie communem esse patri &
filiarum dotis actionem: De patre tamen ideò nihil Pau-
lum respondisse, quod filiarum cautum fuisset, non patri.
Quia tamè locus ille non solum difficilis & obscurus,
sed etiam non parum suspectus mihi semper visus fuit,
de illius quoque sententia nunc aliquid nobis dicen-
dum est. † Illud primum Paulus respondet, In persona
neptis inutiliter conceptam videri stipulationem, quonia-
m auus maternus ei stipulatus proponeretur. Con-
stat enim non esse neptem in auo materni potestate.
Ei autem quem quis in potestate non habeat, nec sti-
pulari posse. Ex quo Paulus infert heredi stipulatoris
quandocumque mulier diuenterit competere actionem.
Non igitur competit patri neptis quia stipulatio non
valuit. Ipsi autem nepti multo minus, & quia non va-
luit stipulatio, & quia tamen valuisse, patri tamè per
filiam actio ex stipulatu quaesita fuisset. † Sed neque
stricto iure videbatur auo aut eius heredibus compe-
tere, quasi ille non tam obligationis quam solutionis
causam in stipulatione adiectus videretur. Stipulatus e-
nim fuerat nepti aut sibi l. oblig. actionum serè 44. §. acces-
sio. D. de oblig. & actio. l. si stipulatus fuero 11. l. si ita sti-
pulatus 59. de solut. Sed cum in persona neptis inutiliter
concepta sit stipulatio vt dictum est, Consequens
videtur, vt quod ad obligationis & actionis vim per-
tinet, perinde habeatur ac si sibi tantum stipulatus esset
auus. Quo casu impleta quoadcumque, licet post eius
mortem stipulationis cõdicione, actio heredibus eius
haud dubie competeret. leg. pater cum filia 23. D. de
pact. dot. lib. † Differentia tamen iudicio meo illa erit
fortasse, quod si sibi tantum auus stipulatus esset, dire-
cta actio daretur illius heredibus, quia nullo iuris ri-
gore impediretur. Cum verò nepti aut sibi stipulatus
fuit, vt in proposita specie, vix est vt directa possit co-
petere, sed utilis potius, cum stipulationis verba repu-
gnent, quæ solutionis magis quam obligationis causam
personam aui adiectam præ se ferunt, vt ex æquitate
& interpretatione potius quam ex summo iure adie-
ctio ipsa competat. † An igitur prorsus inutilis erit
neptis adiectio in cuius persona concepta fuerat sti-
pulatio? Minimè. Sed quæ ad obligationem inutiliter
adiecta fuit, censetur adiecta solutionis causam, vt
perinde solui ei dos possit, ac si auus sibi aut illi dotem
reddi stipulatus fuisset, nobis ex æquitate stipulatio-
nem sic interpretantibus. † Solui illius patri non pote-
rit, vt malè Cuiacius existimat, quia non fit illa solutio
ex vi obligationis quæ adiecto solutionis causam nul-
la acquiritur, l. Stichum aut Pamphilum 98. §. quasitum
& §. usufructum. de solut. sed ex facultate collata in ar-
bitrium, & electionem promissoris. Solutione tamen
nepti facta, non nego quod Cuiacius defendit acqui-
sitam iri dotem patri iure patriæ potestatis, quæ sanè
ante id tēpus vires suas exercere non potest, nec con-
stante matrimonio, quia eo tempore dotis capax est fi-
lia, nec post diuortium, quoniam ante solutionem ni-
hil neptis in ea dote iuris habere potuit. Impediente
scilicet stipulatione vim & potestatem actionis rei uxori-

ria, quæ alioqui statim post diuortium & patri & fi-
liæ competisset. † Atque ita Paulum & scripsisse &
sensisse non dubito, sed interpolatum locum à Triboni-
ano in eo primum quod aui heredibus dat actionem
directam, quam iuris ratio denegabat, vt diximus. I-
temque in eo quod ipsi nepti dat utilem quæ procul-
dubio ei competere non potest. Nam ex stipulatione
extranei nec directa nec utilis actio quaeri potest, a-
lioqui non esset inutilis stipulatio quomodo inutile ef-
se passim scriptum est, etiam si fauore dotis facta sit. l. si
genero. 26. C. de iur. dot. aut sublit ratio adiectionis
personarum vt in l. inter. 26. §. pen. de pact. dot. leg. adbi-
tor. 59. §. ult. D. ad S. C. Trebell. De quo plura scripsi-
mus lib. 1. ca. 4. † Sed quis non Tribonianum manum &
elegantiam agnoscat in toto illo ultimo legis versicu-
lo, vt permittendum est nepti ex hac auita conuentione ne
commodo dotis defraudetur, vt utilem actionem: Quis enim
Iureconsultorum sic Vlpiani loquitur? Quod verò se-
quitur fauore enim nuptiarum, & maxime propter adie-
ctionem personarum ad hoc decurrendum est, non minus
sanè ineptum est, Cur enim fauor nuptiarum atten-
datur soluto matrimonio, & eo tempore quo filia sit
incapax dotis? An vt si nubat iterum, eandem dotem
habeat? Ne hoc quidem dici potest. † Pater enim Di-
gestorum iure poterat quaesitam sibi dotem filiarum, siue
potestatis siue pactiois iure quaesita esset, pro arbi-
trio alienare leg. rem quam pater. 22. §. à contrario sensu
C. de iur. dot. ante Iustiniani Nouellam. 97. de equal. dot.
cap. 5. quæ cum ius nouum faciat in eo quod hodie te-
netur pater filiarum dotem seruare ita vt nec diminuere
possit, nisi fortuita aliqua clades superuenerit, ostendit
satis aliter fuisse iure veteri comparatum. Quod
& non malè probatur ex leg. unica. §. hoc ex rei uxori-
aria. C. de rei uxori. action. vbi refert Iustinianus nihil o-
lim iuris habuisse filiam soluto matrimonio in dote
quam sibi reddi pater stipulatus fuisset. † In ea verò
quæ rei uxoris actione repetebatur ita obseruatum,
vt non aliter ad filiam quasi proprium ipsius patrimonium
reuerteretur, quam si lite nondum finita licet
motam adeoque quod plus est contestata pater dece-
sisset. Finita enim eo loco, non mota legendum est. Fi-
nita igitur lite maritoque condemnato aut illius he-
redibus, dos per rei uxoris actionem exacta tota erat
patris, eoque mortuo non ad filiam, sed ad ipsius pa-
tris heredes transmittebatur. Idque vt diximus iure
potestatis, quæ non minus locum habebat in dote
aduentitiæ, quam in profectitia, cum vtraque per rei
uxoris actionem à patre adiuncta filiarum persona repe-
teretur, teste Vlpiano in dict. Titul. De dotib. † vbi
quod ait, Diuortio facto nihil hac parte interfuisse an
profectitia dos esset, an aduentitia, cogit me suspicari
plus iuris olim habuisse patrem in dote aduentitiæ si
morte viri quam si diuortio solutum matrimonium
fuisset: Mortuoque viro dotis aduentitiæ repetitionem
soli patris fuisse. Ratione illa diuersitatis, quod cum
extraneus dotem dat filiarum nec stipulatur sibi
reddi, donare eam videatur patri, in cuius filia est po-
testate, nisi quandiu erit filia ipsa dotis capax, id est
constante matrimonio §. 1. Institutum. per quas person. nob.
acquir. leg. filios familias. 42. de cond. & demonstr. Proinde
morte mariti soluto matrimonio, quemadmodum inci-
pit filia dotis incapax esse primo instanti postquam
solutum est, ita dotis actionem acquirit patri, adeò
vt ne momento quidem temporis habere illam cum
patre communem poterit. Cum autem diuortium fit,
etsi non minus incapax dotis est filio, quam si vir esset
mortuus, quando vtroque casu solutum est matrimo-
nium, ferè est tamen vt facto præsertim culpa viri di-
uortio, videatur adhuc illa esse in matrimonio, cum
per eam non steterit, rursusque reintegrari possit a-
liquando matrimonium, quo casu futurum esset vt dos
quoque tacite reintegraretur, etiam si medio tempo-
re alij mulier nupsisset. l. dorem. 30. l. Dium. 40. l. post di-
uortium. 64. de iur. dot. Neque verò æquum est tam ci-
tò tamque facile nocere ei factum mariti, cuius fatum
sanè nocuisset. † Quod si quis quarat, Cur non ergo
in dote profectitia seruetur eadè distinctio, Aut cur
non dos aduentitia patri acquiratur si viua adhuc filia
eius sit incapax quo instanti moritur? ea namque mor-
tua diximus ex Vlpiano dotem aduentitiam penes
maritum remansisse. Respondeo, minus hac parte iu-
ris habere patrem in dote profectitia quam in aduen-
titia, propterea quod profectitiæ dominus factus sit
maritus ab ipso patre, qui dotem ipse tradiderit. Itaque
si pater solus ageret mortuo marito viua filia, patrem
vinceret heres mariti, iure dominij: sicut & maritus
ipse si diuortio solutum esset matrimonium: Siquidem
dominium illud quod penes maritum fuit constante
matrimonio non statim & ipso iure reuertitur ad mu-
lierem cuius nunquam fuit antea. Nec consequenter
patri per filiam acquiri potest, Vnde euenit vt filiarum
personam adiungi necesse sit, quippe contra quam ni-
hil habeat mariti heres aut maritus ipse quod possit
obiicere. † Eaque ratio nisi me fallo causam dedisse
videtur actioni & tit. C. de inoffic. dotib. cum neque in-
officiosi testamenti, neque inofficose donationis que-
rela in eam rem aptari posset vt inofficiosa dos à patre
in filiam collata & ipsi marito acquisita ad legitimam
modum etiam constante matrimonio reuocaretur,
quia licet respectu filiarum dos à patre data legitimam lo-
co videri possit, aut donationis iure censi quatenus
excedit eam quantitatem quam pro congrua dote à
patre dare oportuit, tamen quod ad maritum perti-
net qui ex matrimonij causa planè onerosam dotem
habet, neque legitimam neque donationis instar ob-
tinere dos potest, quantumuis inofficiosa sit. † Atqui,
inquires, Si mortua esset in matrimonium filia pater so-
lus ageret pro dote profectitia repetenda, maritum-
que superaret. Fateor, Sed non ratione iuris, at potius
miseracionis. Ne alioqui pater & amissa filiarum & dotis
damnum sentiret leg. iure succursum. 6. D. de iur. dot. quæ
cum ait merito succursum fuisse patri, innuit non ob-
scure succursum ei fuisse, & nisi succursum ei fuisset,
superatum iri illum à marito. At cum solutum est ma-
trimonium siue morte viri siue diuortio, quia viuus
adhuc filia, cessat ratio illa miseracionis. Extinguere-
tur ergo ius patris si non ageret adiuncta filiarum perso-
na. Quod in dote aduentitia secus est, cuius dominium
marito acquiritur ab alio quam à patre: Vt proinde
pater dotem etiam sine filia ab heredibus mariti re-
petens tanquam per filiam sibi acquisitam, non pos-
sit non vincere. † Moriente autem filia eam ipso in-
stanti quo moritur sit illa incapax dotis licet aduen-
titia, quia matrimonium soluitur: Dicimus tamen ac-
quiri dotem marito non patri, quonia solutione matri-
monij non ideo dotis dominium, vt sæpius inculcauimus,
aufertur marito, sed tantum eo soluto nascitur actio si-
ue ex stipulatu, siue rei uxoris vt dominium illud resti-
tuatur. Vnde euenit vt eo instanti quo filia moritur,
dotisq; habedè sit incapax nihilominus remaneat ma-
riti dominus dotis, & quidè solus, Quia non quæ ratio,
scilicet matrimonij, inducit dotis communionem inter
virum & uxorem constante matrimonio, l. quam-
uis. 75. D. de iur. dot. l. in rebus. 30. C. eo. facere eadem po-
test vt eo instanti quo matrimonium soluitur, commu-
nis fiat dos inter generum & socerum. † Sola igitur pa-

tri superesse potest dotis actio. Atqui non nascitur ea actio illo ipso instanti quo matrimonium soluitur, sed quò iam solutum est, hoc est non mortuo, sed mortua filia, aut viro mortuo, aut facto diuortio. Inde ergo fit, vt per filium familias dos aduentitia patri acquiri non possit. Nec quando uiuit illa in matrimonio, quia toto illo tempore dotis capax est, nec quo instanti matrimonium soluitur, non solum quod instans illud cõpõteretur matrimonio (nam quemadmodum uiuus homo non mortuus moritur, ita nec matrimonium soluitur quod iam solutum est, sed quod adhuc constat) verum etiam propter subsistens ius domini marito in dote competens, necdum eo instanti extinctum. Multo minus verò acquireretur patri dotis actio, cum matrimonium ipsius filia morte solutum est, quia per filiam familias iam mortuam nihil patri acquiri potest. Quo igitur casu? Acquireretur dotis actio patri integra si morte viri solutum sit matrimonium. Patri autem & filia si per diuortium. Ipsa autem dos cum exacta fuerit & soluta etiam soli filia, tamen acquireretur soli patri, nec minus in specie dicta legis Caius 45. solut. matr. licet ibi dos patri solui non possit. Sunt hæc sanè subtilissima & à nemine, quod sciam hucusque tradita, sed tamen si quid iudicij mei est verissima, & ex ipsissima iuris ratione deprompta. † Cæterum, vt quæ pertinent ad interpretationem dicta legis Caius, expediamus, Dico ineptam quoque esse rationem illam Tribonianum ne commodo dotis mulier defrauderetur. Quatumuis enim valeret stipulatio concepta in persona neptis vt ex ea non utilis tantum sed directa quoque daretur actio, non ideo tamen fieret quin auo etiam materno solui dos posset qui saltem solutionis causa adiectus censeretur. Eo autem casu perinde maneret neptis indotata, ac si nec directam nec utilem ex stipulatu actionem haberet aduersus virum. Nulla enim illi competeret aduersus auum, qui dotem à se profecta ex stipulatione recepisset. Igitur non facit illa utilis actio quin sit in potestate viri vt si velit dotis commo mulierem fraudet. Quod si fraudare nolit, nec illud quidem necesse est, vt mulieri contra tritas iuris regulas ex alterius stipulatione utilem actionem demus, quia & nulla actione data iam Paulus dixerat, marito liberum esse vt dotem mulieri soluat, Tribonianum ergo sefellit & iuris veteris ignoratio, & noui memoria, quo constitutum est vt aduentitorum omnium capaces sint filij filiaque familias d.l. cum oportet 6. & l.vlt. C. de bon. que liber. Obseruare namque debuerat non idcirco factum esse vt pro ea cui dos datur possit extraneus stipulari. Manet siquidem etiam hodie intacta vetus illa iuris regula quæ non patitur alterum alteri stipulari l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. ne in dote quidem l. i. D. de pact. dot. al.

CAPVT VI.

Filiam familias de dote etiam aduentitia sine consensu & autoritate patris agere nullo modo posse.

SVM MARIA.

- 1 Cur filia familias dotem aduentitiam repetenti patris consensus necessarius sit?
- 2 An consensum illum cum demum adhiberi necesse sit, quem de repudiando iure agitur, quod patri, si vellet acquiri posset?
- 3 Quis in l. vlt. in fin. princip. Cod. de bon. que liber.

sensus sit horum verborum, ne sine patris autoritate iudicium consistere videatur?

- 4 Filium familias per se in iudicio agere non posse, sed patris auctoritatem adhiberi debere sine filius agat, sine conueniatur.
- 5 Cur in specie §. sin autem in secunda. d. l. vlt. patria consensus non requiratur?
- 6 Filium familias in castrensibus & beneficiis posse etiam inuito patre agere.
- 7 De aduentitiis vero in quibus pater nec usufructum nec administrationem habet, testator non posse.
- 8 Quo sensu dicatur in Nouella 117. cap. 1. filium familias quandoque velit de eiusmodi bonis posse disporre?

Quemadmodum autem communis nostrorum error ille est, quod putant rei vxoria actionem que pro dote aduentitia competit propriam esse filia familias, cum nullo casu propria sit soluto quomodocumque matrimonio, Sicut & contrario errore decipiuntur Antonius Gouenus & Iacobus Cuiacius, qui semper eam communem esse volunt siue morte viri siue diuortio solutum sit matrimonium, quorum prius utiq; salum est vt diximus. † Ita falli ferè omnes arbitror, & longè grauius in eo, quod existimant posse filiam familias agere de dote aduentitia absque consensu & autoritate patris. Sic enim tradit Bartolus quem ceteri vulgò sequuntur in l. 2. §. quod si in patris & in l. post dotem 40. n. 25. D. solut. matr. post Accursium in Aut. quod locum C. de collat. & in l. vlt. C. de bon. que liber. Nam etsi vsq; ad eam propria esset filia familias actio dotis aduentitia soluto matrimonio, vt nullum ex ea commodum ad patrem peruenire posset, consensus tamen patris esset necessarius & saltem iudicis imperio eliciendus, vt agere filia liceret. Ex ratione illa quam Iustinianus adfert in d. l. vlt. §. 1. verè necessitate ne sine patris autoritate iudicium consistere videatur. † Scio receptissimam esse Bartoli aliorumque traditionem, vt consensum illum patris adhiberi necesse non sit nisi in signum, vt loquuntur, repudiationis quoties id de quo agitur, tale est quod patri acquiri posset si vellet, Vnde inferunt posse filiamfam. & ignorante & inuito patre agere de iis omnibus quorum pater nec usufructum nec administrationem habeat. † Sed longè alia mihi videtur fuisse Iustiniani sententia, Non solum quod supradicta ratio ad necessitatem validandi iudicij, potius quam ad conseruationem iurium paternorum referatur, sed etiam quia eo loco tractat Iustinianus apertissime de actionib. eius hereditatis quæ à patre repudiata fuerit, & ex qua nullum ille commodum amplius sperare potuerit, Nec eo minus tamen requirit consensum id est autoritatem patris, ne iudicium absque eiusmodi autoritate, quæ prorsus necessaria est videatur consistere. Nempe quoniã filia familias persona non est integra, vt per se in iudicio stare possit, licet tam ex contractibus quam ex delictis in eum detur actio l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. l. noxali 33. cum seqq. de noxal. actionibus. §. fin. Inst. eod. l. filius familias 39. de oblig. & action. † Nusquam autem reperias ei permissum esse vt per se agat, nisi vel cum in mora periculum est vt expectari patris autoritas non possit, vt in l. si longius 18. §. 1. de iudic. aut cum alia iusta causa est, quod euenit certis casibus à iuris pontificij glossatore enumeratis in cap. fin. Extra de iudic. Nec dicendum est in eo ius nouum facere Iustinianum, quia vt & Bartolus ipse disputat in d. l. vlt. longè plus iuris acquisitum est filia familias ex Iustiniani constitutionibus quam antea habuisset. Imò verò cum nec iis quoque casibus quibus olim communis erat dotis actio patris & filia agere

agere filia etiam consentiente patre, sed ipsi patri omnimodo agendum esset, ex voluntate tamen filia (quo solo respectu actio dicebatur communis d. §. 1. l. 2. solut. matr.) hodie permissum est ex Iustiniani Nouella De equalit. dot. §. illud vnde sumpta est Auth. quod locum. C. de collat. vt possit pater permittere filia vt agat, quod & iam in cæteris aduentitiis fuerat constitutum d. l. vlt. C. de bon. que liber. Et sanè patris autoritatem adhiberi quotiescunque filius familias aut agit aut conuenitur, non solum publicè interest ad conseruandum ius patriæ potestatis, sed etiam ipsius filij, cui si inconsulto patre ageret aut conueniretur, deesse posset patris consilium ex quo tamen non nisi commodi plurimum possit ei accidere. † Nec placet argumentum, quod Bartolus deducit ex §. sin autem in secunda dicit. l. vlt. vbi si filius familias minor sit annis vigintiquinque, nec res eius administrare pater velit, iubet Iustinianus hereditati dari curatorem qui actiones exerceat, neque patris consensum prætereà requirit. Cur enim requireret eo casu quo non ipse filius familias agat, sed curator, Curator vero non minoris nomine sed hereditatis in qua nihil prorsus iuris pater habeat. Hereditati enim curatorem dari vult Iustinianus non minori, qui scilicet cum in patris potestate sit, curatorem habere nullo casu potest. † Sanè in castrensibus potest filius agere etiam inuito patre leg. miles 4. §. 1. de castren. pecul. quia in illis habetur pro patre familias l. 2. D. ad S. C. Maced. idemque in beneficiis dicit. cap. fin. de iud. Comparari enim castrensibus commodè possunt beneficia, quorum scilicet ratione videatur filius familias Deo militare, † Non etiam alia aduentitia quorum tamen nec usufructum nec administrationem pater habeat, non ideo tamen dici potest omnino extinctum quod ad illa bona pertinet ius patriæ potestatis, Vt vel ex eo appareat, quod nec patre consentiente de iis testari filius familias potest. Sic enim Accursius & eum secuti vno ferme ore ceteri verissimè in dicit. leg. vltim. §. filij autem familias in verbo duntaxat. Cod. de bon. que liber. & in Nouell. Vt liceat matri & auia §. 1. in verb. disporre. † Nam quod eo loco Iustinianus generaliter constituit vt de eiusmodi bonis possit filius familias quemodocumque velit disporre, iusta ciuilique interpretatione ad eas dispositiones referendum est, quarum alioqui capaces sunt filia familias non ad eas quarum sunt penitus incapaces. Perinde enim est ac si Iustinianus constituisset, vt de iis bonis quorum patri interdictus est ususfructus liceat filio familias disporre pro arbitrio etiam citra consensum patris. Quibus tamen verbis non posset videri data filio familias licentia earum dispositionum, quas alioqui etiam volente patre condere non potuisset. Cuiusmodi est testamenti factio quæ quoniam publici non priuati iuris est (competit enim ex lege sola quæ & ad ius publicum spectat & de solis patribus familias locuta est) à patre non magis quam ab alio priuato quolibet indulgeri filio familias potest, vt alio loco fufius scripsimus.

CAPVT VII.

Ad auth. quod locum. C. de collat.

SVM MARIA.

- 1 Dictam authenticam cum textu Nouelle non conuenire.
- 2 Filiam familias ex Nouell. 97. §. illud. non posse dotem à matre datam sine patris consensu exigere. Quis in d. §. illud. sensus sit, versic. sed si quidem pater.
- 4 Quanam magna, quanam minor dos dicatur?

5 Filiamfam. posse vel inuito patre, si maritus ad inopiam vergat, dotem tam aduentitiam, quam profectitiam constante matrimonio exigere.

6 Quid iuris si minor futura sit pars filia in hereditate, in qua collationi aliquando locus futurus est, quam sit dotis estimatio?

Sted neque Bartoli opinionem iuuat textus Authentice Quod locum C. de collat. quæ sic ab Inerio concepta est quasi filia tribus casibus imputari possit, si dotem à viro ad inopiam vergente non exegerit, quorum primus ille sit, si sui iuris illa fuit & legitime ætatis, id est maior annis viginti quinque: Minori enim subueniendum esset. Secundus, si mater aut ex ascendentibus alia persona quæ non habeat filiam in potestate dotem illi dederit quam in collationem venire oporteat. Tertius, si profectitiam dotem habenti & exigere volenti pater consenserit. Hunc enim Nouellæ constitutionis sensum vulgò creditum esse apparet ex interpretum commentariis, nec reperio aut ex veteribus aut ex recentioribus quis dissentiat. † Ego verò contra puto. Ex contextu ipso Nouellæ Iustiniani 97. de equal. dot. §. illud, vnde Inerius desumpsit authenticam, manifestissimè probari filiam familias non posse dotem exigere à matre datam nisi patris consensus interueniat. Principio enim paragraphi tractat conuictum illos casus. Si vel pater vel mater dotem dederit, Tum postea quàm dixit esse rem expeditam si filia sui iuris fuerit, & perfecte ætatis, Imputari scilicet ei posse se si constat matrimonio dotem non exegerit, subiicit sin autem sub potestate est, & sine voluntate patris hoc agere non poterat, id est dotem petere, quæ verba clarum est non minus ad aduentitiam, quam ad profectitiam dotem referri. † Nam quod sequitur in versiculo, Sed siquidem pater in talibus casibus obtulerit dotem, & de substantia eius futura est collatio, hoc valere, non ad necessitatem requisiti antea consensus patris pertinet, vt putat Accursius sed ad id quod proximiùs dictum fuerat, Recusante patre consensum præstare, & ob id filia dotem ob inopiam viri perdente liberari eam nudam collatione actionis, nec eo minus competentem portionem illi deberi ex bonis paternis. Toties enim id verum est quoties de ipsius patris, non de matris aut alterius extranei hereditate agitur. In cæteris autem causis nihil referre an pater an mater aut alia persona ex ascendentibus dotem dederit, disertè constituit Iustinianus in fine paragraphi. † Idque ab interpretibus nostris animaduersum non fuisse sanè miror, sed illud magis quod omnes putant, Iustinianum ibidem distinguere an parua dos sit an magna, Disputantes vtrum magna dicenda sit quæ est centum librarum auri, vt putat Cuiacius ex Nouell. 22. de nupt. an quæ sit amplior aut minor, De quo & Alciatus tractat libro quarto, cap. 1. Quasi possit filia magnam dotem etiam inuito patre exigere, paruum non possit. Quo nihil dici potest à Iustiniani mente alienius. † Id enim voluisse videtur vt possit filia vel inuito patre dotem exigere à viro inope constante matrimonio, quotiescumque dos maior est portione competitura & quæ speratur ex hereditate in qua locum habitura sit collatio, Ne alioqui mulier periclitetur, & ex ipsa nuda etiam actionis collatione damnum sentiat. Siue igitur magna, siue parua dos erit, siue profectitia, siue aduentitia, requirendus quidem est pater, vt vel agat ipse vel consentiat filia agere volenti: sed si consentire nolit, non ideo prohibebitur filia dotem exigere absque consensu patris, si modò maior sit dos quam quæ ex collatione speratur hereditatis portio, inspectis scilicet facultatibus eius temporis, cum ex futuro nihil tunc

decerni possit. † Quod si cui minus arridebit nostra hæc interpretatio, eum fateri necesse est, relictum esse à Justiniano indecisum casum illum, qui potissimum & decisione & remedio indigebat, si minor futura esset pars filiarum in hereditate in qua collationi locus aliquando foret, quam esset dotis æstimatio. Neque enim mulieri satis consultum videri posset ex eo solo quod quodocumque mortua persona qua dotem dedisset liberaretur mulier conferendo inanem dotis actionem, nec eo minus hereditariam portionem consequeretur. Et enim quid si dos maior esset portione illa hereditaria? An non iniquum foret sentire filiam præsens damnum & irreparabile ex spe futura collationis? Id siquidem ostendunt verba illa & futura lesionis ex inopia viri admittere metum. Nam quæ obsecro metui potest læsio quantumque sit dos si dotis quantitati hereditaria portio respondeat? Et ex contrario fac exiguam dotem quantum voles. An non iustus est metus futura læsionis si minor adhuc speretur ex eius qui dotem dedit hereditate portio? Aut quis in eo collationis fructus erit? Quid rursus proderit filie vt nihil nisi nudam & inanem dotis actionem conferre teneatur? Atqui hoc ipsum Iustinianus apertissime scribit. Nolle se eo casu quo pater dissentiat, damnum filiam pati aut ex collatione damnificari. Necesse id igitur distinguendum fuit, An plus minusve ex dote quam ex dotis collatione commodi sperare mulier possit.

CAPVT VIII.

Ad l. Bæbius 30. D. de pact. dotal.

SVMARIA.

1. Dotem in specie §. cum inter l. inter 26. ff. de pact. dotal. filia non acquiritur ex patris stipulatione, nec per eam filia liberis tanquam hereditibus.
2. Non potuisse liberis in dicta specie facere quominus mortua in matrimonio filia, dos profectitia ad patrem reverteretur, nisi pactum interuenisset.
3. Superuacuum esse pactum illud quod in d. §. expresse initium proponitur.
4. Quid ex eo pacto Papinianus collegerit.
5. An quia superuacuum fuit pactum expressum, tacitum quoque superuacuum sit?
6. Cur in d. §. cum inter pater non potius expressim conueniret, vt superstitionibus liberis maritus dotem retineret?
7. Casus d. l. Bæbius.
8. Solutio per mulieris mortem matrimonio, mortuo iam patre, dotem profectitiam penes maritum iure veteri remansisse.
9. Casum non existentium liberorum favore mariti adhiberi, ad casum existentium irabendum esse.
10. Cur in specie d. l. Bæbius. l. Cuius maritum repellendum dicat?
11. Casum mortis ad casum diuortij irabendum non esse, quoniam de reuocanda a marito dote agitur.

Constat igitur ex superioribus, vt eò reuertamur vnde digressi sumus, in dote profectitia siue data simpliciter siue etiam donata, nec filiam familias nec emancipatam quæ in matrimonio moreretur, heredem ex testamento aut ab intestato habere potuisset, sed ad patrem reuerti debuisset dotem, liberis quoque ex matrimonio superstitionibus: † Ac proinde parum acutè nostros facere qui putat in specie illa de qua iam supra diximus, & quam Papinianus tractat in dict. leg. inter 26. §. cum inter. de pact. dotal. acquiri ex patris stipulatione dotem filie, & per eam liberis tanquam hereditibus, cum ex contrario disertè Papinianus scribat remanere eam penes meritum? Sane ex illo loco optime colligas pro Bulgaro contra Martinum, Non potuisse libero facere quominus mortua in matrimonio filia dos à patre profecta ad patrem reuereretur, nisi pactum interuenisset, Alioqui fuisset sanè superuacuum, careretque Papiniani responsum omni prorsus dubitatione quod ferendum non est. † Dices fortasse, sed an non superuacuum est pactum illud quod expresse initium proponebatur, vt sine liberis defuncta in matrimonio filia dos patri restitueretur? Si enim restituenda erat etiam superstitionibus liberis, an non multo magis si nulli superellissent? † Ita sanè est. Ideoque nimirum Papinianus, cum pactum illud videret omnino superuacuum in eò casu qui nominatim expressus fuerat, subtiliter ex eo collegit huiusmodi pacto id actum intelligi debere, id est nihil aliud inter contrahentes actum videri potuisse, siquidem aliquid illi agere voluerunt, nisi vt mortua in matrimonio superstitionibus liberis filia dotem maritus retineret. Cùm dici soleat dispositionem restrictam ad vnum casum excludere casum contrarium ex leg. vlt. D. de coll. dot. † Itaque non valet consecutio si quis pro Martino dicat superuacuum fuisse pactum expressum, Ergo & tacitum, quod in expresso continetur. Nam imò verò vt expressum superuacuum non sit, quomodo esset in casu expresso, Necesse est vt in casum contrarium includat tacite pactum etiam contrarium quod sit vile. † Verùm illud quis mirari magis possit. Cur non potius expressim conuenisset vt superstitionibus liberis dotem maritus retineret, Nisi dicamus, quod & verum est, Non potuisse patrem nisi absurdè & contra iuris regulas stipulari marito genero. Huiusmodi autem cõuentiones ita vt plurimum fieri solitas, vt pater ipse aut eo iubente filia stipularetur à marito, non maritus à patre aut ab vxore. Eius enim erat legem dicere, qui dotem dabat, non eius qui accipiebat. Mariti autem illud tantum erat, vt caueret ne duriore quam expediret lege dotem acciperet. Simile est quod in principio dicte legis inter, Pactum proponitur vt si filia moriens superstitem anniculum reliquisset, dos ad virum pertineret, vt intelligamus nullo interposito pacto futurum non fuisse vt tota dotem vnius filij superstitionis nomine maritus retineret? Quemadmodum nec si pacto conuenisset vt mortua in matrimonio sine liberis filia dos pro parte penes maritum remaneret, pro parte autem vxoris fratri restitueretur, id actum dici posset vt superstitionibus liberis tota dos à marito retineretur, qui casus est legis Bæbius Marcellus 30. Digest. de pact. dotal. secundum Baldi interpretationem. Sufficit enim vt pactum possit esse vtile in eum casum in quem conceptum est. In casum verò omissum non proderit, sed aut patri dos restituetur, si dos ab ipso patre soluta sit [quod in specie dicte legis Bæbius esse non potuit propter illam conuentionem interpositam, Ne à viuo patre dos exigeretur vt in l. cum pater 1. & l. auus preced. eod. tit.] aut ipsi mulieri patre mortuo, aut mulieris hereditibus, si alios heredes habeat illa quam liberos, & diuortium factum sit. † Solutio enim per mulieris mortem matrimonio si pater non esset, dos profectitia penes maritum remanebat, vt refert Vlpianus titul. de dorib. nisi mulier sibi reddi stipulata esset, neque de ea dote testari mulier poterat, licet sui iuris effecta. Quamquam non valde aberrauerit meo iudicio, qui dixerit in questione dicte legis Bæbius respondendum fuisse pro marito si aut filia in matrimonio defuisset, quæ stipulationis condicio erat, aut stipulatio ipsa in diuortij casum fieri potuisset, fieri enim non poterat in casum

casum diuortij simul & non existentiū liberorum, quia pactis dotalibus non poterat fieri deterior condicio dotis viua filia nisi liberis interuenientibus l. 2. D. de pact. dot. † Nam proculdubio fatendum est, ita pacto interposito vt nullis quoque existentiibus liberis partem dotis maritus lucraretur, id multo magis actum fuisse vt superstitionibus liberis lucraretur, nec pro parte sed tota, cum & totam lucraretur ille qui promiserat restitutum se dotem patri, si filia sine liberis moreretur d. §. cum inter. An non enim melioris conditionis esse debeat maritus illo casu quam isto? Itaque non probat Iureconsultus quod apud Prætorem Marcelli filius, idemque heres & patris & sororis pro dimidia, exceptione se vulgati pacti tuebatur, quasi ex persona mulieris, cui totam dotem pater reliquerat, cuiusque solius si viueret interesset defendere dotem. Sed ea tantum ratione repellendum ait maritum, quod factò diuortio malè ageret ille ex ea stipulatione cuius condicio illa fuisset si filia in matrimonio moreretur. Non enim valet argumētum à casu mortis filiarum ad casum diuortij, licet vtroque soluiatur matrimonium, quia difficilius fauetur marito etiam liberis interuenientibus, cum diuortium factum est. Ne scilicet mulier maneat indotata: nisi pactum in eam rem expressum intercesserit d. l. 2. D. de pact. dot. l. 1. D. de dot. preleg. Casus igitur non existentiū liberorum trahitur facilè ad casum existentium, quoties fauore mariti adhibitus est, quia fauorabilior est maritus qui liberos habeat, quam qui nullos. † At casus mortis non æquè trahitur ad casum diuortij, quia isto minus ille fauorabilis est vt salua mulieri dos maneat. Et hæc mihi germana videtur esse sententia perobscura illius legis, tamen non ignorem longè aliter visum esse interpretibus non modò antiquioribus, sed etiã recentioribus, Antonio Contio, & Iacobo Cuiacio clarissimis inter ceteros Iurecõsulti.

CAPVT IX.

Explicata l. post dotem 40. D. solut. matr. & in quo derogatum sit iuri veteri cum queritur au in dote siue profectitia siue aduentitia heredem habere filia familias aut emancipata possit.

SVMARIA.

1. Diuortio culpa & voluntate mulieris factò, quid iure veteri circa dotis repetitionem vel retentionem fuerit obseruatum, quid item iure nouo obtineat?
2. Species & ratio d. l. post dotem.
3. Quid in d. l. specie respondendum sit, si filia post diuortium decessisse proponatur?
4. Cur in d. l. Papinianus requirat, vt filia sine liberis decesserit?
5. Ratio propter quam sextarum retentionibus ex Iustiniani constitutione locus amplius non sit?
6. Matrem familias constante matrimonio de dote testari, & in dote aduentitia heredem ab intestato, iure nouo habere posse.
7. In dote profectitia filia familias de iure veteri nihil esse immutatum.
8. An l. 2. Cod. de bon. quæ lib. per l. 3. eiusdem tituli sit immutata?
9. Filiam familias de dote aduentitia iure nouo testari non posse, sed in ea tantum heredem ab intestato habere.
10. An filia familias in aduentitia dote heredem ab intestato iure veteri habere poterit?

Dicendum nobis superest de sententia legis Post dotem 40. solut. matr. quoniam is præcipue locus p Mar-

tini sententia facere videtur in eo & etiam impleta illa stipulationis condicione Diuortio factò dotè reddi non aliter tamen datur patri dotis profectitia repetitio, quam si filia sine liberis decesserit. Ne autem sum lógior in nostrorū interpretationibus refellèdis, quas varias & ad octo vsq; cõmeti sunt, dicã breuiter q̄ mihi pbabilissimū videtur. † Itã supra retuli sic cõparatum fuisse ius vetus, vt voluntate & culpã mulieris factò diuortio, posset maritus cõuētus rei vxoria actione in singulos liberos qui eo tẽpore superstites fuissent, sextas retinere ad dimidiã vsq; partẽ dotis. Quod abrogauit Iustinianus in l. vnic. C. de rei vxor. act. Trãslata nimirum vlt & potestate actionis rei vxoria in actionẽ ex stipulatione, Cuius natura illa erat vt nullã retentiõnẽ pateretur, faceretque: quod hodie semper fieri Iustinianus voluit in §. illo proculdubio obseruando, ne vnquã mariti lucro dos cederet; nisi cum pactũ ea de re factum esset. Nouabat enim & perimebat stipulatio actionẽ rei vxoria vt cõstat ex l. auia 6. C. de iur. dot. Scilicet ita demũ si stipulatio veleret. Inutilis enim stipulatio num. quã nouat. l. 1. in fi. l. quoties 14. in fin. D. de nouar. † Finge igitur post dotem datã, & contractas nuptias vt in d. l. post dotem; ac proinde ex interuallo quemadmodũ ibi Accursius certè interpretatur, stipulatũ fuisse patrem sibi dotè reddi, si filia volũtate diuortij factum esset. Nõ valet stipulatio, quia quoties pater dotè dat & stipulatur, non aliter in suã personã transfert de dote actionẽ, quã si ex cõtinenti stipuletur. Nec enim potest filia condiciõnẽ in dote deteriorem facere si non ipsa cõsentiat. lege quoties 29. solut. matr. Ergo si viua filia pater per diuortij vellet ex stipulatu agere, dubitandũ nõ est quin exceptione omnimodo summouendum sit; hoc est siue ex matrimonio liberi aliqui supersint siue nulli. Nõ enim liberaretur maritus qui patri solueret, sed à filia quodocũque sui iuris effecta cõueniri. rursus posset l. 2. §. quod si in patris eod. tit. † At quid si filia post diuortij decesserit? Distinguemus an liberos sibi superstites habuerit, an nõ. Si habuerit, mariti interest vt rei vxoria actione potius quam ex stipulatu cõueniatur, nepe vt propter liberos retinere sextas possit. Itaq; & hoc casu impedire patrẽ poterit, ne agat ex stipulatione quæ perperam & inutiliter interposita fuerit. Sed si eo tempore quò pater agit nulli supersint liberi [tẽpus enim illud spectadũ est non diuortij, cùm & retentiones nõ nisi in iudicio fierent, & imputati marito possit, qui fortè diuortij tẽpore plures liberos habuerat, cur nõ citius dotè restituerit vt tãto plus retineret? nõ erit impediendus pater quominus ex stipulatu agat, cum nequẽ iã filia quicquã interlit quæ defuncta est neq; mariti cui nõ sit ad aliquid ex dote retinendũ comodior futura rei vxoria actio. Poterat quidẽ dubitari ex eo quòd ab initio non valuisset stipulatio, Sed conualescere eam mirum nõ est postquam & filia & mariti interesse desit, totumque ius repetẽda dotis in patris persona conquiescit. † Sane, nõ idẽd Papinianum requirere vt filia sine liberis decesserit, quòd dos profectitia penes maritũ propter liberos remanere debeat, vt Martinus putabat, ex eo apparet quòd diximus. Si ea patris stipulatio valuisset, futurũ fuisse vt aduersus agentem illum ex stipulatu, nullas maritus sextas retinere potuisset. † Nam nec hodie ob aliam causã retentionibus istis locus amplius nullus est ex Iustiniani cõstitutione, nisi quòd semper tacita de restituenda dote stipulatio fingitur intercessisse. Cuius vis illa est vt nec dotem totam, nec dotis partẽ vnquã lucraretur maritus nisi pactũ intertinerit d. l. vnic. §. illo proculdubio obseruando. C. de rei vxor. act. † Vnde de illud etiam sit vt hodie possit mater familias de do-

te testari etiam constante matrimonio, quia & olim eo demum casu poterat quo stipulata fuisset sibi dotem reddi *l. si mulier 25. Cod. de iur. dos.* Item ut ab intestato heredem habere possit in dote aduentitia, cum tamen eiusmodi dos olim ad maritum pertineret, nisi aut extraneus ipse qui dotem dabat, aut eo permitte mulier sibi dotem restitui pacta fuisset. † In filiafamilias quæ viuo patre moritur nihil est de veteri iure immutatum, si profectitia dos est. Nam ad patrem reuertitur sicut olim reuertebatur, cum & patri ipsi sicut filia Iustinianus priuilegium dederit, tacita stipulationis §. *accedit in fin. C. de rei vxor. act.* & in profectitis nihil sit innotatum per legem *Cum oportet Codic. de bon. qua liber. præsertim* in dote & donatione propter nuptias de quibus textus est & clarus & elegans *in l. 2. C. cod.* Quam si quis correctam dixerit per *l. quod scitis 3. eodem. is* proculdubio errauerit. Non enim nisi de aduentitiis posterior lex loquitur, in quibus apertum est non esse locum rationi positæ *in dict. leg. secund.* ne minis liberales futuri sint parentes erga liberos si ita ius constituatur, ut quod ab iis profectum est, ad eos non reuertatur. † Quod si aduentitia dos fuit, illud quidem ex iure veteri superest, ut de ea testari filiafamilias non possit, sicut nec olim poterat, quemadmodum ex communi nostrorum sententia crispimus supra *cap. 6. in fin.* Sed ab intestato heredes habere poterit aut liberos, si qui supersint, aut parentes, aut alios. Non quidem *ex d. l. quod scitis*, quæ non nisi de iis loquitur quæ per filiosfamilias præmortuantes antea acquirerebatur patri iure peculij, in quorum numero non erat dos aduentitia, quæ ut diximus ad maritum pertinebat. Sed ex Iustiniani *Novell. 118. De hered. ab intest. venient. §. 1.* ubi constituitur ut in bonis omnibus quæ filiosfamilias altunde quàm à patre acquiruntur, licet eorum ususfructus ad patrem pertineat, possint illi heredem habere ab intestato, ita tamen ut prima causa sit descendendum, secunda ascendendum. In quo sanè ius nouum Iustinianus fecit non in ceteris tantum aduentitiis, sed quod ad dotem quoque aduentitiam spectat. † Neque enim verum est quod scripsit Bartolus *in d. l. post dotem.* habuisse olim filiamfamilias in dote aduentitia heredem ab intestato: Cum nec haberet filiosfamilias in castrensi peculio tamen de eo testari posset *l. 1. & 2. D. de castren. pecul.* Nec ad rem facit lex *Auus 79. de iure dot.* quam pro communi sententia Bartolus adducit quasi eo loco pater, ad quem negat Labeo reuerti dotem ab auo datum quasi profectitiam, nihilominus eam habeat iure hereditario. Non enim dicit lex habere eum dotem filia præmortuæ. Sed negat tantum ad eum reuerti, quod non ab ipso sed auo profecta esset. Ergo cum nec ad ipsum auum reuerti possit qui mortuus quoque proponeretur (alioqui de patris qui & filiosfamilias esset, iure frustra quæreretur) restat ut penes maritum remaneat secundum ea quæ ex Ulpiano supra diximus, idque non hereditatis iure, sed dominij, ex causa dotis iam inde à quo tempore matrimonium contractum est, acquisiti. At si nec maritus ipse viueret, ad patrem certè perueniret non tamen hereditatis sed peculij iure *arg. d. l. 3. C. de bon. qua liber.* Nec esset cur disputaretur an dos ab eo profecta videretur, necne. Quia in re dissentit sine dubio à Labeone Celsus *in l. dotē 6. De collat. bon.* & tã apertè ac ex diametro, ut qui eos conciliare velit, hunc necesse sit ab utroque dissidere.

CAPVT X.

Defunctis ex præmortua muliere, liberis vtrius profectitia dos ad auum mater-

num, an ad patrem reuertatur.

SVMARIA.

- 1 Favorabilior esse aui materni quàm patris causam, pro Bartolo contra Baldum disputatur.
- 2 Respondetur ad l. 4. C. quand. dies legat. ced. pro Baldi sententia allatam.
- 3 Nepotibus ex filia superstitibus matris dotem non pleno iure, nec in perpetuum marito acquiri.
- 4 Aui paterno & materno in dotis petitione concurrentibus cuius melior debeat esse conditio?
- 5 Filiosfamilias qua accepta dote à patre futura successione renuntiant, viuo patre & superstitibus liberis mortua dotem ad matrem non reuerti.

Ex iis porro quæ hucusque diximus apparet oculosam esse quæstionem illam quam Bald. tractat. *in dict. l. quod scitis 3. C. de bon. qua liber.* An si mortua in matrimonio filia superstitibus liberis profectitia dos penes virum remanserit propter liberos, defunctis postea liberis reuertatur dos ad auum, qui dedit, an ad patrem tanquam proximiorum in gradu succedendi. Nã si verum est quod probauimus in superioribus, profectitiam dotem etiam superstitibus liberis ad patrem reuerti, nullus planè quæstioni locus superesse potest. † Sed quoniam eo iure utimur ex Martini sententia ut liberorum potior sit causa quàm patris, magis probò in ea quæstione sententiam Bartoli, qui pro auo materno, quàm Baldi qui pro patre respondit. Cur non enim hoc saltem casu defunctis liberis reuertatur dos ad auum à quo profecta est, quæ liberis quoque superstitibus iam moriente filia reuerti iure debuerat? An quia liberi illi non in aui materni, sed in patris potestate sint? At iam diximus non iure potestatis fieri ut dos à patre profecta ad eum reuertatur, sed potius ratione miserationis, ne pater & filia amissa & pecuniæ damnum sentiat *leg. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Quis verò negauerit miseratione digniorem esse auum qui & filiam & susceptos ex filia nepotes amiserit, quàm patrem qui filiam tantum? An verò quod ita ius sit ut in filij intestati successione proximioris parentis potior causa sit, siue pater ille sit siue mater, in iis etiam quæ ex aliena linea ad filium peruenierunt? sed longè alia causa est successione intestati, alia dotis quæ ad patrem aut auum reuerti potest iure profectitiæ, tamen si alius heres sit, cum sit extra causam hereditatis, tãquam ius separatum *leg. Neratius 20. leg. veluti 22. lege sic pro rata 27. cum seq. l. contra quoque 30. §. sed si emancip. D. de relig. & sumptib. funer. l. ult. D. ut legat. nomin. caueat l. licet dos 27. Cod. de iur. dot.* Habet. n. dos suas leges & condiciones ab hereditariæ successione legibus & condicionibus separatas. † Nec pro Baldi facit lex cum vxori 4. C. quando dies legat. ced. quæ loquitur de legato vxori facto cum liberos habuerit, & postquam legati dies cessit semel susceptis liberis, negat obesse mulieri quod postea liberi decesserint, Cui non dissimile quidpiam scriptum est in *l. filiosfamilias 114. §. cum quis rogatus de legat. 1.* Id enim ratione illam habet quod existente legati conditione, aut ex contrario semel defecta conditione iniuncti fideicommissi propter liberos superstites, plenum ius quæsitum sit legatario, quod illi ex casu postea superueniente auferri non debet. † At nepotibus ex filia superstitibus negandum est acquiri matris dotem pleno iure, tamen si opinio Martini obtineret, sed eo tantum iure quod penes matrè fuerat, ne plus illi iuris in dote matris habeant, quàm mater ipsa habuisset: Ac proinde reuocabiliter in eum casum quo ipsi viuo auo abique liberis morerentur. Est enim ius aui in ea dote anterior

ius iure patris, cum illud ex ipsa dotis datione, hoc non nisi ex die mortis liberorum, & ex ipsa mortis occasione proficatur. Denique in dubio semper favorabilior est is à quo profecta sunt bona de quibus cõtenditur *arg. l. si qua mulier 4. §. ult. C. ad S. C. Terryll. §. quod nobis. Institut. per quas person. nob. acquir.* Imò & quod à filio ad patrem reuersum est quasi ab ipso filio profectum, rursus ad eum post mortem patris aliquando reuertitur *l. v. t. C. comun. vtriusque iudic.* Et dos quæ pater ex societate sumpsit ut daret filia non ad patrem tantum reuertitur mortua in matrimonio filia, sed etiam ad societatem *l. si socius 81. D. pro socio.* Baldi tamè sententia magis communiter ab interpretibus probata est, Ad eò illi in toto hoc De dotibus tractatu cæcutierunt. † Planè si inter auos paternum & maternum disputetur, vix est qui neget meliorè esse debere conditionem aui materni quod ceteris paribus cum sit æquè proximus in gradu succedendi, hoc habet amplius quòd ab eo dos profecta est. † Illud postremò adnotatione dignissimum est, quod à Paulo Castrensi responsum scio, si ut hodie sit, filia quæ dotem à patre accepit futuræ successioni adeoque legitimæ iurato renunciauerit propter dotem, deinde viuo patre & superstitibus liberis decesserit, dotem eo casu non ad patrem reuerti ut olim nec penes maritum propter liberos remanere siue ex iure ut Martini opinio ferebat, siue ex consuetudine illa quæ nostri obtinuisse dicunt, sed ad liberos tanquam heredes transmitti, Postquam placuit Pontificibus sacrosanctis renunciationes huiusmodi iureiurando confirmari *c. quamuis de pact. in 6. & eam vim habere, ut viuo etiam patre filia portionem hereditariam quæ alioquin sperare ipso mortuo potuisset occupasse videatur, arg. l. cum quo 56. §. ult. D. ad l. Falc.* Et hæc sententia æquissima sanè est ut sicuti filia per renunciationem ab hereditatis paternæ spe omnino excluditur. Ita pater reuersuræ dotis duriorem spem & malè ominosam prorsus à se abdicet fauore nepotum ex filia, quos præsertim sciat imputaturos sibi in legitimam quicquid ab eo mater in dotem habuerit. Sed an id perpetuò verum sit ut dos matris in legitimam nepotum imputetur, quoniam perelegans & frequentis usus quæstio est, accuratius tractemus.

CAPVT XI.

An dos data filia imputanda sit præmortua filia in legitimam nepotis.

SVMARIA.

- 1 Quæstionem propositam in eo versari, an in dote nepos heres matris sit, nec ne.
- 2 Quomodo ex iuris legumque dispositione illa quæstio decidenda veniat, quomodo item ex Martini opinione consuetudine decidatur?
- 3 An eius consuetudinis ea sit vis, ut nepotes heredes matris sint in dote, an verò ut dotem auocet ab auo ut applicet nepotibus?
- 4 Bartoli super hac quæstione sententia, & distinctio inter dotem filia simpliciter datam, & eam qua donata est.
- 5 Dotem filiosfamilias donatam, ex communi Interpretum sententia in legitimam nepotis imputandam non esse.
- 6 Bartolum perperam à Baldo hac parte reprehensum fuisse.
- 7 Baldi de superiore quæstione sententia.
- 8 Cur filia in specie l. Bæbius. de pact. dotal. heredes in dote habeat?
- 9 Profectitiam dotem, filia post patrem in matrimonio mortua, penes maritum remanere, non autem ad pa-

tris heredem transire.

- 10 Baldi argumentatio contra Bartoli sententiam.
- 11 Nullum ius nepoti in matris mortua dote viuo auo competere posse.
- 12 Examinatur sententia Baldi existimantis eam vim esse consuetudinis ut nepotem in dote matris heredem facere possit.
- 13 Argumentum pro contraria Bartoli sententia.
- 14 Quo iure nepotibus dos matris acquiri possit, si non tanquam hereditibus acquiratur?
- 15 Dotem matris non nisi hereditario iure nepotibus competere contra Bartolum disputatur.
- 16 Eiusdem Bartoli subtilitas refutatur.
- 17 Vi consuetudinis factum non esse, ut nepos in dote matris heres sit.
- 18 Quo sensu iure Pandectarum dicatur, liberos etiam qui in patris potestate sunt, matris heredes esse & vicissim matrem liberorum?
- 19 An iure nouo, quo filius in matris dote heres esse potest, favorabilior sit causa aui quam nepotum?
- 20 Cuius acquisitionis capaces filiosfamilias Iustinianus sua constitutione fecerit?
- 21 Dotem matris in legitimam à nepote in bonis aui peti tam imputari debere.
- 22 Solutur argumentum à Baldo contra hanc sententiam allatum.
- 23 Quo sensu dicatur, ea quæ non conferuntur, nec in legitimam imputari?
- 24 Dotem matris conferendam esse si nepos velit ab intestato cum aliis nepotibus, auunculis vel materteris à uo succedere.
- 25 Non omnia imputari quæ conferuntur?
- 26 Respondetur ad tria Bartoli argumenta.

Magnam huic disputationi lucem adferent ea, quæ docuimus in præcedentibus. Nam qui quæstionem An dos data filia subinde præmortuæ imputanda sit in legitimam nepotis, in eo versari quæstionem putant, An in dote nepos heres matris sit, necne? Si enim heres non sit matris omnes consentiunt in legitimam sibi imputare illum debere dotem, quam ab auo, non à matre accipiat. Si verò heres sit, placet plerisque non esse cogendum imputare in eam portionem quam habere debeat ex corpore bonorum aui, sed quod aliunde habeat, hoc est à matre non ab auo. Ita Castrensis, Alexander, Decius, & ceteri *ad l. illam 19. Cod. de collat. post Bartolum in leg. post dotem 40. numero 32. solut. matrim. & in leg. in quartam 91. numer. 12. D. ad leg. Falcid.* De illo igitur duntaxat inter nostros conuertitur An filia præmortuæ dotem nepos à matre habeat, an ab auo. † Si iure & legibus res ageretur, iam supra diximus dubitari non posse quin mortua in matrimonio filia etiam superstitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur si nihil aliud conuenit *l. dos à patre 4. Cod. solut. matrim. l. inter 26. §. cum inter. D. de pact. dotal.* † Sed quoniam contraria Martini opinio præualuit, ipsoque usu recepta est, ut in ea dote potior sit causa mariti propter superstites liberos, quàm patris, Dubitatio illa nascitur. An ex consuetudine fiant nepotes heredes matris in dote quod Baldus credidit ad *l. illam*, An potius ea sit vis consuetudinis, ut dotem quæ à filia ad patrem ipso iure reuertitur, auocet ab auo ut applicet nepotibus, quomodo Bartolus existimauit. † Illud tamen ante omnia obseruandum est, cum ita Bartolus scripsit, sensisse eum de dote simpliciter data filia, non etiam de donata. Cum enim omnibus placeat valere donationem non obstante iure potestatis, idque fauore dotis

& matrimonij ex Papiniani responso illo malè intel-
lecto in *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciscun.*
Vix est ex interpretibus qui non existimet posse fi-
liam familias heredes habere liberos in dote donata,
idque iam olim Digestorum iure obtinuisse ex *d. leg.*
post dotem ubi Bart. & ceteri post Dnum. Donatam ve-
rò dotem interpretantur quam ipsi filix reddi stipu-
latus sit pater, aut filia sibi patre consentiente. † Qui-
bus casibus receptor nostrorum sententia est dotem
filix imputadam non esse in legitimam nepotis, Quasi
eam habeat ille iure aduentitio & ex corpore bono-
rum matris potius quam aui. Ita Castrenf. in *d. l. illam*
& in l. quoriam Nouella. Cod. de inoff. testamen. post Bal-
dum ibidem ne ceteros recenseam. Hucusque senten-
tia ratio illa est quod certum sit non imputari in legiti-
mam ea quæ iure aduentitio obuenerunt, & aliunde
quam ex illius substantia de cuius hereditate bonis ve-
agatur, *d. l. quoniam Nouel. 29. in fin. & l. scimus. §. reple-*
tionem. Cod. de inoff. testamen. Nullus ergo tantæ inter
Bartolum & Baldum contentioni locus relinquatur,
nisi in dote quam pater filix dederit duntaxat non et-
tiam donauerit. † In quo non possum facere, quin cū
Paulo Castrensi mirer cæcitatem Baldi, qui reprehendi-
dendi Bartoli studio defendere voluerit nepotes he-
redes esse matris in dote cū hoc ipsum fateatur Bar-
tolus in dote donata. In ea verò quæ donata non sit,
nec Baldus ipse neget in *l. 3. C. de bon. que liber. non posse*
filiam heredes illos habere † Baldi itaque sententia est,
Non esse cogendum nepotem imputare dotem præ-
defunctæ matris in legitimam sibi debitam ex bonis
aui. Illa potissimum ratione, quòd habeat eam nō ab
auro, sed à matre, & tanquam heres matris, ex *l. Babius.*
30. D. de pact. dotal. vbi sanè proponitur habuisse filiam
heredes in dote, nec liberos tantum ab intestato, sed
fratrem quoque ex testamento, tamen si Castrensis om-
mino malè contrà putet in l. si cum dotem. 22. num. 9.
in fin. D. solut. matrim. † Verùm animaduertere vter-
que debuerat habere in ea specie filiam heredes, non
iure aliquo singulari dotis aut ex vi interpositæ per
patrem stipulationis, sed quia pater ipse decesserat,
atque ita sui iuris effecta filia fuerat vt neque testari
impediretur, neque posset dos ad præmortuum pa-
trem recurrere. † Nisi fortè Baldus credidit, profes-
citia dotis iustale esse vt mortua in matrimonio fi-
lia non solum ad patrem si tum superstit reuertit dos
debeat, sed etiam præmortuo illo ad eius heredem.
Quod tamen apertissime Vlpianus negat in *Titul. de*
dotibus, vbi refert sic olim obtinuisse vt si pater non
esset, dos profectitia penes maritum remaneret, do-
minij nimirum iure, cū per ipsam dotis dationem
iam dominus factus fuisset. Nec sanè ratio illa mi-
serationis quæ fecit vt patri in solatium amissæ filix
succurri debuerit aduersus maritum, *leg. iure succur-*
sum. 6. D. de ur. dotal. similiter in herede vsurpari po-
test. Planè interueniente stipulatione nemo dubi-
tat quin actio ex stipulatu quæ patri si viueret com-
petitura fuit sicut cetera omnes in heredem trans-
mittatur, *dict. leg. Babius l. 1. & tot. titul. Codic. de hered.*
actio. l. si pactum. 9. D. de probat. l. auus. 10. D. de pact. do-
tal. † Hoc verò si Baldus probare non potest quod
asserit habere nepotes dotem matris iure hereditario,
nihil superest quod pro eius sententia contra Barto-
lum vrgere possit. Sic enim ille argumentatur, viuo
adhuc auro iam fuisse quæsitum ius nepoti in dote
matris vt inferat, Non posse igitur mortem aui face-
re vt ad nepotem dos magis pertineat, *leg. non vt ex*
pluribus 159. de regul. iur. §. sic itaque. Institut. de actio-
multominus mutare nepoti causam possidendi, quo-

modo mutaret si quod à matre nepos habuit cogere-
tur in legitimam ex aui bonis debitam imputate, *ar-*
gumen. l. 3. §. qui fideicommissum. D. de hered. inst. † At ne-
gandum est ius vllum nepoti competere in dote viuo
auro, saltem iure hereditario, cū non potuerit filia-
familias iure vetere, nec etiam hodie possit in profes-
citatis habere heredem vt à nobis probatum est in su-
perioribus ex l. 2. & l. cum oportet. Cod. de bon. que liber.
quod nobis Institut. per quas person. nob. acquir. Aut si quod
ius in dote nepoti competit, fatendum est habere
eum quicquid illud est ab auro non à matre. † Vide-
amus tamen ne pro Baldo dici possit probabilius eam
esse vim & potestatem consuetudinis vt heredem fa-
cere possit, cū legis potissimum autoritati ea res-
tribuitur *§. quos autem Institut. de bonor. possess.* Quid enim
aliud est consuetudo, quam lex non scripta? *l. de quib.*
32. & seq. l. sed & ea 35. & seq. de legib. Sed ego pro Bar-
tolo respondeo Posse quidem consuetudine heredem
fieri eum qui aliàs heres esse non posset, si ita ferat
consuetudo. Cæterum consuetudinem illam quæ
Martini opinionem adprobauit non illud induxisse
vt heredum nomen acquireretur nepotibus, sed ad
effectum magis quam ad nomen respexisse, & hacten-
us tantum obtinuisse vt dotem quæ ad auum ipso
iure reuerfa esset ab eo auocaret, ac nepotibus appli-
caret: non hereditario quidem iure, sed ex illa æqui-
tate quòd in huiusmodi dote quæ semel à bonis pa-
tris abscississet potior & fauorabilior videretur cau-
sa mariti propter liberos superstites, quam patris. †
Ac sanè si fieri potest quod putat Bartolus, vt dos ad
nepotes alio iure perueniat quam hereditario, non
video cur consuetudinem ita interpretari debeamus
vt heredes faciat nepotes in dote matris. Ita enim fie-
ret vt & rationem & legem vinceret consuetudo, quod
tamen fieri posse negat lex *2. Cod. qua sit long. consuetu.*
Quid rursus si filia præter dotem haberet aliquid ali-
ud profectum à patre? Quis admitteret habere eam
in profectitiis pro parte heredem, pro parte non ha-
bere? Id enim esset prorsus consequens, cū ea con-
suetudo de cuius potestate tractamus ad dotis dunta-
xat causam pertineat, non etiam ad cetera bona quæ
à patre habere filia potest. Sic namque Martino pla-
cuit dotem à patre profectam penes maritum propter
liberos superstites remanere debere. Quod nam verò
mariti ius esse potest in rebus vxoris nisi cū de dote
agitur? † Sed tamen nec illud bene possum videre
quo iure dos acquiri possit nepotibus nisi tanquam
heredibus matris, si non confugas ad id quod proximi-
mè dixi, acquiri ex æquitate potius quam ex iure.
Quod & sensibile videtur, *Alex. ad d. l. post dotem. nu. 28.*
D. solut. matrim. vbi consulit vt nepotes ne quæstio-
ni de imputatione locus superstit protestentur matre
mortua nolle heredes esse matri, sed malle dotem
habere ab auro ex consuetudine Martiniana. Quasi
habere illi possint matris dotem ab auro & viuo & in-
uito, licet nec aui heredes postea sint, nec matris. †
Quod mihi sanè attentius intuenti non modò mi-
rum, sed etiam prorsus improbabile semper visum
est. Consuetudo enim non plus facere potest quam
lex scripta, *d. l. sed & ea & dict. l. 2. Cod. qua sit long. con-*
suet. Lex autem quantumuis scripta nunquam facit
vt possit res vlla acquiri nisi aliquo iure aut titulo
præcedente, nec si traditio à vero domino facta sit, *l.*
nunquam muda. 30. de acq. rer. domin. Ergo nec con-
suetudo faciet, vt dos nepotibus absque titulo & iure
acquiratur. Porro titulus alius esse non potest quam
hereditatis. Dotis enim, cuius capax fuerat filia nullus
superesse potest matrimonio soluto, præsertim quod
ad

ad nepotes attinet, cū dos esse non possit vbi non
est matrimonium *l. dotis appellatio 3. D. de ur. dot.* † Præ-
tereà non intelligo quâ ratione vera esse possit subtili-
tatis illa in qua sibi tantopere placet Bartolus: vt con-
suetudo illa Martini quam appellant, non impediatur
quin dos à patre profecta ad patrem reuertatur licet
superstitibus liberis, sed reuerfam auocet ab auro vt
det illam nepotibus. Siquidem verum illud est quod
suprà sæpius ac sæpius monuimus dotem à patre pro-
fectam ad patrem reuertit, non ex iuris ratione, quæ in
contrarium pro marito faciebat vt dotis dominium
quod semel quæsiisset perpetuò retineret *l. i. eod. tit.*
sed ratione sola miserationis ne pater & mortuæ filix
& amissæ pecuniæ damnum sentiret, in eamque rem
cū ius patris deficeret, necesse fuit ei succurrere vt
scriptum est in *l. iure succursum 6. eod.* vbi quod lex ait
iure non ad iuris rationem referri debet sed ita accipi
vt meritò succursum sit patri. Quorsum verò succur-
ramus patri contra maritum atque adeo contra ipsissi-
mam iuris rationem superstitibus ex præmortua filia
liberis? Si ea consuetudinis potestas est vt ne momen-
to quidem temporis dos filix stet in persona aui, sed
protinus ab eo auocetur & nepotibus acquiratur?
Quenam enim obsecro ita posito iure miserationis
ratio haberetur? aut quis huius miserationis effectus
relinqueretur? An non potius inducere debuerat con-
suetudo vt dos non ab auro sed à patre, penes quem il-
la remansisset auocaretur propter liberos? Cur enim
auro succurramus vt dotem à genero repetat, quam ip-
se tamen sibi habere, & vel momento vno temporis
retinere nō possit? † At nec rursus verū esse vllò modo
potest quod Baldus voluit, Vi consuetudinis factū esse
vt in dote nepos sit heres matris. Omnes siquidem
fatentur erroneam illam Martini opinionem quæ cō-
suetudini originem dedit, eo duntaxat casu receptam
esse quo præmortua sit filia non solum relictis libe-
ris, sed etiam superstiti marito. Nam marito præde-
functo deinde muliere etiam cum liberis, frequentis-
sima nostrorum sententia est dotem à patre profectam
ad patrem superstitem reuertit ex Bartolo in *l. i. nu. 2. de*
dot. præleg. & in l. post dotem, vbi etiam Castrenf. & cæ-
teri *D. solut. marr.* Ratione illa vt puto, Non quòd ma-
rito prædefuncto minus fauorabiles sint nepotes,
quos constat imò esse eo fauorabiliores quo sunt mi-
seriores, amisso, etiam patre, sed quia vt prædixi Mar-
tinus scripserat dotem remanere non penes liberos
ex præmortua filia superstites, sed penes maritum
propter liberos, quomodo & scriptum est in *l. inter 26.*
§. cum inter de pact. dotal. l. si dotali 48. D. solut. marr. l. vlt.
vt legat. nom. caueat. Atqui præmortua filia marito
superstite si ita ius esset ex consuetudine vt dos ad pa-
trem non reuertetur, sed transmitteretur ad liberos
consequens fieret acquiri eam non liberis, sed per li-
beros patri in cuius essent potestate: quod omnium a-
pertissime probat dicta lex *Babius de pact. dot.* in po-
stremis illis verbis *Marullus per filiam heres vxoris.* †
Etsi enim Hadriani Imperatoris constitutione fa-
ctum est vt matris heredes sint liberi etiam qui in pa-
tris potestate sunt *l. sacratiss. 9. D. ad S. C. Tertulliano* sicut &
mater heres est liberorum ex S. C. Tertulliano tamen
si sit illa filia familias *l. filij mater. 6. eod.* Id tamen ita in-
telligendum est vt hereditas Pandectarum iure non
liberis ipsis aut matribus, sed per liberos aut matres
parentibus in quorum erant potestate acquireretur.
Neque enim ante constitutionem Theodosianam in *l.*
unic. Cod. de his qui ant. apert. tabul. poterat filius heres
esse matris aut mater filij citra aditionem, cū nec
mater sua heres esset filio, nec filius suus heres matri

l. 2. Cod. ad S. C. Orfic. l. si auia 6. Cod. de inr. herib. Paul.
lib. 4. sent. tit. 10. §. vltim. Adire porro non poterant nisi
iubente patre in quorum essent potestate vt Iustinia-
nus ipse interpretatur in *§. 1. Institut. de S. C. Tertulliano.* Ergo
nec sibi acquirere sed patri *l. placet 79. D. de acquir. her.*
red. l. 1. D. si a parent. quis manum. quod nec Accursius
ignorauit ad *dict. §. 1. in verb. iussu.* Idque constat aper-
tius ex posteriorum Imperatorum constitutionibus
quæ sunt sub titulo *Cod. de bon. matern.* quibus abroga-
tum est hac parte ius vetus quod ad bona materna
pertinet, ademptumque parētibus dominium solo il-
lis relicto usufructu. Quæ cū ita sint, apparet non
potuisse consuetudinem facere vt in dote matrisher-
es esset filius familias, quippe qui acquisitionis omnino
incapax erat quoties patiebatur pater sibi per eum ac-
quiri. † Etsi autem hodie ius illud potestatis non
impedit quominus sit filius heres matris in dote sicut
in cæteris bonis maternis ex *dict. leg. 1. & 2. Cod. de bon.*
matern. nisi cū dos iure profectitia ad patrem reuert-
ti debet vt in præcedentibus diximus, Non ideo ta-
men verior hodie est Baldi opinio quia illud ex iure
vetere superest vt miserationis ratione æquè fauorabi-
lis sit hodie causa aui aduersus nepotes, atque erat
olim aduersus generum. Nec Iustiniani constitutioni-
bus inductum est vt in dote profectitia facilius here-
dem habere filia familias possit, quam olim emancipa-
ta habuisset, quæ cū in cæteris bonis heredem ha-
bere posset, in dote tamen non poterat si superstite pa-
tre in matrimonio moreretur. *l. si filia 5. D. de dñor. l.*
pater filia 71. de emul. leg. filia mea 59. D. solut. matrimo-
no. lege contra quoque 30. §. sed si emancipata. D. de reli-
gios. & sumptib. funer. † Et vt dicam apertius, fecit qui-
dam Iustinianus copaces acquisitionis filios familias,
inuitis etiam parentibus, in iis nimirum quorum ac-
quisitio anteà per ius patriæ potestatis impediebatur,
idque in ipsorum parentum præiudicium: sed in cæ-
teris quæ nec ipsis parentibus per liberos olim acqui-
ri poterant, cuiusmodi fuisse dotem profectitiam sæ-
pius diximus, nihil sanè innouauit. Ergo nec verum
est quod Bartolus voluit consuetudinem illam Mar-
tini auocare ab auro dotem matris vt applicet nepoti-
bus, nec quod Baldus heredes ex ea fieri nepotes.
Quid igitur Dicendum omnino est, quod suprà pluri-
bus probauimus, ita ius esse vt profectitia dos ad pa-
trem omnimodo & cum effectu reuertatur. † Ex quo
infertur necessario, Imputari ergo eam debere in legiti-
mam quam habere velit nepos ex bonis aui, nec cō-
suetudinem illam quæ ex Martini errore inualuit cō-
trarium ius inducere posse, siue sui iuris fuerit filia
siue emancipata. Quamuis in emancipata viuo ferè ore
interpretes contrà sentiant. † Alterum Baldi argu-
mentum est quòd quæ non conferuntur ea nec in legiti-
mam imputantur *l. illud. 20. C. de collat.* vbi regula
traditur, Conferri omnia quæ imputantur, licet non
sic vice versa verum sit imputari omnia quæ confe-
runtur. Atqui matris dos in ea specie quam tractamus,
cum nepoti minus legitima relictum est ab auro, alio
herede in solidum instituto non conferitur, quia here-
di vniuersali & ex asse scripto non fit collatio. Ergo,
inquit ille, nec in legitimam nepotis imputabitur. Sed
respondendum est captiosam esse ratiocinationem. †
Etenim supradictæ regulæ sensus ille est, Ea quæ non
conferuntur quoties collationis casus contingit, nec
in legitimam imputari debere si de imputatione qua-
rendum sit. Ponendi enim sunt vt vulgo dici solet,
termini habiles. Alioqui vix est vt eodem casu con-
currat de imputatione & de collatione quæstio. De
imputatione enim potissimum queritur, cū testamēto

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam censerī debere non aduentitiam.

SVMARIA.

factum est & de inofficio agitur, si ius vetus spectes, aut ad legitimæ supplementum, conditione ex l. omni modo 30. C. de inoffic. testam. De collatione verò, quo tempore promulgata est d. l. illud & ante Iustiniani nouellam constitutionem 13. De trient. & semis. c. 6. §. illud quoque, nõ poterat disputari nisi cum ab intestato succederetur. l. i. & pass. C. de collat. ¶ Quamuis igitur in 24 proposita specie dos matris non conferatur à nepote, quia collationem petere non possit is qui iam ex alle heres est, sufficit tamen quod cõferenda sit si ab intestato velit nepos succedere, siue cum aliis nepotibus, siue cum auunculis aut materteris, quemadmodum disertè cõstitutum est in d. l. illam 19. C. de collat. Ita demum enim potuisset Baldus dicere, dotem hanc non imputari in 25 legitimam si nõquam nulloque casu conferretur. ¶ Sanè quod in contrarium argumentatur Bartolus, dotè hanc imputari debere quia conferatur, æquè leue est. Nam vt apertè Iustinianus scribit in d. l. illud non omnia imputantur quæ conferuntur. Cuiusmodi erat dos ante legem Quoniam Nouella 29. C. de inoffic. testam. Non enim imputabatur, vt probat illa lex quæ idcirco nouum ius hac parte constituit, & tamen conferebatur nec erat præcipua. l. filia dotem. 4. C. de collat. l. i. & tot. titu. D. de dot. collat. nisi testamentum factum esset l. Pomponius. 35. D. famul. ercisc. l. Teopompus 14. D. de dot. præleg. Sic & aduentitia conferebantur ante l. ult. C. de collat. nec tamen imputabatur l. cum queritur 6. & l. parentibus 3. C. de inoff. testam. Planè posteaquam placuit vt dos & donatio ante nuptias imputentur d. l. quoniam Nouella, Itemque vt aduentitia non conferatur d. l. ult. dici facillè non potest quid hodie conferatur quod nõ etiam imputetur. Censatque tanto magis ratio illa dissimilitudinis quam Baldus contra Bartolum ex iure vetere deducit. ¶ Sūt qui pro Bartolo rationem aliam adferant quod legitima sit debita portio ex eo, quod quis ab intestato habiturus esset dict. l. cum queritur. & l. parentibus. Ab intestato autem nepos succederet auo computata dote matris dict. leg. illam. 19. Cod. de collat. Ergo, inquit, facto etiam testamento si ille minus legitima habuerit ex bonis aui, dotem maternam imputabit. Sed neque ratio hæc mihi probatur. Ita enim sequeretur imputanda esse omnia quæ conferuntur ab intestato, idque iam vetere Digestorum iure obtinuisse. quod apertis verbis Iustinianus negat. in dict. l. illud. Quod rursus Bartolus mouetur ex dict. leg. omnimodo. §. imputari in verb. occasione. Cod. de inoff. testam. quasi imputanda sint in legitimam omnia quæ occasione defuncti ad eum peruenerunt qui legitimam petit, in quorum numero videtur esse dos matris ab auo profecta, cum occasione aui per filiam ad nepotem peruenerit, ad rem sanè non pertinet. Rectè enim Baldus respondet tractare Iustinianum eo loco de occasione rei ad rem, non de occasione personæ ad personam, cuius longè dissimilis ratio est: Cum non tã de illo curandum sit, quid, quàm ex cuius substantia profectum sit id, de cuius imputatione disputatur. Nittur etiam Bartolus d. l. quoniam Nouella vbi constituitur vt tam dos quàm donatio ante nuptias sicut olim conferebantur, ita in legitimam imputentur facto testamento, si modò ea dos aut donatio ante nuptias profecta sit ex substantia eius de cuius hereditate agitur. Sed respondet Baldus nec malè, imputari quidem in legitimam, at illi ipsi cui data est, non alij qui ab ipso habeat iure aduentitio potius quàm à testatore. Aduentitia enim vt diximus, sicuti non conferuntur post leg. vlt. liberis 17. & leg. vltim. Cod. de collat. ita nec imputantur dict. l. scimus §. repletionem Cod. de inoff. testam.

- 1 Dotem hanc si aduentitia sit non debere imputari, si profectitia debere.
- 2 Argumentum quo Bartolus eiusmodi dotem profectitiam esse probat.
- 3 Baldi ad hoc argumentum responsio refutatur
- 4 Causam proximam & immediatam inspiciendam non esse quum de imputatione queritur, sed sufficere vt quod relictum est profectum sit de bonis eius a quo legitima relinqui debuit.
- 5 Quando persona mutatione bonorum quoque conditio mutetur?
- 6 Supradictam dotem nunquam ita filia fuisse vt non aliquid in ea iuris haberet pater.
- 7 Bartoli in proposita questione sententia retinetur.
- 8 An dos rectè profectitia esse probeatur ex eo quod conferatur?
- 9 Eam demum dotem etiam ante Iustiniani constitutiones conferri solutam fuisse quæ profecta esset de substantia eius de cuius hereditate ageretur.
- 10 An si nepos illam dotem tanquam heres matris haberet, non ideo minus tamen in legitimam imputare deberet?

Proposita ¶ igitur questionis cardo in eo vertitur, vt sciamus an dos illa sit nepoti profectitia an aduentitia respectu aui. Si aduentitia est, fatentur omnes non debere imputari dict. §. reuentionem. Si profectitia, debere d. l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. testam. ¶ Et profectitiam quidem esse probat Bartolus hoc ipso argumento, quod eam nepos conferat, cum auo succedit ab intestato d. l. illam 19. C. de collat. Aduentitia enim vt sapius repetij, non conferuntur l. ult. eod. Nec habet Baldus quid ad hoc respondeat, nisi quod proficiscitur quidè dos illa ab auo originaliter vt ipse loquitur, atque adè ordinatiuè quod pertinet ad onus collationis, sed nõ deriuatiuè quod ad imputationem, cum mater sit causa proximior, quæ attendi, inquit, semper debet l. sed etsi sic 6. §. vlt. de leg. 3. Pro quo illud etiã facit, quod dici solet particulã ex positã in fine d. l. quoniam Nouella ibi. si ex substantia eius profecta sit denotare causam proximam & immediatam l. eo tempore 50. in fin. De pecul. l. non dubium. C. de leg. 1. ¶ Sed si verum amamus non satisfacit hæc Baldi responsio. Cur enim minus attendatur causa proxima in collatione quàm in imputatione cum aduentitia nullo modo conferatur? Aut an potest aliquid profectitium simul esse & aduentitium, aut medium inter vtrumque? Ego sanè non animaduerto. ¶ Sed neque verum istud est cum de imputatione queritur inspiciendam omnino causam proximam & immediatam. Sufficit enim vt quod imputadū est profectum sit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit, vt apertè Vlpianus scribit in l. 3. §. pen. de bon. libert. vbi ait. Si patrono implende conditionis causã datum aliquid sit, imputari id debere in legitimam portionem si modò de bonis liberti sit profectum. Si enim causam remotam Baldus intellexit eam quæ non ex iudicio defuncti, sed aliunde proficiscatur, iuxta textum quem allegat in d. l. 6. §. vlt. de legat. 3. Certum est id quod implendæ conditionis causã capitur, licet conditio testamento adscripta sit, non capi iure testamenti, neque ex iudicio testatoris l. si quis 8. D. si quis omiff. caus. testamen. l. id autem 16. l. in quartam 91. in fin. D. ad leg. Falcid. neque ex bonis mortui

mortui vt idem Vlpianus disertè scribit in l. quod conditio 36. de mort. caus. donat. Et tamen imputatur si de bonis eius profectum sit, d. §. penult. Ergo de bonis profectum quid esse sufficit vt imputetur, licet per medium alterius personam nõ ab ipso immediatè testatore accipiatur. ¶ Nec memouet, quod personæ mutatione bonorum quoque conditio mutetur, l. per curat. 90. §. 1. de acquir. hered. l. ult. C. de inoff. testam. l. 2. §. illud potest queri. D. de her. vel act. vendit. l. sed si plures. 10. §. filio impuberi de vulg. & pupil. substit. Id enim tum demum verè dicitur cum ei personæ in quam fit mutatio acquiruntur ex noua causa & pleno iure bona, quæ prius erant alterius aut personæ aut conditionis vt in dictis locis, quod hic sanè non contingit. ¶ Nunquam enim dos adè fuit matris, vt non aliquid in ea iuris haberet pater non solum iure potestatis si filiafamilias esset quæ dotem habebat, sed etiam propter incertum futuræ reuersionis. Quo vel solo respectu dici potest, non esse dotem omnino separatam à bonis patris, à quo semel profecta est, cum & eo nomine datur illi actio etiam constante matrimonio si fundus dotalis euincatur licet proponas filiam emancipatam, d. l. pater filia. 71. D. de euit. & patre iubente cogi possit filia dotalem cautionem renouare, nouamque doti legem dicere, l. vlt. §. siue fideicommissi. vbi est textus singularis de legat. 2. quorum neutrum fieri posset si dos filia data nullo amplius patris iure teneretur. ¶ Verum ergo est, quod Bartolus dotem hanc ait esse profectitiam; nec filia tantum cui immediatè data est, sed etiam nepoti cum de aui bonis profecta sit, nec vnquam pleno iure fuerit matris. Non enim nisi patre mortuo potest filia dotem habere iure proprio, idque ita si eam nondum pater à marito repetierat, l. pater filiam. 14. D. ad leg. Falcid. ¶ Sed quod Bartolus profectitiam esse probat ex eo quod conferatur, non caret dubitatione. Posset enim quis pro Baldo respondere, constitutionem Iustiniani in dict. l. illam, esse anteriorem ea quæ posita est in d. l. vltim. Cod. de collat. ac proinde factam eo tempore quò aduentitia quoque conferebantur, si quidem ante d. l. vlt. ita ius erat, vt aduentitia quoque conferrentur, d. l. filia dotem. 4. C. o. eod. l. 1. §. si sub conditio. 7. D. de dot. collat. Quod si ita est, non possis cum Bartolo inferre dotem filia datam esse nepoti profectitiam ex eo solo quod à nepote cõferatur. ¶ At obseruandum est iam ante Iustinianum, hoc ipsum quod ille constituit in omnibus aduentitiis, d. l. vltim. constitutum fuisse in dote & donatione ante nuptias à Leone in l. vt liberis. 17. C. eod. Nimirum vt ea demum dos & donatio ante nuptias conferretur quæ profecta esset ex substantia eius de cuius hereditate ageretur. Itaq. si dos filia data cõferenda esset nepoti aduentitia non poterat Iustinianus in d. l. illã constituere vt eam nepos conferre ogeretur, nisi abrogata prius, quod ad hanc rem attinet, Leonis constitutione in d. l. vt liberis. Aut saltem fatendum esset hodie post l. vlt. quæ aduentitiorum collationem prohibet, abrogatam hac parte d. l. illam quorum vtrumque falsum est nec ab vilo adhuc, quod sciam, interprete traditum. Maneat igitur firma propositio, dotem hanc nepoti non secus ac filia profectitiam esse, nec fieri posse vt eam viuo auo nepos habeat à matre iure hereditario. ¶ Sed etsi haberet tanquam heres matris, non ideo minus tamen in legitimam imputare deberet, vt ego quidem sentio. Ratione illa quæ perpetuò vrget quod ab ipso auo dos profecta sit, dict. l. quoniam Nouella in fi. C. de inoff. testam. in d. l. 3. §. pen. de bon. libert. Nam si penes ipsam filiam dos erat eo iure vt quandocunque mortuo patre imputare sibi illam de-

beret in legitimam, cur non eodem iure transmittetur in nepotem de legitima in bonis aui contendentem? Si enim præmortua filia, nepotis ex ea superstitis legitima substituitur in locum illius quam petere mater potuisset si superuixisset [vtique enim deberi sanè non potest, sed aut filia tantum, aut nepoti soli, quemadmodum nec vterque simul ab intestato posset succedere, sed aut sola filia si superesset aut nepos solus ea præmortua, aut vterque in vna tantum portione, l. cum emancipatus. 13 §. 1. 2. & 3. D. de bon. poss. conr. tab. l. i. §. penult. de coniung. cum emancip. liber. eius.] Cur non æquum sit nepotis legitimam subire hoc ipsum onus imputationis quod subiisset legitima filia, in cuius locum illa subrogatur? Aut quomodo fieri possit vt dos data filia transmittatur in nepotem, nisi cum eo ipso onere, quo viua adhuc matre iam effecta fuerat, vel meliore cõdicione esse debeat nepos cui data dos non est, quàm filia ipsa cui & data fuerat & debita; Qua de causa Iustinianus in d. l. quoniam Nouella; sic loquitur vt generaliter & indistinctè dicat dotem & donationem ante nuptias siue filio aut filia siue nepoti aut nepti data sit imputari debere in legitimam, non addito eo à quo imputari debeat, vt intelligamus imputari debere quoties de legitima queritur, nec à filio tantum aut filia cui data sit, sed etiam à nepotè aut à nepte sicut & confertur. Eandem enim constituit rationem imputationis & collationis, vt & in l. vnic. §. videamus. C. de rei vxor. actio.

CAPVT XIII.

Quid si filia quæ dotem accepit successione paternæ aut legitimæ cum iureiurando renunciauerit, & de aliis nostrorum in proposita questione distinctionibus.

SVMARIA.

- 1 Communi Interpretum calculo illam renunciationem valere & filiam excludi.
- 2 Et quidem in tantum, vt si filia viuo patre mortua sit relictis liberis; dos illa in legitimam in aui bonis nepotibus debitam imputetur.
- 3 Huius iuris ratio.
- 4 An si nepos non sit heres matris, cui dotem pater pro legitima dederat, sed proprio iure ad aui hereditatem veniat, dos illa nihilominus in eius legitimam imputanda sit.
- 5 Nepotem qui non est heres matris renunciantis deterioris conditionis esse, quam si eius heres esset.
- 6 Quod remedium hoc casu ei superstit?
- 7 Dotem filia datam legitimæ nepotis imputandam esse, siue ille sit heres matris quæ renunciauit, siue non sit.
- 8 Distinguendum hac parte non esse an nepos ille cum auunculis aut materteris, an verò cum alijs nepotibus in eodem gradu constitutis concurrat.
- 9 Retorquetur hac Baldi distinctio aduersus eius sententiam.
- 10 Reprobatur Fulgosi opinio, existimantis ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in legitimam si aliquis ex liberis ab auo institutus sit, non si extraneus.
- 11 Reijcitur alia Interpretum distinctio in hac questione.
- 12 Euertuntur eius distinctionis fundamenta.
- 13 An bona aui a patre confecta in legitimam nepotè imputari debeant?

Sed si finge filiam cui pater dotem dedit accepta dote, ut fieri hodie solet, renunciaſſe paternæ hereditati, adeoque futuræ legitimæ interposito iureiurando, ut cap. *quamuis de pact. m. 6.* Placet omnibus valere renunciacionem & excludi filiam, non illa tantum ratione quod iurauerit, quamquam semper iurandum necessarium est, sed etiam quia hereditariam portionem quam mortuo patre sperare poterat iam eo vivo accepisse & occupasse videatur. Unde illud etiam fit ut si vivo patre mortua sit illis relicta liberis, omnes consentiant esse liberos heredes matris in illa dote, nec tantum in Martini consuetudine, sed ex ipsa etiam iuris ratione: Quod nec ego improbo postquam placuit huiusmodi renunciaciones iureiurando confirmari ut diximus ad finem cap. 10. Atqui eo casu fatentur omnes imputandam esse dotem in legitimam nepotis ratione illa ne bis idem consequatur: quomodo Castrensis disputat in *l. pactum dotali. Cod. de collat.* atque ita Senatus noster sapius pronunciauit. † Hoc vero cur ita? Nisi quod de bonis aui dos illa profecta sit, nec tam de illo queri debeat An filia quæ dotem habuit heres nepos sit necne, quam illud obseruari ne pro filia & nepote ex ipsa suscepto duplex legitima in vna eademque hereditate detrahatur: quod perinde esset ac si admitteremus vtrumque separatim & in solidum singulos auo eidemque patri succedere: quod tamen certum est fieri nullo modo posse, *l. quod contra. 14. l. §. vni duo de regul. iur.* cum neque possint in viriles concurrere propter gradus disparitatem, sublato præsertim hodie ex Iustiniani *Novell. 118. de hered. ab int. est. venient.* edicto illo Prætoris *De coniung. cum emancip. liber. eius.* Quod si nec in solidum nec in viriles filia & ex ea nepos simul possunt succedere, prorsus consequens est ut nec legitimam simul petere a mbo possint, quando, ut sapius dictum est in superioribus, nihil aliud est legitima, quam portio legibus statuta bonorum ab intestato contingentium, *d. l. cum queritur. 6. C. de inoff. testam.* † Indeque nimirum illud etiam infero quod plerique negant, Si nepos non sit heres matris, cui pater dotem pro legitima dederat, sed ex proprio iure & capite veniat ad hereditatem aui, quod illi non obstantem maternam renunciacionem licet, non idem minus imputandum esse in eius legitimam quod mater habuit, qui quamuis hoc casu non bis idem consequeretur nepos, bis tamen pro vna legitima hereditas aui grauaretur, eademque proinde subesset iniquitas non quidem ex parte nepotis, sed propter nepotem ex parte hereditatis, que non nisi vnius legitimæ munere fungi debet. Quam ob causam receptior nostrorum sententia est, Eo casu quo filia legitimam portionem à vivo patre acceperit, non esse admittendum nepotem ad aui successionem tanquam exclusum per successionem potius, quam per renunciacionem filia, nisi ita demum si paratus sit conferre quod mater habuit. † Cui planè consequens est, ut nepos qui non est heres matris, quia dotem maternam conferre non potest, quam non habet, deterioris condicionis sit, quod mirum est quam si heres esset renuntiantis. † Quod ne accidat aliud ei remedium non superest quam ut quod ille in commune conferre non potest sibi imputet in legitimam portionem, ut tanto minus consequatur. Nam & hæc collationis species quædam est, *l. 1. §. quamuis & seq. D. de collat.* Nimirum ne filia renunciatio quæ illi nocere non potest, auo noceat, qui citra renunciacionem aut spem futuræ imputationis dotem filia non dedisset, nec verò dare cogi potuisset. Cur enim cum auo petus agatur mortua filia, quam si ipsa viueret, † Omni ergo casu dos filia data in legitimam

nepotis imputanda est, quamuis multo magis si heres ille sit matris quæ renunciauit ut omnes fatentur. Quod si ita est cur negant imputari debere si dotem habeat nepos tanquam heres matris quæ non renunciauerit? Nam quæ obsecro inter vtrumque casum differentia est, nisi quod cum renunciatio facta est, expressa conuentione fit ut in eius cui dos data est, legitimam imputetur. Nulla verò facta renunciacione, hoc ipsum fit non vi pacti, sed ex iuris interpretatione per Iustiniani constitutionem in *dist. 1. quoniam Nouella.* † Quare nec probare possum distinctionem illam Baldi licet à plerisque probatam quam is ipse fatetur ex æquitate magis quam ex iuris ratione subsistere in *d. l. illam. 19. C. de collat.* Ut si nepos sit heres matris, & de aui successione contendat cum auunculis aut materteris, imputet sibi in legitimam dotem matris, quasi hoc casu repræsentet ille matrem, nec plus iuris habere ex illius persona possit, quam haberet illa si viueret, *arg. l. si vna matre. C. de bon. mater.* Si verò concurrat cum aliis nepotibus in eodem gradu constitutis, non imputet, quia tum ex proprio iure, & capite succedat. Nam imò verò vtroque casu succedit nepos ex proprio iure, nec si succedat cum auunculis aut materteris repræsentat personam matris, sed gradum, quemadmodum latius dicemus in Disputationibus nostris forensibus. Proinde non debet eo casu deterioris condicionis esse nepos, quam si cum aliis nepotibus ad aui successionem vocaretur. Nec rursum si succedat cum solis nepotibus plus iuris habere debet, quam haberet mater si viueret, ne alioquin ei qui in gradu remotior minusque fauorabilis est magis faueamus. † Prodest tamen hæc distinctio ut prædictam Baldi pro nepote sententiam iniquissimam esse intelligamus. Nam si fatetur ille iniquum esse ut nepos succedens cum auunculis & materteris præcipuam habeat matris dotem, licet sit etiam heres matris, tamen eo quoque casu veniat ille ad aui hereditatem ex proprio capite, nil obstante matris renunciacione [alioqui nullo modo admitti posset.] Cur non & iniquum sit quamuis cum aliis succedat nepotibus? Sed neque illud probabile puto quod Fulgofius scripsit in *d. l. quoniam Nouella.* Ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in legitimam si ab auo institutus sit aliquis ex liberis, non etiam si extraneus, *arg. l. fin. C. commun. vtriusque iudic.* Cum enim hæc imputandi necessitas non minus ex vera iuris ratione quam ex æquitate proficiscatur, ut diximus, non video cur vno casu imputatio fieri debeat potius quam altero: licet non desint qui eam distinctionem summa nitenti dicant æquitate. Non est siquidem dicenda æquitas quæ legibus probata non est & informata, *l. bona fides. 31. D. de posuit.* Quare & Castrensis ipse qui Fulgofium refert in *d. l. quoniam Nouella.* eundem hac in re non immeritò reprehendit. † Denique constat ex superioribus frustra in quaestione ista solitos nostros distinguere, quibus verbis concepta sit restituenda dotis stipulatio, An scilicet stipulatus sit pater reddi filia dotem eiusque liberis tanquam heredibus, aut quod idem est passus sit filiam sibi stipulari, Aut sibi quidem reddi pater ipse stipulatus sit, sed in eum duntaxat casum qui defecerit, si filia sine liberis decederet. An verò sibi soli in omnem casum aut etiam nepotibus, non quasi matris heredibus, sed ut quibus prudenter ille ac prouidè prospicere voluerit pro sua erga eos voluntate. † Nituntur enim distinctiones istæ duplici fundameto, Quorum vnum illud est Valere donationem à patre collatam in filiam familias ex causa dotis, Alterum posse filiam familias habere heredem in dote sibi

fibi donata. At vtrumque falsissimum esse iam probauimus in superioribus, nec Digestorum tantum iure de quo minus dubitari potest, sed etiam ex Iustiniani constitutionibus, Nihil enim quod ad bona profectitia pertinet, immutatum est, *l. cum oportet. C. de bon. qua liber.* præsertim quod ad ea quæ rationem aliam habebant quam patric potestatis. Sed neque abrogatum illud est, quod de donationibus parentum in filios familias collatis Iustinianus ipse constituit in *l. donationes parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* ut scilicet non prius valeant quam donatoris morte sint confirmata. † Planè si quaratur de bonis auitis à patre cõsumptis, verius puto non debere illa imputari in legitimam nepotis, licet non ignorem aliter visum Carolo Molino *conf. 35. numer. 26.* Mouetur enim falsa ratione, Quod, inquit, patrem nepos repræsentet. Id verò nos iam negauimus. Succedit namque nepos auo ex proprio iure & capite, nec patris personam repræsentat, sed duntaxat gradum: Longeque alia ratio est dotis quam mater habuit in eam nominatim causam ut futuræ successioni renunciaret, aut saltem sibi dotem illam quandoque in legitimam imputaret, non aliter ut diximus habitura.

CAPVT XIII.

An quoties vltimo ex heredibus aut legatariis aut fideicommissariis decedenti substitutio fit, inducatur inter eos reciproca.

SVMARIA.

1. Eum qui vltimo ex pluribus heredibus repudians vulgariter substitutus est, perinde haberi ac si solus & primo loco institutus esset, & vniuersam hereditatem habere.
2. Reciprocam tacitam substitutionem eo casu inter cohæredes non induci.
3. Quando hæc substitutio reciproca tacita in commodum vltimi aduentis inducatur?
4. Ratio à Ripensi reddita propter quam non potest induci reciproca fauore eius cui vulgaris substitutio facta est.
5. Cohæredes inter quos sit locus iuri accrescendi inuicem vulgariter nonnunquam substitui.
6. Commodius aliquando esse ex substitutione quam ex iure accrescendi succedere.
7. Cur hoc in proposita initio quaestione locum non habeat?
8. Tres circa propositam initio quaestionem tractatus & casus in pupillari substitutione excutiendi.
9. Quarto casu, quo scilicet pupillaris substitutio facta sit pluribus impuberibus institutis, reciprocam nullam substitutionem induci.
10. Eo casu, quo post institutos plures impuberes vnus ei substitutus datus est, substitutum non prius admitti, quam impuberes omnes decesserint.
11. An si impuberum mater sit in medio, substitutus in præiudicium eius & superstitium impuberum admittatur?
12. De primo casu & quaestione, an si vltimo decedenti ex pluribus impuberibus pupillaris substitutio facta sit, reciproca pupillaris inter ipsos impuberes inducatur.
13. Quorundam Interpretum circa hanc quaestionem distinctio, eiusque ratio.
14. Dini sententia & distinctio retinetur.
15. Differentia inter directam & fideicommissariam substitutionem.
16. In directa substitutione nec de casu ad casum, nec de

persona ad personam extensionem sine constitutione fieri posse.

17. Excuitur Bartoli responsio ad l. vel singulis. ff. de vulg. & pupill. substitit.
18. Pupillarem substitutionem fieri non posse quin totam pupilli hereditatem complectatur.
19. In primo casu & quaestione totam patris hereditatem ad substitutum pupillarem non magis peruenire ex tacita reciproca substitutione, quam si nulla induceretur.
20. Quid inde inferri possit, si ex ea substitutione tacitam reciprocam tam directam quam fideicommissariam inducatur?
21. Cur reciproca tacita, nec directa nec fideicommissaria ex eo solo induci possit quod vltimus decedens ex impuberibus substitutum habuerit in tota patris hereditate?
22. An tacita reciproca pupillaris ad hoc utilis esse possit ut ex ea fratres sibi inuicem sint heredes necessarii?
23. Quoties nouissimo ex impuberibus decedenti substitutus, fratres illos ex patris voluntate perinde sibi inuicem ab intestato necessarios esse, ac si ex pupillari substitutione succederent.
24. Confirmatur hæc sententia iuris & legum auctoritate.
25. Declaratur l. qui duos. de reb. dub. & ex ea rationes ad confirmationem superioris sententia petuntur.
26. Tutorem non potuisse infantis nomine pro herede gerere, sed tantum bonorum possessionem agnoscere.
27. Baldi interpretatio ad d. l. qui duos reuocatur.
28. Alia Bartoli explicatio reseruat.
29. Fratres impuberes in specie dicitur l. qui duos inuicem substitutos non fuisse.
30. Vis pupillaris illius substitutionis qua vltimo decedenti facta est.
31. Cur iure Pandectarum necesse non sit primo casu reciprocam tacitam ad hoc inducere, ut tota hereditas ad nouissimum impubere, deinde ad substitutum perueniret?
32. An nouo iure reciproca inducenda sit ad excludendam matrem qua in præmortuorum filiorum hereditate concurreret, & impediret ne tota hereditas ad substitutum perueniret?
33. Quando locum habeat illud quod vulgò dicitur, per tacitam pupillarem matrem à legitima non excludi, nec per eam qua sub compendiofa continetur?
34. Ratio propter quam Ripensis existimauit ad matrem prorsus excludendam reciprocam pupillarem per interpretationem induci debere.
35. Ratio in contrarium assertur.
36. Eum qui nouissimo tantum impuberi substituit, non ideo minus videri voluisse ut mater illius qui ab intestato decederet cum superstitibus succederet.
37. Non debere hac parte fauorabiliorem esse extraneam quam matris causam.

In vulgari substitutione non potest locum habere hæc disputatio. Nam si ponas pluribus heredibus institutis puta Titio, Caio, Sempronio, vltimo ex eis repudiantibus vulgariter substitutum Mæuium, Constat repudiantibus omnibus succedere Mæuium ex vulgari substitutione tanquam solum institutum, nec in portione tantum ex qua scriptus fuerat is qui vltimus repudauerit, sed in tota hereditate, quoniam & tota hereditas vltimo repudianti delata erat, cæteris portiones suas omittentibus: Et priore institutionum gradu per omnium institutorum repudiationem extincto reuocatur vulgaris substitutio ad intellectum institutionis, perindeque habetur substitutus ac si so-

lus & primo loco institutus esset, *l. quidam testamento. 30. l. cum ex filio. 39. §. vlt. de vulg. & pupill. substit.* † Itaque cum reciproca tacita nunquam inducatur nisi vt qui vltimo substitutus est totum habeat non aliter totam habiturus, *l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis de leg. 2.* frustra induceretur reciproca inter coheredes ad hoc vt qui vltimo repudiati substitutus esset vniuersam haberet hereditatem. Sed etsi reciproca facta esset expressim tamen substituto prodesse non posset, quia vltimo instituto post aliorum repudiationem aduente siue ex reciproca, siue ex institutione, vulgaris substitutio euanesceret, quae non nisi repudiati vltimo facta esset, *l. post aduam. 5. Cod. de impub. & alijs substit.* Non ergo inducenda est tacita in eum casum quo nec expressa valeret. † Quae ratio facit vt nec in commodum vltimi aduentis induci debeat. Nunquam enim inducitur propter commodum eius cui substitutus datus est nisi velut in necessarium antecedens maioris commodi quod ad substitutum peruenire deberet, si substitutionis vltimo decedenti aut repudiati facta casus contingeret. Cum igitur fieri nequeat, vt commodum vltimi ex institutione aut substitutione reciproca siue expressa siue tacita perueniat ad eum cui vulgariter substitutum est quin substitutio statim euanescat, nulla ratio est vt ex vulgari illa expressa inducatur reciproca tacita in fauorem eius qui non nisi in casum repudiationis substitutum habuit. Nec sane ratio alia huius propositionis quaerenda est. † Nam quod Ripensis scripsit ad *§. cum ual. heredes mei. 57. ad S.C. Trebell.* non posse induci reciprocam fauore eius cui vulgaris substitutio facta est, quia vt totam hereditatem, habeat satis illi consultum sit per ius adcrecendi ad rem non pertinet. Quid enim si mallet ille ex substitutione, quam ex institutione succedere? Vtiq; ei permittendum esset si reciproca induci posset substitutio, *l. si tu ex parte. 76. D. de acquir. hered. l. Iulianus. 26. in fin. D. si quis omiff. caus. testam.* † neque nouum est aut absurdum inuicem substitui vulgariter coheredes, inter quos sit locus etiam iuri adcrecendi, *l. coheredi. 41. in princip. & §. 1. §. qui discretas. §. qui patrem & pass. D. de vulg. substit. l. si ex pluribus. 9. D. de suis & legit. quamuis & ipsum ius adcrecendi tacita quaedam substitutio dicatur *l. si Titio. 61. §. Iulianus de legat. 2.* † Imò & fieri potest aliquando, vt commodior sit vni ex coheredibus substitutio, quam ius adcrecendi, puta si ex pluribus coheredibus quidam coniuncti sint, quidam separati. Nam in iure adcrecendi praerferuntur, qui sunt coniuncti, *l. item quod Sabinus. 17. §. 1. l. heres sine partibus. 63. D. de hered. instit.* At coniunctis praerferretur substitutus, *l. 2. §. si duo. D. de bon. poss. secund. tabul. l. vnic. §. in primo & seq. C. de caduc. tollend.* quamquam & reciproca substitutio sic in dubio interpretanda est vt qui coniuncti sunt, primo loco inuicem substituti videantur, *d. §. qui discretas.* † In quo tamen obseruandum est, hoc quod dicimus commodius esse aliquando vt succedatur ex substitutione quam iure adcrecendi, non posse in casu quaestionis nostrae contingere. Ponimus enim repudiatam ab omnib. hereditatem, praeterquam ab eo cui vulgaris substitutus nominatim datus sit. Non potest autem coniunctio sicut nec ius adcrecendi repudiantibus prodesse, *l. vnic. C. quad. non petent. part. petentibus adcrec. l. si totam. 83. de acquir. hered.* † In pupillari substitutione multiplex quaestio nis huius tractatus esse potest. Primus ille An si vltimo decedenti ex pluribus impuberib. substitutio pupillaris facta sit reciproca pupillaris inter ipsos impubes inducatur. Secundus, An reciproca saltem fideicommissaria. Potest enim fideicommissaria esse utilis,*

non solum si negetur induci reciprocam pupillarem, quae vt mox dicemus, inducitur difficiliter, sed etiam si forte contingat irritam fieri pupillarem illam reciprocam superueniente alterutrius ex impuberibus pubertate, *d. l. coheredi. 41. §. cum pater. iunct. leg. iam hoc iure. 4. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Tertius quaestionis casus esse potest si non dilecte pupillaris facta sit, sed compendiosa, vt interpretes vocant, quae pupillarem quoque sub compendio verborum contineat, & facta sit vltimo decedenti, An inducenda sit reciproca aliqua siue directa siue fideicommissaria. † Taceo quartum illum casum quem praestantissimi iudicij vir Didacus Couarruias tractat ad *cap. Reynurus. §. 8. nu. 5.* Si pupillaris substitutio facta sit pluribus impuberib. institutis. Nam siue facta sit in tota hereditate, siue etiam sub nomine collectiuo, certum est nullam induci reciprocam, neque dubitari nisi locum esse posse, nisi cum substitutio facta est vltimo decedenti. † Quamuis & eo casu quo post institutos plures impuberes vnus eis substitutus datus est, non prius admittatur substitutus quam impuberes omnes decesserint. Seruatur enim inter ipsos impuberes ordo successionis ab intestato, quia censentur praedilecti cum sint ex liberis, *leg. vel singulis. 37. vbi Bartol. & caseri de vulg. & pupill. substit.* † Vnde illud etiam fit, quod tamen mirum videri possit, vt si impuberum mater sit in medio, & talis quae superstitibus praemortuorum fratres excludat ab intestato, puta quod sint illi ex vno tantum latere coniuncti, *Auth. sancto. C. ad Trebell.* admittatur substitutus non tantum in praedilectum matris, quam certum est omnino excludi, adeoque a legitima per pupillarem specificam & expressam, *leg. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. D. de test. vlt. sed etiam in praedilectum superstitum impuberum.* Quibus nimirum nulla sit iniuria si excludantur a substituto, cum & a matre defuncti in successione intestati excluderentur. Hanc enim receptiorem esse nostrorum sententiam refert Didacus supradicto loco post Baldum & alios in *l. pen. C. de impub. & alijs substit.* licet dubiam esse dicat. Sed in eo tamen quod dicimus ex huiusmodi substitutione quae vltimo decedenti nominatim facta non sit, nullam induci reciprocam, non est qui dissentiat. Caeteri autem casus quos discutendos proposuimus sunt sane perquam maxime controuersi. † Nam quod ad primu pertinet, extat quidem Florentini Iurisconsulti sententia in *d. l. vel singulis*, a Iulianiano repetita in *§. vel singulis. Instit. de pupill. substit.* Si pater qui plures liberos impuberes instituerat, ei qui nouissimus moreretur substituerit Sempronium, non videri liberos inuicem pupillariter substitutos, sed eam potius voluntatem patris fuisse vt inter eos conferuaretur integrum ius legitimarum hereditatum: is autem solus substitutum haberet qui nouissimus moreretur. † Sed tamen frequentior interpretu opinio est, distinguendum esse An in tota patris hereditate substitutus vltimo decedenti datus sit, an in portione tantu vltimi morientis. Hoc enim casu consentiunt omnes nullam induci reciprocam siue directam, siue fideicommissariam. Priore vero placet plerisque induci reciprocam, adeoque directam & pupillarem, *arg. d. l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis de leg. 2.* Ita Didac. in *d. §. 8. nu. 6. post Bart. Imol. Aret.* & alios in *d. l. vel singulis. Rp. in d. §. cum ita num. 21.* qui dicit hanc esse veriore magisque receptam opinionem. Cuius & illam rationem reddit, quod non possit tota hereditas peruenire ad vltimum impuberem superstitem nisi per pupillarem, ideoque videatur hoc etiam casu subsistere ratio dicti *§. Seia libertis*, vbi Paulus inducit reci.

reciprocam fideicommissariam inter collegatarios, quorum vltimus decedens rogatus fuerat fundum legatum aliis quibusdam post mortem suam restituere. Non alia voluntatis coniectura, quam quod aliter fieri non posset, vt fundus ille totus a nouissimo legatario fideicommissariis restitueretur. † Mihi tamen contraria sententia verior sepe visa est quae fuit Dini in *d. §. Seia*, distinguētis hac parte directam substitutionem a fideicommissaria: propterea quod fideicommissaria facilius inducitur, quam directa. † Fideicommissaria enim solis coniecturis niti potest, Directa vero non nisi directis, & expressis verbis constituitur, *l. cum proponeretur. 64. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. l. qui solidum. 78. §. 1. de legat. 2. l. fideicommissa. 11. §. haec verba. l. nutu. 23. de legat. 3. iunct. d. l. vel singulis. 37. de vulg. & pupill. substit. l. vberibus. 29. C. de testam.* Fateor aliquando accidere vt directa substitutio interpretationem recipiat ex coniectura voluntatis, vt in *d. l. iam hoc iure. 4. §. 1. & l. quidam testamento. 30. de vulg. & pupill. substit.* Sed nego eam induci vilo casu per solas coniecturas, ob eamq; nimirum causam opus fuit Imperatorum constitutione vt casus vulgaris trahi posset ad pupillarem, & contra, pupillaris ad vulgarem, *d. l. iam hoc iure in prin.* † Quod si extensio de casu ad casum sine constitutione admitti non potuit, multo minus admittenda erit de persona ad personam: Haec enim difficilior est, *l. si quis ita. 16. §. pen. D. de testam. tutel.* Atqui fieret extensio de persona ad personam ex pupillari substitutione facta vltimo ex liberis impuberibus decedenti, reciproca pupillaris inter ipsos impuberes induceretur. Ergo nec inducenda est. † Itaque contra Bartolum textus est apertissimus in *d. l. vel singulis*. Ad quam aliud respondeo non potest quam quod respondent quotquot opinionem eius sequuntur, non proponi eo loco factam vltimo ex impuberibus decedenti pupillarem substitutionem in tota hereditate. Quod tamen quale sit non possum ego intelligere. † Nam quod vulgo iactari solet post Castrensem in *l. si pater impuberes. 25. D. de vulg. & pupill. substit.* eum qui vltimo decedenti simpliciter substitutus est non nisi in vltimi portione substitutum intelligi, non pertinet ad pupillarem substitutionem quae sane fieri non potest, quin totam pupilli hereditatem complectatur, siue is a patre tantum, siue aliunde etiam bona habuerit *lege sed si plures. 10. §. ad substitutos eod.* ne alioqui videretur pupillus contra vulgares iuris regulas decedere pro parte testatus pro parte intestatus. † Quod si ponas vltimum ex impuberibus decedenti substitutum Sempronium in tota hereditate patris, quomodo videtur Bartolus intellexisse, Non video tamen, qua fieri ratione possit vt tota patris hereditas ad substitutum pupillarem magis perueniat ex tacita reciproca, quam si nulla induceretur. Quid enim si ex impuberibus quidam praemortuus sit factus pubes superstitis tamen impubere? Nemo dubitat, quin quod ad eum spectat qui pubes decessit pubertate finita & irrita facta sit substitutio, *d. l. coheredi. 41. §. cum pater leg. in pupillari. 14. D. eod.* nec tamen ideo minus admittetur substitutus ad hereditatem nouissimi si modò impubes ille decesserit, *d. l. §. cum pater*, reperietque in hereditate ipsius hereditatem praemortui puberis si testatus non sit, At non ratione tacitae reciprocae pupillaris quae vt dixi extincta est, sed propter seruatum a pubere, qui testari potuerat, integrum ius legitimae successionis. Idemque tractari potest etsi pupillaris reciproca expressim facta proponatur vt in *d. l. si pater impuberes*. † Sed finge vt ei magis faueas qui vltimo decedenti impuberi substitutus est in tota patris hereditate ex ea substitutio-

ne inducendam tacitam reciprocam non modò directam, sed etiam fideicommissariam, Quid inde obsecro inferas? Nimiru pubertate alterutrius ex iis quoru nouissimo decedenti substitutus datus fuerat non esse finitam fideicommissariam, *leg. verbis ciuilib. 7. D. eo. leg. precib. in fin. C. de impub. & alijs substit.* Sed an ideo effeceris vt tota hereditas patris ad substitutum pupillarem perueniat, contingente in persona nouissimi casu substitutionis? Minimè verò. Non enim faciet inductio reciproci fideicommissi quominus possit is qui pubes factus est legitimam saltem detrahere, in qua scilicet certum est non potuisse etiam grauari fideicommissio, *leg. si adrogator. 22. §. 1. D. de adopt. d. l. coheredi. 41. §. cum sita de vulg. lege ex tribus. 16. C. de inoff. testam.* Imò & praeterea Trebellianicam ex iuris Pontificij constitutione. Ita igitur fiet vt neque hoc casu tota patris hereditas ad pupillarem substitutum perueniat, nisi forte & hic ponas voluisse puberem decedere intestatum: quod cum accidit non tacita illa reciproca fideicommissaria dat substituto vniuersam patris hereditatem, sed ordo ipse successionis intestati quae plenior & vberior est. † Non ergo potest induci reciproca tacita siue directa siue fideicommissaria ex eo solo quod vltimus decedens ex impuberibus habuerit substitutum in tota patris hereditate, cum ea testatoris voluntas non alio casu effectum fortiri possit, quam illo ipso etiam si reciproca nulla esset idem tamen contingeret, hoc est si liberi omnes intestati decesserint solo superstitis impubere cui ex pupillari succedatur. † Dices fortasse imò posse tacitam reciprocam pupillarem vtilem esse ad hoc vt ex ea sint fratres sibi inuicem heredes necessarij, *l. 2. §. primus interem dict. leg. sed si plures. §. quos possum D. de vulg. & pupill. substit.* cum ab intestato non sint nisi voluntarij, nisiq; necessaria sit aditio ad acquirendam hereditatem, *leg. quoniam sororem. 7. vbi DD. Cod. de iur. deliber.* Indè enim posse contingere vt etiam intestati fratris praemortui hereditas ad substitutum pupillarem nunquam perueniat, si forte impubes nouissimus qui substitutum habuit prius decesserit quam fratris hereditatem sibi ab intestato delatam agnouerit: quod non eueniret si pupillaris aliqua esset inter fratres reciproca siue expressa siue tacita, per quam praemortuorum ab intestato fratrum hereditates fratri superstiti ipso iure acquirerentur. † Sed respondeo quod nemo fortasse ad hoc dixit, Quinimò quoties nouissimo ex impuberibus decedenti substituitur seruari quidem integrum ius legitimarum hereditatum inter fratres. Sed tamen ex patris voluntate perinde esse illos sibi inuicem ab intestato heredes necessarios, ac si succederent ex pupillari substitutione, Ratione illa, quod alioqui certu non esset euenturum quod pater euenire omnino voluit vt inter eos conferuaretur integrum ius legitimae successionis, vtque per nouissimi impuberis personam tota ipsius patris hereditas ad substitutum deuolueretur. Cum enim constet hic de patris voluntate, de iure quaerendum non est quippe quod ex ipsius patris arbitrio constituatur, *d. §. quos possum*. Nam cur difficiliter permittatur patri vt faciat fratres fratribus & ab intestato heredes necessarios quò hereditas ad nouissimum impuberem cui pupillariter substituit, tota confluat, quam si eos inuicem substitueret? An non eadem vtroque casu patri voluntas est, nisi quod altero vult omnes decedere testatos, altero solum eum qui vltimus impubes morietur? Caeterum effectu ipso id sane vnum mente agit vt si intestati omnes decedant solo superstitis impubere, vniuersa successio ad impuberem illum, deinde ab impubere perueniat ad

substitutum. † Idque nimirum est quod Tryphonius scribit in *leg. qui duos. 9. de reb. dub.* Si duo impuberes quorum nouissimo decedenti substitutus fuerat Titius simul in naue perierint, sed ordine tamen ut constet alterum prius decessisse, Priori mortuo fratrem qui superuixit ab intestato heredem esse, posteriori uero soli substitutum, sed ita tamen ut in ea posterioris hereditate etiam prædefuncti filij hereditatem inueniat. Quod & Papinianus sensit in *l. qui duos. 42. de vulg. & pupil. substi. & in d. l. pater filium. 14. §. ult. D. ad leg. Falcid.* † Quomodo enim fieri possit ut duobus impuberibus simul licet ordine in nauis mortuis alter alterius heres esset, si non esset necessarius? Vtique enim constat non posse pupillum adire hereditatem sine tutoris autoritate, *l. pupillus. 9. D. de acquir. hered. l. cum in una. 17. §. tutor. de appellat.* An ergo tutor quoque in nauis fuisse & prioris defuncto superuixisse diuinabimur? At neque hoc satis erit si non præterea diuinemus tutorem tam cito autoritatem præstare uoluisse pupillo ut hereditatem adiret nulla deliberatione præcedente: quod tamen de prudenti tutore & patrefamiliâs nunquam facile præsumendum est propter periculum latentis æris alieni. *l. 4. D. ad S. C. Trebellian.* Sed & diuinandum illud erit impuberes istos non fuisse infantes saltem eum qui superuixit. † Nam nec infans adire potest nec pro herede gerere etiam tutore autore, *d. l. pupillus.* Nec permittebatur olim tutori ut infantis nomine adiret aut pro herede gereret ante Iustiniani constitutionem in *l. si infans. 18. Cod. de iur. deliber.* sed tantum ut illius nomine bonorum possessionem agnosceret, *l. seruus. 7. §. impubes. D. de bon. possess.* quam & agnosceret quilibet alius poterat, *l. 3. C. qui admitt. ad bon. possess.* agnitio autem bonorum possessionis in nauis fieri non poterat præsertim ante *leg. ult. eod.* quæ solennitates sustulit antea requisitas. Restat igitur ut nullo modo potuerit frater fratri heres esse in nauis quin fuerit necessarius & ipso iure. † In quo sanè parum subtilis fuit Baldus qui in *d. l. si infans. 18.* scripsit ita intelligendam esse, *d. l. qui duos*, ut nouissimus impubes non tam citò defunctus fuerit, quin fratris præmortui hereditatem prius adire potuerit. Non animaduertens tractari eo loco de impubere qui nec uolens per se ut dixi adire potuisset. Ut illud taceam quod Baldus ipse ibidem fatetur non esse uerisimile periclitantem fratrem in nauis deliberare de fratris ante oculos iacentis hereditate adeunda, ac non potius de salute & uita cogitare. † Nec subtilior Bartolus qui Iacobum de Aretio secutus defendit contra manifestas iuris regulas & aperta legis uerba, non fuisse quidem in specie *d. l. qui duos*, fratrem fratri heredem ab intestato, sed tamen transmisisse in substitutum beneficium impetrandæ restitutionis in integrum ad adeundam præmortui fratris successionem. Quæ sententia pugnat ex diametro cum *d. l. si infans. leg. 1. C. de restit. milit.* & ex iis quæ alio loco in hæc rem dicemus clarissimè refellitur. † Quod uero Castrensis scribit ad *d. l. qui duos de reb. dub.* præmortui fratris hereditatem non aditam non aliter reperiri posse in hereditate nouissimi, quam si sint illi inuicem substituti prorsus falsum est, & contra legem ipsam, quæ satis negat impuberes fuisse inuicem substitutos, cum ait fratrem fratri heredem esse ab intestato. Facta enim pupillari substitutione quæ testamentum est impuberis, frater substitutus non est ab intestato sed ex testamento heres diceretur *leg. 2. & pass. Digest. de vulg. & pupil. substi. leg. mater. 27. D. si quis omiff. causis. restit. & quidem necessarius leg. Iulianus. 42. alias l. si pupillus Digest. de acquir. hered.* Et tamen lex ait, præ-

mortui fratris hereditatem quæ nec adita sit, nec adiri potuerit in nouissimi impuberis hereditate reperiri. Illud ergo necessariò relinquatur, quod uolumus, in ea specie, hoc est quoties nouissimo ex impuberibus decedenti datus est substitutus, fratrem fratri ab intestato heredem esse necessarium, sicut esset ex testamento necessarius si essent illi aut expressè aut tacitè inuicem substituti. † Ea namque vis est pupillaris illius substitutionis quæ ultimo decedenti facta est, ut in successione quoque intestati fratrem fratri heredem faciat necessarium, Ne alioqui fraus fiat uoluntati patris, qui totam suam hereditatem ex persona nouissimi impuberis ad substitutum peruenire uoluit, quauis per uiam legitimæ successionis, Ut proinde aliud admitti debeat si ne nouissimo quidem substitutus datus sit. Tunc enim fratris præmortui hereditas non acquireretur superstiti ipso iure & citra agnitionem, *d. l. quoniam sororem. 5. C. de iur. deliber.* † Atque hæc quidem expeditum meo iudicio tractatum habent secundum ius Pandectarum quo obtinebat ut in fratris consanguinei successione nec mater cum filio, nec frater ueterinus tanquam qui esset extraneus, concurreret cum fratre consanguineo defuncti, *leg. si qua mulier. 4. D. ad S. C. Tertul. §. 1. Instit. eod. §. 1. Instit. de leg. agnat. success.* Inde siquidem fiebat, ut dato pupillari substituto ei qui ex impuberibus nouissimus moreretur, nihil necesse esset reciprocam tacitam inducere ad hoc ut tota hereditas ad nouissimum impuberem, deinde ad substitutum perueniret. Nemo enim erat, qui legitimæ & necessariæ inter fratres successionis ordinem posset interuere. † Sed cum hodie iure illo utamur ex Iustiniani constitutionibus, ut concurrat mater in successione filij cum fratre qui utrinque defuncto coniunctus erat, & fratri tantum consanguineo præferatur, *Auth. cessante Cod. de legit. hered. §. 1. uel. 118. de hered. ab intest. ueniens. cap. 1.* dubitari probabilius potest An necessariò inducenda sit reciproca ad excludendam matrem quæ alioqui in præmortuorum filiorum hereditate cum superstitibus ut dixi concureret, atque ita faceret contra uoluntatem patris ne tota hereditas ad substitutum peruenire posset. Admissa enim reciproca quamuis tacita, certum esset prorsus excludi matrem etiam à portione legitima, fauore superstitum liberorum, eorundemque substitutorum, † Nam quod uulgo dici solet per tacitam pupillarem non excludi matrem à legitima, at neque per eam quæ sub compendiofa continetur, licet expressam uerbis generalibus secundum receptam Decij sententiam in *l. precibus man. 26. C. de impub. & alijs substitut.* toties locum non habet quoties substitutus est ex liberis testatoris, ut taceant nostri post Acursum in *d. l. precibus*, & similiter in reciproca post Bartolum in *l. Lucius. 45. de vulg. & pupil. substi.* quam sententiam Senatus quoque noster sequi solet. † An ergo ad matrem prorsus excludendam inducenda hodie erit per interpretationem reciproca pupillaris. Sic putat Rip. post cæter. in *d. l. §. cum ita nu. 21.* ratione illa quam diximus, quod non posset aliter tota patris hereditas ad ultimum impuberem deuenire. † Sed in contrarium illud perpetuo urget quod nunquam possit directa substitutio induci siue reciproca illa sit siue alia, nisi per uerba directa, quæ si nulla sint, sola testatoris uoluntas, quantumuis de ea constat, non potest inducere directam substitutionem, sed tantum fideicommissariam, ut omnium elegantissimè & apertissimè probat, *d. l. cum proponeretur. 64. de leg. 2.* quæ est de reciproca tacita substitutione. † Et quemadmodum cum substitutione fideicommissaria ultimo ex impuberibus decedenti facta est

in tota

in tota hereditate, non ideo sit quominus detrahatur per legitimos nouissimi impuberis heredes & legitima & Trebellianica ut idem Rip. fatetur numero 22. in *fine. post Ares. in lege post. 36. in fin. de uulgar. & pupilla. substi.* per textum in cap. si pater de testamen. in 6. quamuis ea detractio faciat contra uoluntatem testatoris ne totam hereditatem substitutus ex fideicommissio habere possit, Nimirum quoniam non potuit testator facere quin leges in suo testamento locum haberent *leg. nemo. 55. de legat. 1. unctæ leg. inuenimus. 6. cum ibi notat. Codic. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ita & admittendum est cum testator nouissimo tantum impuberi substituit licet in tota sua hereditate, non ideo minus uideri eum uoluisse conseruatum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum, quod superfit mater quæ partem successionis ablatur sit. Id enim ex ipsius patris uoluntate potius fieri credendum est, qui si matrem à luctuosa liberorum successione excludere uoluisse, utique liberos inuicem substituisset, Nimirum sciens fore ut illis qui ab intestato decederent, succederet illa cum superstitibus. † Ac sanè si frequentissimo nostrorum suffragio receptum est ut superstitis matris fauor directam substitutionem aliquando transformet in obliquam, itemque ut tacitam pupillarem quæ alioquin inesset omnino excludat *leg. ultim. ubi Bartol. & cæteri Codic. de instit. & substitut.* quis admittat ob substitutionem ultimo ex impuberibus decedenti factam induci debere pupillarem reciprocam ad excludendam prorsus matrem, Cum si mater in medio non esset, nulla ut iam probauimus, reciproca pupillaris induceretur, Illud enim obseruandum est eos qui reciprocam istam inducunt non tam fauere nouissimo impuberi ad quem tota hereditas ea ratione perueniat, quam extraneo substituto, ut per impuberis personam totum ille habeat, qui si reciproca nulla esset totum non haberet. Fauor siquidem reciproca inter coheredes substitutionis ut iam antè diximus pendet omnino ex fauore eius, qui postremus substitutus est, nec illa causam habet *d. l. §. Sena libertis.* At quis dixerit fauendum potius extraneo substituto quam matri contra id quod passim à nostris traditum & receptum est in *d. l. leg. ultim. Cod. de instit. & substitut. d. l. leg. precibus. Codic. de impuber. & alijs substitut. l. centurio. 15. D. eodem.* Præsertim uero cum & sperandum potius sit superfore filium matri, eique aut ab intestato aut ex testamento successurum quam matrem filio *l. nam est. 17. D. de inofficio testamen. l. scriptio. 7. §. ultim. unde liber.* Et consequenter non modò absurdum est, sed etiam mali ominis, induci reciprocam per interpretationem ut substituto faueatur in eum duntaxat casum quo impuberes filij turbato mortalitatis ordine sint ante matrem morituri, eamque ob causam tanto minus ea interpretatio capienda est *argu. men. leg. cum tale. 72. in principio. D. de condition. & demonstrat.*

CAPVT XV.

Si nouissimo ex pluribus impuberibus decedenti substitutio facta sit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommissariam.

S V M M A R I A.

Frustra Ripensem distinxisse, quibus uerbis ultimo decedenti impuberis substitutio facta sit.

- 2 Primum eius distinctionis caput examinatur.
- 3 Alterum quoque excutitur.
- 4 Alteram distinctionis partem non pertinere ad compendiosam substitutionem simpliciter factam, sed ad eam quæ facta sit cum hac adiectione, in tota hereditate mea.
- 5 An, quum ultimo ex impuberibus decedenti facta est substitutio in tota patris hereditate, inducat tacitam fideicommissariam reciprocam inter ipsos impuberes.
- 6 Castrensem & alios fideicommissariam admisisse, eo casu quo aliquis ex impuberibus pubes decedat.
- 7 Cur fideicommissariam eo quoque casu non admiserint, quo liber omnes in pupillari aetate decedunt?
- 8 Contra superiorem sententiam contenditur ex pupillari substitutione expressa fideicommissariam tacitam reciprocam induci non posse.
- 9 Respondetur ad leges pro contraria sententia allegatas.
- 10 Obseruatio ad l. cum proponebatur. ff. de leg. 2.
- 11 Superiorem Interpretum sententiam ipsi aduersari quæ scripta sunt in l. uel singulis de uulgar. & pupill. substitit.
- 12 Quid Interpretes ad eam legem respondeant, quid item ipsis replicandum sit?

Apparet tamen ex superioribus non esse admit- tendam distinctionem Ripensis ad *d. §. cum ita nu. 22.* existimantis multum interesse an ultimo decedenti impuberi substitutio facta sit iis uerbis, si ambo filij mei decesserint in pupillari aetate ultimo morienti substituo Senum in tota hereditate mea an illis potius, Iustino filios meos impuberes, & ultimo decedenti substituo Senum in tota hereditate mea. Priore casu in pupillari expressa contineri reciprocam tacitam pupillarem, posteriore uero nullam, facta scilicet compendiosa substitutione quæ pupillarem non continet, nisi tacitam, ex tacita autem pupillari tacitam aliam reciprocam induci absurdum uideatur ex *l. seruum filij. 44. §. ult. ubi Bart. de leg. 1.* Nam quod ad primum distinctionis caput pertinet, fateor quidem posse ita fieri substitutionem pupillarem, Nec obstare quod eam testator ad hereditatem suam restrinxerit, quamuis per pupillarem non patri sed impuberi succedatur *l. 2. sed si plures. 10. §. ad substitutos. l. coheredi. 4. §. cum filia de vulg. & pupil. substi.* Sufficit enim expressam esse figuram pupillaris substitutionis quæ sanè præponderat ut Ripensis loquitur ad *l. centurio is. num. 100. per l. i. eod. tit. l. si ita scriptum. 8. §. quib. filio. ubi Bar. de bon. poss. secund. tab. l. pen. ubi Castren. Decius & cæteri. C. de impub. & alijs substit.* cum etiam per pupillarem factam filio instituto succedatur patri licet secundariò *l. si is qui. 6. D. eod. l. ult. C. de hered. instit.* Sed nego in ea pupillari expressa contineri tacitam reciprocam pupillarem, præsertim uero in odium & exclusionem matris, Ex iis quæ proximo capite hanc in rem disputaui. † Alterum autem distinctionis caput et si iudicio meo uerum est (nullo siquidem casu potior induci tacitam reciprocam pupillarem ex pupillari quantumcunque expressa) nititur tamen falsaratione. Quoties enim pupillaris comprehenditur in compendiosa, non tacita dicenda est quomodo illa quæ in uulgari continetur, sed potius expressa saltem uerbis generalibus, ut rectè Bartolus defendit ad *d. l. centurio. n. 4. & 5. communiter à cæteris adprobatis.* Itaq; si uera esset communis illa opinio, ut in expressa pupillari tacita pupillaris reciproca contineretur, utiq; contineretur etiam in compendiosa ut contra Ripens. disputat Didac. Couar. in *d. ca. Raynuius. §. 8. nu. 6. in fin. ex cap. si pater. de testam. in 6.* ubi rescriptum est, per eiusmodi compendiosam substitutionem excludi matrem,

† Sed in eo tamen Didacus fallitur, ut puto, quod non animaduertit, quæstionem hanc non pertinere ad compendiosam substitutionem simpliciter factam, quæ pupillarem sanè comprehenderet, eamque expressam verbis generalibus, sed ad eam duntaxat, quæ facta sit cum hac adiectione *in tota hereditate mea*. Iam enim supra diximus ex receptissima interpretum omnium traditione, non ex eo solo induci posse reciprocam quod facta sit substitutio ultimo morienti, nisi facta etiam sit in tota hereditate. Quod in pupillari intelligendum est non de hereditate pupilli, in qua fieri non potest ut pro parte tantum heredem ille habeat, sed de hereditate patris, quæ ut tota ad pupillarem substitutum perueniat, eam necesse est ad ipsum impuberem prius peruenire. Atqui receptissima nostrorum sententia est substitutionem compendiosam factam sine ætatum distinctione si restricta sit ad bona testatoris non comprehendere pupillarem. Sic enim Baldus in d.l. *precibus, vers. præterea auerente. Cod. de impuber. & alijs substitut. Dec. in penult. eod.* Fieri ergo non potest ut compendiosa facta in tota hereditate testatoris non expressa figura pupillaris substitutionis, aut ea quidem expressa, sed non in tota hereditate inducat reciprocam vllam pupillarem. † Solum igitur discutiendum illud superest, quod ad pupillarem substitutionem pertinet, An cum ultimo ex impuberibus decedenti facta est in tota patris hereditate, inducat tacitam fideicommissariam reciprocam inter ipsos impuberes. † Plerique enim ex iis ipsis qui negarunt induci reciprocam pupillarem admiserunt tamen fideicommissariam, illo etiam casu quo aliquis ex impuberibus decedat pubes. Inter quos præcipui nominis Castrensem video in responsis, & Rip. in d. §. *cum ita, num. 22.* Illa tantum ratione mouentur quod ea testatoris voluntas fuisse videatur ut per ultimi impuberis personam tota hereditas ad substitutum perueniret: ea autem voluntas sufficere possit ad inducendam saltem reciprocam fideicommissariam si non directam substitutionem ex dicta lege *Seia libertis. & dict. leg. cum proponeretur. 64. de leg. 2.* Neque dubitandum est quin sit hæc recentior interpretum sententia, quæ scilicet auctores habet eos omnes quibus placet ex pupillari expressa facta ultimo decedenti inducendam reciprocam pupillarem. † Multo enim facilius fideicommissariam eos admittere necesse est quæ coniecturis nudis contenta sit. Non quidem eo casu quo liberi omnes decedant in pupillari ætate, tunc enim volunt sufficere pupillarem quæ plenior est, sed ita demum si quis ex iis pubes fiat. Fin ta enim pupillari per pubertatem, necessaria est fideicommissaria, quæ impediatur ne qui pubes factus est, de restituenda portione testari possit. Ita Didacus in dicto §. 8. numero ultim. post Aretin. in dict. leg. potest. in fin. de vulgar. & pupill. substitut. † Ego vero non magis possum fideicommissariam reciprocam quam directam inducere ex pupillari expressa: Nam cum expressa substitutio cuius fauore reciprocam præmissam volunt sit directam, non intelligo quæ fieri possit ut pariat substitutionem aliam quæ sit planè diuersi generis, hoc est fideicommissariam. Indèque est quod nostris placet substitutionem ipsam reciprocam, aut ut loquuntur breuiloquam, quia sui natura directam est, numquam censeri fideicommissariam nisi concepta sit per verba tractum temporis habentia ut larè nostri tractant post Bartolum in dicta leg. *Lucius. 45. de vulgar. & pupill. substitut.* Si enim substitutio ipsa reciproca quæ sui natura apta est comprehendere species omnes substitutionum, ut

docet Bartolus in dict. leg. *Lucius*, non comprehendit tamen fideicommissariam si simpliciter facta sit, etiam si per illud quod commune vocant verbum *Substituto*, quia censetur esse penitus directam dicta leg. *Lucius & leg. iam hoc iure. 4. eodem.* quanto minus admittendum est ut ex directam, & pupillari expressa inducatur reciproca quæ sit fideicommissaria? Fateor ficti aliquando directam substitutionem in fideicommissariam si nostris credimus ad leg. *verbis cunctibus. 7. eod. ad leg. Scævola. 76. ad Senatusconsultum Trebellianum. & ad dict. leg. precibus.* Sed ut directam manens directam includat aliam fideicommissariam nullo sanè iuris loco probari possit. † Nam in specie dict. §. *Seia libertis.* duplex fideicommissaria proponitur, non vna directam, altera fideicommissaria. Et in leg. *cum proponeretur* conicit Papinianus reciprocam tacitam fideicommissariam non ex pupillari substitutione, sed ex alia reciproca quam testator in secundis tabulis expresserat, cum illos ipsos substitueret quibus in alia testamenti parte fideicommissum relictum erat, quod non esset verisimile testatorem noluisse in fideicommissum substituere inuicem reos quos in secundis tabulis inuicem substituerat. Sic enim locus ille accipiendus est quomodo & Castrensis contra Accursum & Bartolum rectissime interpretatur. † Quamquam & illud obseruandum est mutuam eam substitutionem quam Papinianus elicit ex coniectura voluntatis, esse quidem fideicommissariam respectu heredis instituti à quotestator fideicommissum reliquerat, sed inducendam tamen in casum vulgarem duntaxat, non agniti per alterutrum ex fideicommissariis fideicommissi, quænam & reciproca illa substitutio in secundis tabulis facta vulgaris tantum fuit non etiam fideicommissaria, ut ex eo magis appareat verum esse quod volo ex vna substitutione nunquam induci aliam posse, nisi quæ sit eiusdem naturæ & conditionis. Quod si ita est, quomodo fieri queat, ut qui ultimo ex impuberibus morienti pupillariter substituit in tota sua hereditate, videatur eo ipso per fideicommissum impuberes inuicem substituisse? Itaque huic sententiæ huc obstat iuris ratio, ita & quod scriptum est in dicta leg. vel *singulis. 37. de vulgar. & pupill. substitut.* Videri patrem ita substituentem conseruasse ius integrum legitimarum inter liberos hereditatum. Non enim potuit Iuriconsultus apertius dicere ex huiusmodi substitutione pupillari nullum induci reciprocum fideicommissum, quia si induceretur, derogaret utique legitima successioni, cum planè repugnantia hæc sint, succedere ex fideicommissum, & succedere ab intestato. Qui enim succedit ex fideicommissum quod in testamento relictum est, succedit ex testamento dicta leg. *coher. §. cum filia de vulg. l. prima. §. primo. Cod. ad Senatusconsultum Trebellianum.* † Nec dici potest quod pro tuenda communi sententia vulgo responderetur, non proponi eo loco factam substitutionem pupillarem ultimo morienti in tota hereditate testatoris. Non enim eo minus constat voluisse patrem totam suam hereditatem ex persona nouissimi impuberis ad substitutum peruenire: Nam quid obsecro aliud est quod lex ait voluisse eum conseruari inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum? Cum & per viam legitimæ successioni citra fideicommissum possit tota hereditas ad vltimum impuberem deuolui, licet præmortui facti sint puberes, si modo decesserint intestati. Porro testandi facultatem ipsi ad hunc non iniquum esset, præsertim fauore extranei substituti.

stituti? qui nunquam fortasse sit successurus, puta si nouissimus quoque decedat pubes d.l. *coheredi. §. pen.* Ut illud omitam quod nec per fideicommissum fieri potest ut inuitis puberibus tota eorum successio ad vltimum impuberem deuoluatur. Detrahenda enim est ut diximus, legitima, itemque Trebellianica. Atqui constat inter nostros quoties adiectis illis verbis *in tota hereditate* induceretur tacita reciproca, iis etiã non expressis perinde illam induci, si modò constet voluntatem testatoris talem fuisse ut de tota hereditate disponderet. Nihil ergo interest in specie d.l. *vel singulis*, an verba illa adiecta sint, necne. Neque enim si adiecta fuissent in pupillari substitutione aliter tamen responsurum fuisse Iuriconsultum credendum est. Hæc de substitutione pupillari.

CAPVT XVI.

Quid si vltimo decedenti substitutus quis sit per fideicommissum, Ad §. *Seia libertis l. Titia testamento. 87. de leg. 2.*

SUMMARI A.

- 1 Fideicommissum reciprocum eo casu inter coheredes vel collegatarios induci.
- 2 Duo ad hoc concurrere debere.
- 3 Declaratio l. si eius. 34. ff. ad S.C. Treb.
- 4 Cur in eius legis specie propinquo substituto incumbat onus probandi quis ex fratribus nouissimus obiisset?
- 5 Fideicommissariam substitutionem vltimo decedenti factam non operari ut frater fratri sit ab intestato heres necessarius.
- 6 Non posse in dicta specie matris aut alterius legitimi heredis quicquam interesse.
- 7 Ex quibus iuris locis & an bene probauerint Interpretes, ad inducendum reciprocum fideicommissum requiri ut substitutio facta sit in tota testatoris hereditate aut in toto fundo.
- 8 Respondetur ad §. *Seia libertis. l. Titia Seio. 87. de leg. 2. Et Ripensis ad eum locum coniectura refutatur.*
- 9 Distingendum esse in proposita questione, an simpliciter ab vltimo decedente fideicommissum relictum sit, an vero cum hac adiectione, in fundo aut in hereditate.
- 10 Verba illa d. §. *Seia libertis* ne eum fundum vendatis, quomodo intelligenda sint?
- 11 An in hereditatis fideicommissum pater facere possit ut nouissimus ex liberis decedens totam hereditatem alteri restituat.
- 12 Differre hac parte legatum & fideicommissum singulare, à fideicommissum hereditatis.
- 13 Non ideo minus reciprocam inter coheredes in proposita questione induci, quod patris voluntas de tota hereditate restituenda eatenus tantum valeat quatenus filium fideicommissum obstringere potuit.
- 14 Idem in extraneis admittendum esse.
- 15 Quid ad inducendam reciprocam fideicommissariam præter superiora requiratur?

† In fideicommissaria substitutione res expeditior est. Constat enim si quis vltimo ex pluribus heredibus aut legatariis decedenti substitutus sit per fideicommissum, siue in tota hereditate siue in toto fundo, induci reciprocum fideicommissum inter collegatarios, aut coheredes. Quasi in necessarium antecede-

dens ut possit tota hereditas aut totum legatum peruenire ad vltimum, & ab vltimo ad eum qui per fideicommissum substitutus est. l. *Titia Seio. 87. §. Seia libertis de legat. 2.* † Duo igitur concurrere necesse est ad inducendam ex fideicommissaria fideicommissariam reciprocam. Nimirum ut sit facta vltimo decedenti, & in tota hereditate aut in toto legato, vel fideicommissum. Et si enim Paulus in d. §. *Seia libertis*, ex eo potissimum moueri videtur quod ab vltimo decedente fideicommissum relictum fuerat, ut apparet ex illis verbis *in secunda tamen adiecit verbum, Qui vltimus decesserit*, nulla tamen subisset coniectura voluntatis ad inducendum fideicommissum reciprocum si ab vltimo non nisi in ipsius portione fideicommissum relictum esset, † ut nec obscure nec incoganter probat textus in l. *si eius qui, alia. cum qui. 34. D. ad S.C. Trebel.* vbi Marcius scribit, Si eius qui nouissimus ex filiis morietur partem hereditatis propinquo relictui pater voluerit, & simul fratres diem suum obierint, propinquam si non ostenderit quis nouissimus decesserit ad partem hereditatis non admitti. Quid enim fideicommissarij interesset vter ex filiis nouissimus decessisset si frater fratri per fideicommissum substitutus videretur? Vtique enim certum esset alterutrius partem ad fideicommissarium pertinere, neque verendum esset, quod Marcius præcipue mouisse videtur, ne alterius quam nouissimi defuncti partem fideicommissarij haberet, postquam tota hereditas ad nouissimum peruenisset. Nam cum per rerum naturam certum sit alterutrum nouissimum decessisse non deficit ius pro fideicommissario sed tantum probatio ut in leg. *duo sum Titij. 30. D. de testam. tutel. l. si fuerit. 10. in princip. D. de reb. dub.* † Probatio autem ideò necessaria est, quoniam non in alterutrius aut vtriusque, sed præcisè in nouissimi portione fideicommissum relictum proponebatur, quemadmodum post Accursium & ceteros Cuiacius tractat ad leg. *ex duobus. 34. D. de vulgar. & pupill. substitut.* Ut proinde iniquum futurum sit & contra patris voluntatem fradmittatur fideicommissarius ad partem eius qui fortasse prior defunctus sit. Quæ tamen iniquitas cessaret ita posito iure ut in prioris portione nouissimus per fideicommissum substitutus intelligeretur. Neque enim aut ipsius nouissimi, aut vllius quicquam interesset. † Nisi fortè quis dicat: imò verò posse matris interesse aut alterius heredis legitimi, propter detractio nem Falcidie legitimariæ, in qua non poterat filius grauari fideicommissum leg. *Papinianus. 8. §. meminisse de inoff. testam.* Siquidem quod supra diximus pupillarem substitutionem vltimo decedenti factam operari ut frater fratri sit ab intestato heres necessarius ex d. *l. qui duos. 9. de reb. dub.* non perinde verum est in substitutione fideicommissaria ut ex eo appareat quod in dict. *l. si eius* scriptum est matrem in illa specie ex Tertulliano Senatusconsulto ad vtriusque filij hereditatem admitti. Nempe quia cum fideicommissaria substitutio nec eum ipsum heredem, faciat qui nouissimo ex fratribus morienti substitutus est §. *restituatur. Inst. de fideicommiss. hered.* multo minus facere potest fratres inuicem heredes, multo etiam minus necessarios. † Sed responderi potest nec matris nec alterius cuiuslibet legitimi successoris posse quicquam interesse, quoniam siue hic siue ille ex fratribus aut prior, aut nouissimus decesserit, habebit legitimus heres totam alterutrius portionem, in parte vero alterius Falcidiam legitimam. Nihil autem refert cuius portionem aut integram, aut pro parte habeat, quia ponimus filios ex æquis portionibus institutos.

Alioqui etiam si essent inuicem rogati, negarem tamen admitti fideicommissariam ad vltimū ex ipsis portionem, nisi ostenderet quis nouissimus decessisset. Ergo vt ad institutam questionem reuertamur, non sufficit factam esse substitutionem fideicommissariam vltimo morienti ex heredibus aut legatariis ad reciprocum inter eos fideicommissum inducendum, sed illud præterea requiritur vt facta sit in tota testatoris hereditate aut in toto fundo. Quod tamen id nonnulli comprobant ex l. si Titius ex parte 96. de legat. 3. & l. Titia. 86. Digest. ad legem Falcidiam. faciunt parum subtiliter. Non enim proponebatur iis locis fideicommissum relictum ab eo, qui vltimus moreretur, sed ab vno ex coheredibus nominatim. † Enimvero huic receptissimæ & verissimæ nostrorum sententiæ obstare videtur is ipse textus quo mouentur, dicti §. Seia libertis, in cuius specie nihil est ex quo possit colligi rogatum eum qui ex legatariis nouissimus moreretur, vt totum fundum restitueret. Nam quod Ripensis conicit eam fuisse testatoris voluntatem ex prohibita fundi alienatione non est probabile, tum quia is qui in vita prohibitus est vendere non prohibetur in eo fundo extraneum heredem instituere l. pater. 38. §. fundum. de legat. 3. nisi expressim iusserit testator fundum in familia relinquere vt in l. peto. 69. §. fraire. de legatis secundo. Tum etiam quia etsi nulla proponeretur facta prohibio idem tamen respondendum esset si modò indefinitè fundus ab vltimo decedente per fideicommissum esset relictus vt et Didacus defendit ad capit. Raynuius. §. 8. numero 1. & 3. post Viglium in §. vel singulis instituit. de pupill. subst. Ratione illa quòd in vltimis voluntatibus vt aiunt indefinita æquipollent vniuersali l. si pluribus. 44. de legat. 2. l. si plures. 98. de legat. 3. Quòd si fideicommissaria substitutio non in fundo indefinitè facta sit, sed vltimo decedenti simpliciter puta his verbis Vltimo ex heredibus aut legatariis morienti Titium substituo. aliud sanè erit, videbiturque nouissimus de sua tantum portione rogatus, nec proinde fideicommissaria vlla reciproca induceretur. † In quo errauit Ripensis non distinguens an simpliciter ab vltimo decedente fideicommissum relictum sit nulla fundi aut hereditatis facta mentione, an verò his verbis adiectis in fundo aut in hereditate absque nota vlla vniuersali, cum tamen distinctio illa & elegans sit & vera, quam & Bartolus & Imola & alij plerique probant in d. §. Seia. & in d. l. vel singulis. Nec me mouet quod Ripensis obiicit verba illa indefinita posse verificari etiam in portione vltimi sola, cuius scilicet respectu possit ea pars dici fundus & hereditas vt contingit in corporibus omnibus homogeneis l. serui electione. 5. §. 1. & §. vlt. de legat. 1. l. in singulis. 77. D. ad legem Falcidiam. §. & cum quæsitum. Instit. eodem. Id enim procederet si non propterea ab vltimo decedente fideicommissum relictum proponeretur. At his duobus concurrentibus, aperta est testantis voluntas vt perinde duo sint substitutionis gradus ac si in toto fundo aut in tota hereditate nouissimus decedens grauatus fuisset, cum vt dictum est, indefinita æquipolleat vniuersali, & quidem ex vi ipsa & proprietate verbi citra interpretationem. † Nec rursus obstat quòd idem ille obiicit, in dict. §. Seia libertis verba illa ne eum fundum vendatis ita necessariò intelligenda vt quisque ex legatariis suam tantum fundi partem vendere prohibitus sit, ex quo infert ille, quòd sequitur etiamque scilicet fundum non nisi de vltimi portione intelligi debere. Nam respondeo malam esse ra-

tiocinationem. Illa siquidem pluralis locutio ne eum fundum vendatis resoluitur necessariò in suas singularitates lege falsa. 33. §. vltim. de condition. & demonstration. lege 2. §. vltim. de condic. instituit. Illa autem singularis eumque fundum qui ex vobis vltimus decesserit, cum morietur restituat Symphoro non potest resolui in alias singularitates quas nullas habet, ideòque totius fundi fideicommissum in persona vltimi necessariò complectitur, & consequenter facit vt vltimus ille collegatario substitutus videatur. Nec sanè in legato aut fideicommissio singulari dubitationem hoc vllam habet. † Sed in hereditatis fideicommissio videtur illud posse obiici quòd in superioribus attigimus, non posse patrem facere vt nouissimus ex liberis decedens totam hereditatem alteri restituat, cum vel inuito patre detrahenda sit legitima itèque Trebellianica ex cap. Raynuius & cap. Raynaldus extra de testam. † Ratio igitur illa quæ in legato inducit reciprocum fideicommissum inter collegatarios, vt totum habeat is qui nouissimo decedenti substitutus est, non aliter totum habiturus, cessare videtur eo casu quo nouissimus ex liberis decedens totam hereditatem restituere rogatus sit, cum fieri nequeat vt totam habeat substitutus. † Sed responderi potest non idcirco negandum esse induci reciprocam inter coheredes, vt voluntas testatoris si non in tota hereditate propter autoritatem legis quæ dat filio primi gradus duplicem detractionem vel inuito patre, si nostris credimus ad l. inbernis. Codic. ad Senatusconsultum Trebellianum. saltem quantum fieri potest effectum fortiatur vt quòd de tota hereditate pater constituit ad eam solam hereditatis partem pertineat in qua filium fideicommissio obstringere potuit. † Idemque admittendum est extraneis quoque heredibus institutis, vt non eò minùs inducatur inter ipsos reciproca, quòd grauatus heres Trebellianicam possit detrahere, illo etià casu quo in tota hereditate fideicommissum ab vltimo decedente relictum sit: [quamuis enim extraneo prohiberi possit detractio Trebellianicæ sicut & Falcidiæ, non tamen ex eo solo inducitur prohibio quòd totam hereditatem suam restitui testator iusserit vt Castrensis verè docuit ad Authen. sed cum testator. C. ad legem Falcidiam.] Subducto siquidem eo quòd legis Falcidiæ aut Senatusconsulti autoritas exceperit, reliquum in duplici fideicommissio tam reciproco quam vltimo esse intelligitur argum. leg. quoties. 67. D. eodem. Et hæc sanè sicut receptissima, ita & verissima sententia est plerique Senatus nostri consultis adprobata. † Hoc etiam addito & obseruando quòd ad inducendam fideicommissariam reciprocam non illud sufficit vt substitutio facta sit vltimo decedenti & in tota hereditate, sed illud præterea requiritur, vt ij quorum nouissimo facta est sint vocati & in dispositione positi non tantum in conditione. Quæ fuit primum sententia Imolæ in leg. centurio, quem refert & sequitur Socinus in dict. §. cum ita. & Didacus dicto §. 8. numer. 3. in fine. Sequitur enim hac parte Senatus noster & bene comunem illam nostrorum traditionem, quæ habet liberos in conditione positos non ob id solùm censeri vocatos quòd sint grauati, præsertimque inuitile fideicommissum esse tanquam ab eo relictum qui non sit honoratus ex regula legis ab eo 9. Codic. de fideicommiss. Tametsi contra senserit Bartolus in dicta leg. centurio, numero 37. vulgò à nostris improbat. De quo tamen alio loco pluribus tractandum, nobis erit, quoniam obscura quæstio est varique distinctionibus

nibus explicanda. Illud sanè ad institutam disputationem omnino pertinet, an videatur substitutio facta vltimo decedenti, cum post mortem plurium facta est, aut sub illa conditione si ante decesserint. De illo igitur in sequentibus videamus.

CAPVT XVII.

Quibus casibus videatur substitutio facta ab vltimo decedente cum id expressum non est.

S V M M A R I A.

- 1 Quanam sit receptior circa hanc questionem Doctorum sententia?
- 2 In quo differat pluralitas ab vniuersalitate?
- 3 Quibus casibus fideicommissarius primo ex pluribus decedente ad eius portionem ex vulgari Doctorum sententia non admittatur.
- 4 Differentia inter fideicommissariam & vulgarem substitutionem.
- 5 Quibus casibus eius substitutionis potentius sit iure accrescendi.
- 6 Idem in pupillari substitutione à Doctoribus tractatum esse quòd in fideicommissaria.
- 7 Examinatur superior Doctorum de fideicommissaria substitutione sententia.

Mrum est quantas huic disputationi tenebras offuderint interpretum nostrorum contentiones. Sed nobis sufficere dixisse quid magis communiter probatum sit, deinde quid nos magis probandum arbitremur. † Receptior doctorum sententia est substitutionem fideicommissariam factam post mortem plurium, aut quòd idem est post mortem omnium, aut etiam factam pluribus siue simpliciter siue indefinita hereditate aut in legato vel fideicommissio non censeri factam ab vltimo, sed à singulis pro cuiusque portione: ideòque nec inducere reciprocam inter oneratos, sed primo quoque decedente admitti fideicommissarium ad eius portionem ex l. vltim. §. filium de legat. 2. lege Lucius. 78. §. Cato. ff. ad senatusconsultum Trebellianum. Idemque esse etsi sub nomine collectiuo facta sit substitutio hoc modo si vterque sine liberis decesserit, aut si omnes decesserint. Resolui enim & distribui pluralitatem in suas singularitates, quoties singularitates illæ respiciunt diuersos effectus leg. falsa. 33. vbi Bartol. de conditionib. & demonstration. l. 2. §. vltim. de condic. instituit. Hic autem diuersos videri effectus, quia tot sint substitutiones fideicommissariæ, quot sunt personæ oneratae, cum vniuscuiusque fidem testator secutus esse videatur: nec aliam censeri voluntatem testatoris cum dictione collectiuæ & vniuersali vsus est. † Quamquam enim differt in eo pluralitas ab vniuersalitate quòd vniuersalitas nunquam resoluitur in suas singularitates, quas scilicet non continet tanquam singulas sed tanquam in vniuersum collectas vt idem Bartolus fatetur ad §. vlt. d. l. falsa. vt proinde ex proprietate verborum repellendus sit fideicommissarius si in alterutrius tantum persona fideicommissi conditio extiterit, placeat tamen contrariam videri testantis voluntatem, quæ maxime in conditionibus omnibus dominatur l. in conditionibus. 19. de condic. & demonstr. præsertim verò in fideicommissis lege heredes mei. 57. §. cum ita. D. ad S. C. Trebellianum. Sic Bartol. Imol. & Alexand. in d. §. cum ita, & alij plerique quos refert & sequitur Didacus Coar. in cap. Raynuius. §. 8. numer. 4. † Hæc ita si non superfit talis persona quæ ex præsumpta mente defun-

cti debeat excludere substitutum siue sit, illa ex descendentibus vt Bar. voluit ad d. §. cum ita. ex l. pen. C. de impub. & alijs subst. Siue etiam ex transuersalibus dummodo proximior ad succedendum ab intestato, quomodo plerique tradiderunt. Addunt vulgo aliam exceptionem, nisi factum sit fideicommissum in ea re in qua etiam post agnitionem ius ad crescendi locum habere possit, puta in usufructu, aut habitatione leg. 1. §. vltim. D. de usufr. ad cresc. Tunc enim videri testatorem voluisse substituto præferre coniunctum ad conseruandum inter eos ius ad crescendi ex leg. codicillis. 34. in princip. vbi Bart. de usufr. legat. † Quasi hoc casu eadem ratio sit fideicommissariæ, quæ vulgaris substitutionis. In qua communiter receptum est vt qui pluribus institutis substitutus vulgariter iuit, siue simpliciter hoc modo Heredes meus Cæcium substituo [quibus verbis constat non contineri fideicommissariam sed solam vulgarem quia tractum temporis non habet vt nostri tractant ad leg. centurio. de vulg. & pupillar. substitut.] siue cum dictione collectiuæ si neuter heres erit non aliter admittatur quam si in vtriusque persona verificetur conditio, hoc est si neuter heres fuerit. Neque enim hic potest resolui pluralitas in suas singularitates l. quamuis. 4. vbi latè post Bartolum & ceteros Decius C. de impub. & alijs subst. Siue quòd vt Bartolus tradidit vtraque singularitas respiciat hoc casu vnum eundemque effectum, hoc est ius succedendi in vna vnius hominis hereditate, siue potius quòd vulgaris substitutionis formulam necesse sit concipi per negationem, Propositionis autem negatiuæ natura illa sit vt si in vno sit falsa, in totum fallam eam esse oporteat l. si is qui ducenta. 13. §. cum ita. De reb. dub. Siue denique quòd vulgaris substitutio locum non habeat nisi in casum non aditæ hereditatis l. post aditum. 5. Cod. de impub. & alijs substitut. ac proinde casum quo locus sit iuri ad crescendi, cuius vtiqque conseruandi voluntatem habuisse testatorem credendum est. † Nam quòd dici solet ius substitutionis esse potentius iure ad crescendi leg. 2. §. si duo. D. de bonorum possess. secund. tab. tunc tantum verum est cum alicui ex coniunctis nominatim & specialiter substitutus datus est, non autem cum in dubio testator reliquit vtrum præferri voluerit, vt contra Alexandrum disputat Decius in dict. l. penultim. C. de impub. & alijs subst. Differt ergo secundum hostes vulgaris substitutio à fideicommissaria, præterquam his duobus casibus, Si inter honoratos locus sit iuri ad crescendi etiam post agnitas portiones siue ex natura rei id procedat, sine ex voluntate testatoris d. l. codicillis. Et, si talis persona superfit quæ ex verisimili & præsumpta mente defuncti excludat substitutum d. l. penult. C. de impub. & alijs substitut. † In pupillari idem nostri tractant quòd in fideicommissaria. Nimirum si quis duobus impuberibus ita substitutus sit si vterque decesserit, non induci reciprocam inter impuberes, sed admitti substitutum alterutro decedente quoties non superest persona magis dilecta, hoc est si modò substitutus sit ex liberis. Nam cum pupillariter substituere nemo possit nisi propriis liberis, semper accidit cum substitutus est extraneus aut alius quilibet extra liberos vt superfit frater defuncti impuberis fauorabilior substituto, & consequenter vt priore ex impuberibus decedente excludatur substitutus, præferaturque frater non tam ex proprietate dictionis illius collectiuæ vterque, quam ex mente patris, quem verisimile est voluisse vt frater fratri non ex testamento & reciproca tacita pupillari, sed ab intestato succede-

ret, substitutus vero ita demum ex substitutione admitteretur si nouissimus quoque impubes decederet, quasi hoc casu nouissimo tantum substitutus sit, utriusque substitutus est *dist. l. pen. & l. vel singulis. 37. D. eod.* Neque intererit an ita testator dixerit, si uterque impubes decederit: an ita si impubes decederit. Substitutum enim utroque casu excludi placet, si non sit ex liberis. Quæ Accursij sententia est à cæteris recepta in *l. si pater. 25. in verb. substituerit. eodem tit.* Si sit ex liberis & æquè dilectus, utroque casu fratri superstiti præferetur *arg. d. §. cum ita. l. heredes mei. ad S. C. Treb.* vbi hoc ipsum in substitutione fideicommissaria creditur Papinianus respondisse. Atque hæc quidem, ut dixi recepta priorum nostrorum traditio est. † Sed an in omnibus vera sit, ego sanè quàm maximè dubito. Nam quod ad fideicommissariam substitutionem pertinet, non possum illud concoquere quod volunt admitti fideicommissarium ad portionem deficientem si in vnius tantum persona conditio extiterit, cum per dictionem collectiuam concepta conditio est, siue de prioris defuncti siue de nouissimi portione disputetur. Imò necesse arbitror ut in vtriusque persona conditio existat, priusquam fideicommissarius admittatur. Idque non tantum ex proprietate dictionis collectiuæ, quod omnes fatentur, sed etiam ex apertissima testatoris voluntate. Iuris siquidem regula est ad vltimas voluntates non minus quàm ad contractus pertinens, Propositionem, aut orationem quæ sumitur ex vniuersis non aliter veram esse quàm si in omnibus vera sit, *d. l. si is qui ducenta. 13. §. virum. de reb. dub.* Nec sanè vllius iuris locus est qui repugnet præterquam in *d. l. heredes mei. §. cum ita ad Trebel.* Cuius quoniam obsecrissima est sententia necdum fortassis à quoquam bene explicata, dicendum nobis est paulò latius quid Papinianus eo responso sensisse videatur.

CAPVT XVIII.

Interpretatio §. cum ita. l. heredes mei. 57. D. ad S. C. Trebel.

SYMARIA.

- 1 Species & questio d. §. cum ita.
- 2 Ratio dubitandi in questione d. §. qua est de portione nouissimi sine liberis defuncti.
- 3 Sensus responsi Papiniani ad propositam questionem.
- 4 Quomodo posteriorem substitutionem in specie d. §. propositam idem Papinianus interpretetur?
- 5 Dnas esse in eadem specie conditiones, sicut duas sunt substitutiones.
- 6 Cur in specie d. §. posterior conditio ita concepta sit, si uterque sine liberis decederit?
- 7 Dictionem uterque in specie d. §. collectiuè non stare quod ad conditionem, sed quod ad effectum & commodum posterioris substitutionis.
- 8 Neptem in eadem specie non nisi nouissimo substitutam videri.
- 9 Dnas illas substitutiones non esse æquè principales sed gradatim & ordine factas.
- 10 Cur priorem substitutionem in posteriore contineri necesse sit?
- 11 Alia forma concipiendæ substitutionis fideicommissaria à Papiniano in d. §. proposita.
- 12 In quo vtraque formula differat?
- 13 Cessante prima substitutione in specie d. §. posteriorem non ideo minus locum habere, & vicissim cessante posteriore priorem saluam esse.
- 14 Si duabus substitutionibus æquè principalibus & distinctis nouissimo decedenti auius neptem substitueris

in nouissimi tantum portione, & sub hac conditione, si uterque sine liberis decederit, an in nouissimi persona conditionem existere sufficiat, ut neptis ad eius portionem admittatur?

- 15 Contra Interpretes disputatur, non sufficere si in nouissimi persona conditio existat.
- 16 Respondetur rationi ab Interpretibus pro sua sententia allata.
- 17 Duplex error Bartoli & sequacium in interpretatione d. §. cum ita.
- 18 Anulum interesse, quod ad diuisionem conditionis pertinet, an personarum quibus conditio adscripta est, enumeratio aliqua facta sit, nec ne.
- 19 Refellitur alia Bartoli ratio.

Pater † duobus filiis instituit ita scripserat *Fidei filiorum meorum committo, ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit partem suam superstiti fratri restituat: Quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* Priore mortuo superstiti filio, nouissimo autem sine liberis, quærit Papinianus an ad portionem nouissimi substituta neptis admitti debeat. Non ergo quærit de portione prioris defuncti, de qua nec poterat vlla incidere quæstio, quamuis & ipse sine liberis decederet. Nimirum propter reciprocam dicitur factam inter fratres, cuius potestate frater superstitis ad fideicommissum vocatur, exclusa profusus nepte perinde ac alio quolibet substituto. † Sed de portione nouissimi sine liberis defuncti causa dubitandi illa erat, quod neptem auius substituerat sub ea conditione si uterque filiorum sine liberis decederet, quæ conditio defecisse videbatur, priore superstitibus liberis defuncto. Itaque prima facie propter conditionis verba neptis excluderetur. Sed tamen contra Papinianus respondet, absurdum sibi videri cessante prima substitutione, patris nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit auius si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset. † Sensus est, ni fallor, Patrem in proposita specie duos substitutionis gradus fecisse, Priorem illum substitutionis reciproce inter fratres, ut qui prior sine liberis moreretur, partem suam superstiti fratri restitueret, Posteriorem pro nepte si uterque sine liberis decederet. † Hanc verò posteriorem substitutionem sic Papinianus interpretatur, ut soli nouissimo facta sit. Et rectè. Nam quemadmodum substitutio fideicommissaria facta vltimo decedenti in tota hereditate inducit reciprocam fideicommissariam inter heredes, ut diximus in præcedentibus *ex l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis. de legat. 2.* Ita facit reciproca illa quæ expressa est inter fratres substitutio ut non possit videri neptis substituta priori sine liberis morienti, sed tantum nouissimo *leg. si pater. 25. Digest. de vulg. & pupillar. substit.* Prior enim substitutum alium habuit, fratrem videlicet superstitem. Nec ad rem pertinet, quod non in nouissimi tantum portione substituta neptis proponatur, sed in tota hereditate. Id enim fit ex vi prioris substitutionis reciproce, per quam fieri posse cogitavit pater, ut tota hereditas ad nouissimum perueniret. Quo casu eandem quoque totam ex nouissimi persona ad neptem nouissimo substitutam peruenire voluit. † Inde verò sequitur, sicuti duæ sunt substitutiones, ita duas esse condiciones, Prioris substitutionis vnam, Posterioris alteram. Prioris conditio illa est, si prior sine liberis decederit. Posterioris verò, quam soli nouissimo factam dicimus, conditio illa esse non potest quàm

hæc

hæc si nouissimus sine liberis decederit. Cur enim nouissimo auius neptem substitueret sub ea conditione si prior quoque sine liberis decederet, cum eo casu eueniente non neptem ille vocaret, sed filium qui superesset? † Atqui inquit, non sic concepta conditio est si nouissimus, sed ita si uterque sine liberis decederit. Nimirum quia cogitans pater de danda nepti non tantum nouissimi portione, sed tota etiam hereditate, necesse habuit prioris substitutionis repetitionem quandam inducere, sine qua facere non poterat vt tota hereditas ex solius nouissimi persona ad neptem perueniret: ipsam porro substitutionem repetere non potuit quin ipsius etiam repeteret conditionem. Ita ergo factum est vt substituendo soli nouissimo sub ea tantum conditione, Si ille sine liberis moreretur, & repetendo priorem substitutionem priori decedenti factam sub illa quoque licet alia numero conditione, si prior sine liberis decederet necesse fuerit posteriorem substitutionem compendio verborum ita concipi si uterque, Non ad suspendendum duplici condicione euentum ipsius, sed ad inducendum ex separato duplicis substitutionis euentu effectum illum vnum, quem animo concipiebat auius, vt ex solius nouissimi persona omnis hereditas ad neptem perueniret. † Itaque dictio illa collectiuè uterque non stat hic collectiuè quod pertinet ad conditionem posterioris substitutionis quasi voluerit auius neptem substitutam nouissimo ita demum admitti si prior quoque sine liberis decederet, sed stat collectiuè quod pertinet ad effectum & commodum posterioris substitutionis, hoc est ratione rei per fideicommissum relicta, nempe totius hereditatis. Quia ad colligendas in persona vnius neptis vtriusque filij portiones necessarium fuit prius colligi, & velut in vnum corpus redigi vtramque substitutionem, & substitutionis vtriusque conditionem. Alioqui non posset secunda substitutio quantumuis, vt cum nostris loquar, purificata facere, vt ex persona solius nouissimi plus habeat neptis, quàm nouissimus ipse habuerit. Atqui non potest tota hereditas ad superstitem fratrem peruenire, si non prior quoque sine liberis decederit. Vt ergo tota ad neptem perueniat prioris quoque illius substitutionis conditionem existere necesse est. † Cæterum, non nisi nouissimo substitutam videri neptem ex eo apparet, quod si ponas vtrumque filium sine liberis decedere, atque ita vtriusque substitutionis conditionem existere, non ideo succedet neptis vtrique sed soli nouissimo, vt apertè Papinian. docet illis verbis, si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset. † Itaque quod testator in exprimenda conditione posterioris fideicommissi dictione collectiuè usus est, ex necessitate potius quàm ex voluntate factum videtur propter aliam illam dictionem collectiuam omnem in eiusdem fideicommissi dispositione expressam, atque vt dixi quasi in necessarium antecedens dispositionis huiusmodi vniuersalis, quæ aliter effectum habere non poterat. Et, vt dicam apertius, duæ illæ substitutiones non sunt æquè principales sed gradatim factæ & ordine, aut potius, vt loquar cum Paulo in d. §. Seia libertis, duo gradus sunt vnius substitutionis. † Vnde fit vt priorem in posteriore contineri necesse sit, non vt posterioris conditio eueniat quæ scilicet nihil commune habet cum prioris conditione, sed vt posterior talem effectum pariat, qualem testator voluit, hoc est vt non nouissimi decedentis tantum portionem comprehendat, sed etiam prioris: quod nisi per gradum euentumque prioris reciproce fieri non potest. † Siue igitur testatoris voluntatem consideres siue effectum ipsum nihil interest

an ita scriptum sit, vt apud Papinianum: an ita breuius, *Filij mei heredes sunt: Qui ex ipsis vltimus sine liberis morietur totam hereditatem meam nepti meæ Claudia restituet.* Nam & his verbis constat induci reciprocam inter fratres d. §. Seia libertis. † Differentia tantum est quod reciproca hæc est tacita quæ apud Papinianum est expressa: cæterum vtroque casu duos sunt gradus substitutionis, vtroque casu fideicommissum totius hereditatis à solo nouissimo relictum intelligitur, tamen si in portione tantum hereditatis esset ille institutus. Ideoque vtriusque substitutionis conditionem euenire vtroque casu necesse est ad hoc vt totam hereditatem neptis habeat: † Quomodo ergo ita conceptis verbis fideicommissi *Qui ex suis meis vltimus morietur sine liberis omnem hereditatem Claudia nepti meæ restituet,* absurdum esset dicere cessante reciproca tacita & priore mortuo superstiti filio, nouissimo autem sine liberis, petitionem partis denegari nepti quam totum habere voluerat auius si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset, nempe quia profusus inepta fuerit illa consecutio vt is cui totum testator dedit ex eo solo partem habere nequeat, quod ad totum admitti non possit [non enim à toto ad partem valet argumentum negatiuè, sicut nec à parte ad totum affirmatiuè] ita & in ea specie quam Papinianus tractat, idem admittendum est, nil obstante dictione illa collectiuè, quæ vt dixi non facit conditionem in posteriori substitutione ad excludendam omnino neptem si alteruter tantum sine liberis decederit, sed priorem substitutionem eiusque conditionem includit, ad hoc vt prioris substitutionis non tantum natura & conditio quàm commodum in posteriorem gradatim deuoluatur. Idque est quod Papinianus significat cum ait *cessante prima substitutione* nimirum moriente priore cum liberis non ideo cessare posteriorem substitutionem, sed priorem duntaxat, cum etsi ex contrario decederet prior sine liberis, non ideo posteroi substitutionis conditio extitisset sed prioris. Porro nihil vetat cessante priore substitutione posteriorem habere locum, & vicissim cessante posteriore priorem saluam esse. † Fac igitur non duos esse gradus substitutionis, sed vnicum duntaxat, puta si testator nulla præmissa reciproca aut expressa aut tacita sic simpliciter scripserit *Filij mei heredes sunt, si uterque sine liberis decederit omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* [hac enim formula nullam inter fratres tacitam reciprocam induci non minus verum quàm receptum est.] Aut si maius fac duas esse substitutiones non ordine & gradatim factas, & quarum posterioris non euentus, sed esse sus à priori pendeat vt in *dist. §. cum ita.* sed æquè principales profususque discretas, puta si nouissimo decedenti auius neptem substituerit non in tota hereditate, quæ sola dicitio substitutionum ordinem & gradus inducit, sed in ipsius nouissimi tantum portione sub ea tamen conditione, si uterque filius sine liberis decederit: An in nouissimi persona existere conditionem sufficiat, vt saltè ad illius portionem neptis admittatur? Ego non puto, in eoque non tam à Papiniano quàm à nostris dissentio, qui Papiniani responsum tam elegans ad aliam speciem accommodatum ad istas profusus dissimiles trahunt. In istis enim dici non potest, cur testator in concipienda conditione vsus sit dictione collectiuè & vniuersali, nisi vt vtriusque conditionis euentum in singulorum persona & portione coniunctim requireret. † Itaque nepti partem his casibus persequenti non tantum obstant verba fideicommissi, sed etiam sententia testatoris, quia cessat ratio illa

S.C. Trebellian. in illis verbis Quia, Et, vel Et, verba utrosque fratres complecterentur. Quibus enim obsecro verbis possit pater utriusque filio apertius substituere? Aut quid inter est, an utriusque substituat, an singulis separatim si vnumquemque eorum decedere testatum velit? † Sanè si nec eis nec sibi dare se heredem dixerit, sed simpliciter substituerit hoc modo, si uterque impubes decesserit Sempronium substituo, admittam facilius eam videri voluntatem patris ut inter fratres conseruetur ius integrum legitimæ successionis, Sempronius verò soli nouissimo substitutus videatur non utriusque leg. qui duos. 42. vbi Castrensis de vulg. & pupill. substituitur. Hæc enim interpretatio & fratri superstiti fauorabilior est, & verbis satis conuenit, non quod excludendus sit substitutus si non uterque impubes decesserit (alioqui nec ad nouissimi decedentis hereditatem admittendus esset præmortuo alio pubere) sed quod dictio collectiua aliqualem coniecturam præbeat quod noluerit pater alterutro filio superstitè admitti substitutum ad præmortui successionem, sed præferri fratrem ab intestato.

† Vnde etiam fit quod nostri passim docent, & ego probo, ut si ab intestato frater fratri succedere aut noluit aut non possit, puta quod sit consanguineus tantum, qui proinde à matre defuncti excludatur Antistheni defuncto Codic. ad Terentium. non excludat ille substitutum, quemadmodum cap. 14. supra diximus ex Didaco qui alios refert & communem asserit ad cap. Raynuus. §. 8. numer. 5. Admittitur ergo illo casu substitutus ad præmortui hereditatem, ad quam sanè non esset admittendus, nulla extrinsecus accedente coniectura voluntatis, si ex vi & potestate dictionis collectiue potius quam fauore superstitis fratris extra illum casum excluderetur: maxime cum cæteris paribus mater fauorabilior sit extraneo quolibet substituto. † Quid igitur si in specie dict. legat. penultim. non extraneus substitutus fuisset sed alius quidam ex liberis? Fieri siquidem potest, & verò ita fieri moris est, ut quibusdam liberis alios liberos pater substituat leg. potest. 36. §. vltim. cum seqq. de vulg. & pupill. substituit. An priore defuncto impubere solus frater substitutus admitteretur? Id sanè consequens videtur sententiæ Bartoli, qui toties substitutum præfert quoties persona quæ superest in pari aut remotiori gradu est. Sic enim ille ad dict. §. cum ita numer. 3. & in fin. Sed contraria sententia verior est, ut concurrat superstes pupillus cum fratre substituto in successione intestati fratris, quod & Castrensis ipse probat ad dict. leg. penultim. numer. 6. tamen si in cæteris Bartoli distinctionem laudet. † Moueturque ex l. cum auus. 102. de condic. & demonstr. in cuius specie rogato nepote ut intra annum trigessimum moreretur hereditatem restitueret patruo eidemque coheredi, non facit ea substitutio quominus in causa successionis præferantur ab intestato nepotis liberi, excludantque patruum magnum à fideicommissi petitione. Me autem illud magis mouet, quod excludendi substituti siue extraneus ille si siue ex liberis eadem semper substituta quoad superest alter ex impuberibus. Nempe quod substitutus simpliciter si uterque sine liberis decesserit non nisi nouissimo decedenti substitutus videatur, ad conseruandum inter fratres præsertim impuberes succedendi ius ab intestato d. l. qui duos 41. de vulg. & pupill. substituit. Nec obstabit si quis obiciat interesse pupilli testamentarium heredem habere potius quam legitimum l. Iulianus. 42. alias l. si pupillus. de acquir. hered. Id enim fallit cum legiti-

mum heredem habiturus est fratrem, maxime impuberem qui alterius fratris impuberis vitæ insidiari nequeat: quo solo intuitu pupillaris substitutio pupillo commodior, & fauorabilior esse existimatur. † Porro quod dicimus ita concepta substitutione si uterque impubes decesserit, Sempronium substituo non tam propter dictionem collectiuam quam ex præsumpta patris voluntate excludi substitutum à prædefuncti impuberis hereditate, probari etiam nec ineleganter potest ex eo quod vulgo receptum est, si pluribus facta sit pupillaris substitutio absque vlla dictione collectiua hoc modo si in pupillari etate decesserint, perinde substitutum excludi quoad aliquis ex impuberibus superest, ac si dictionem collectiuam pater adiecisset. Ita nostri communiter in d. l. penultim. post Accursium in l. si pater. 25. D. de vulg. & pupill. substituit. eamque sententiam receptissimam esse Didacus super dicto loco refert. Nimirum quod hoc etiam casu illa vrgeat coniectura voluntatis paternæ ut frater fratri intestato succedat, substitutus autè soli nouissimo. Idque est, ni fallor, quod non obscure Iuriscultus docet in l. vel singulis. 37. codicem. non aliter videri patrem pluribus liberis substituente velle neminem eorum intestato decedere, quam si singulis substituat, ut intelligamus cæteris omnibus casibus ad conseruandum inter liberos ius integrum legitimarum hereditatum ita interpretandam substitutionem ut soli nouissimo facta sit. Et hæc dixisse sufficiat ad explicationem d. l. pen.

CAVTV XX.
De differentia pupillaris, & fideicommissariæ substitutionis, & quid si post mortem plurium relictum sit fideicommissum.

- SVMARIA.
- 1 Prima differentia inter pupillarem & fideicommissariam substitutionem.
 - 2 Casus quo ex fideicommissaria substitutione in alterutro decedentis portione succedi potest, licet in utriusque persona conditio non extiterit.
 - 3 Speciem de fideicommissaria substitutione initio capituli tractatam vbi commune habere cum specie l. auus. ff. de cond. & demonstr.
 - 4 Cur in d. l. auus. fideicommissum deficiat?
 - 5 Cur priore ex grauatis hereditibus sine liberis moriente, substitutus sub ea condicione si uterque sine liberis decesserit, non statim ad mortui portionem admittatur?
 - 6 An ille substitutus ad nouissimi partem admittatur si in prioris persona conditio defecerit?
 - 7 Quid iuris si duobus extraneis institutis & restituere rogatis, si uterque sine liberis decesserit, in prioris decedentis persona existat conditio, in alterius vero nec dum existat, nec deficiat?
 - 8 An in alterutro persona conditionem extitisse sufficiat, si non collectiue sed simpliciter ita scripserit, rogo vos ut si sine liberis decesseritis hereditatem restituatis Sempronio.
 - 9 Reuocatur Bartoli ad dictam questionem restrictio.
 - 10 Respondetur ad §. item si paterfam. l. si is qui ducenta. ff. de reb. dub.
 - 11 Vulgarem substitutionem duobus factam non nisi ad vnum effectum tendere.
 - 12 Quid in specie d. §. fauorabilem pro liberis interpretacionem inducat?
 - 13 Extrema d. §. verba Triboniani non Iuliani esse.
 - 14 Iuliani mentem & sententiam in d. §. eam non fuisse quam

- quam Triboniani credidit.
- 15 An Iuliano in specie d. §. absurdum visum fuerit ut filio heredi instituto extraneus per substitutionis interpretationem misceretur?
 - 16 Quis in d. §. sensus sit formula huius negatiue, si mihi filius aut filia heres non erit?

EXT quibus manifestum relinquitur quantà differentia sit inter pupillarem, & fideicommissariam substitutionem, cum vtraque concepta est sub nomine collectiua. Nam ex pupillari admittitur substitutus ad hereditatem nouissimi decedentis licet in persona prioris condicio defecerit, idque non tantum ex voluntate testatoris, quia cesset ratio illa Sabini quæ substitutum à prioris hereditate excluderet, sed etiã de rigore verborum, ut probauimus, quoniam pupillariter substitutus si uterque decesserit soli nouissimo substitutus intelligitur: d. l. qui duos. 42. de vulg. & pupill. substituit. Ex fideicommissaria verò non magis in vltima quam in prioris decedentis portione succedi potest, siue rigorem verborum inspicias siue testatis voluntatem, nisi in vtriusque persona condicio extiterit. † Excepto casu singulari de quo Papinianus in §. cum ita. l. heredes mei. 57. ad S.C. Trebell. propter specialem rationem quam nos cap. 18. enarrauimus. Nec vllus iuris locus est qui distinguat an superstit persona aliqua dilectior fideicommissario an nulla. præterquam cum quis ex descendens alteri hereditatem restituere rogatus est. † Quo casu placet rogati liberos ex tacita voluntate testatoris & ut Papinianus loquitur coniecturâ pietatis excludere fideicommissariam l. cum auus. 102. de condic. & demonstr. l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de insti. & substit. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicommiss. Sed nihil habet ea res commune cum eo de quo nunc disputamus. Ibi enim plus dictum, minus scriptum inuenitur, in quo nihil absurdi est. Hic verò si ad vltimam portionem post defectam in prioris persona conditionem admitteretur fideicommissarius plus scriptum quam dictum inueniretur, quod nec voluntatis nec veritatis ratio patitur. † Sed neque verum est in ea specie fideicommissum deficere propterea quod superesset persona quæ testatori charior fuisset quam substitutus. Deficit enim propter liberos nepotis de quibus testator non cogitauerat, quique nec tum cum testamentum fieret concepti erant: Cum tamen substitutus esset per fideicommissum nepoti si intra trigessimum annum moreretur, filius ipse testator non solum duplici gradu proximior, sed etiam testatori cognitus, adeoque coheres ab eo institutus: Captâ scilicet coniecturâ pietatis non solum ex voluntate & affectione aui erga pronepotes: quamquã & ea quoque magna ratio est quod attinet ad portionem in qua nepos fuerat institutus, sed etiam ex officio patris erga filium, in persona ipsius nepotis, quod impium alioqui futurum esset ea bona quæ nepos ab auo ex institutione accepisset liberis ipsius nepotis auferri ut ad patruum deuoluerentur: quomodo nos pluribus explicauimus lib. 7. cap. 14. † Ergo si quæras cur moriente sine liberis priore ex grauatis hereditibus non admittatur confestim is quem testator vocauit sub ea condicione si uterque sine liberis decesserit, non respondebo cum Bartolo, quia superstit persona dilectior (idè enim admittam etiam si ab extraneis hereditata idè enim admittam etiam si ab extraneis hereditata idè enim admittam etiam si ab extraneis hereditata) sed quia fideicommissum relictum sit filio aut proximiori ab eo institutus (sed, quia fideicommissi condicio non extitit) † Eademque ratione cõtendam nec ad nouissimi partem admitti eum debere, quisquis tandem ille sit, si in prioris persona condicio defecerit. Idque non minus ex testatoris voluntate quam ex vi dictionis col-

lecturæ. Nam & id voluisse quisque præsumitur quod dixit l. Labco. 7. §. ad Tubero. D. de supellect. legat. nec aliter à significatione verborum recedi oportet, quã cum manifestum est aliud tenuisse testatorem l. non aliter. 69. de legat. 3. † Quid igitur si duobus extraneis institutis, & restituere rogatis si uterque sine liberis decesserit in prioris decedentis persona existat conditio, in alterius vero, nec dum existat, nec deficiat? Non potest vtrique videri testator conseruare voluisse ius legitimæ successionis sicut nec ius ad crescendi inter grauatos, ut ex nouissimi persona totum perueniret ad fideicommissarium, cum ipsi nec ab intestato possint inuicem sibi succedere, nec habere ius ad crescendi post agnitas portiones. Ut proinde mirum non sit dictionis collectiue aliam esse vim in pupillari substitutione quã non nisi liberis fieri potest, aliam in fideicommissaria quæ & extraneis fieri potest, & cum liberis sit non fit tanquam liberis, sed tanquam extraneis quibuslibet. Itaque non potest videri fideicommissarius nouissimo tantum substitutus qui duobus siue liberis siue extraneis substitutus est si uterque sine liberis decesserit, sed vtrique, nec id separatim sed cõtundam & cõtundam uè ut appareat in vtriusque persona euentum conditionis, quæ vna tantum est necessario requiri. Alioquin si fideicommissarius nouissimo tantum substitutus conferetur, in ipsius duntaxat portione succederet, nec in ea portione, prioris hereditatem inueniret [quomodo inuenit substitutus pupillaris] nec si fratres rogatos proponeres, ac priori intestato superstitem successisset. Non enim veniret in fideicommissum quantumvis vniuersale, quod frater à fratre non ex iudicio testatoris ut in d. §. cum ita, sed ab intestato habuisset. Restat igitur ut cum in prioris tantum persona conditio extitit, in pendenti sit eius portio an fideicommissario debeat, atque interea penes defuncti heredem remaneat in id vltimum tempus quo in posterioris quoque persona conditio impleatur, Perpetuo remansura si condicione deficere contingeret. Quod & Castrensis ipse fatetur ad d. l. qui duos. n. 3. de vulg. † Quod si testator non dictione collectiua usus sit, sed ita simpliciter scripserit, rogo vos ut si sine liberis decesseritis hereditatem restituatis Sempronio. Dico perpetuè illud esse ut in alterutro persona condicione extitisse sufficiat ad hoc ut ad illius portionem fideicommissarius admittatur, ex l. vlt. §. filium, de leg. 2. l. Lucius. 78. §. Caio ad S.C. Trebell. Non illa tantum ratione qua Bartolus nititur, quod huiusmodi pluralitas resoluatur in suas singularitates tanquam recipies diuersos effectus ex d. l. 3. §. vlt. de cond. & demonstr. Sed etiã quia testator cum heredibus loquendo sicuti singulorum fidem in singulorum portionibus secutus esse intelligitur, ita in cuiusque portione propriâ distinctamque conditionem adscripsisse videtur, cum dictio illa vos distributiua sit, quemadmodum & verba illa vobis mortem vestram. † Nec possum probare quod idè Bartolus perpetuè illius distinctionis suæ memor hoc ita vult intelligi, si non superstit persona, quæ ex verisimili voluntate testatoris excludat fideicommissarium substitutum. Ita enim fieret, ut quod constitutum est in d. §. filium & §. Caio restringi oporteret ad eum casum quo rogati essent extranei, non liberi aut alij inter quos legitima successio locum habere posset: Quæ tamen restrictio esset minus magna ut Castrensis loquitur ad d. §. Caio. n. 3. tamen si conetur ibid. n. 5. cum defendere, & fratrem superstitem fideicommissario præferre cum ambo fratres instituti sunt, & ab altero duntaxat relictum fideicommissum, in quo tamen nec rationem habet ille, nec legem. † Nã quod Bartolus obicit ex l. si is qui ducenta. n. 13. §. item si pater familias de reb.

sub. ita locuto testatore si quis mihi filius aut filia gignetur heres mihi esto, si mihi filius aut filia heres non erit. Senus heres esto non esse admittendum extraneum siue filius siue filia nati fuerint, ad rem sanè non pertinet. Primum quia loquitur eo loco Iulianus de vulgari substitutione, in qua facilius excluditur substitutus quandiu aliquis superest ex iis inter quos locus est iuri adrecedendi, vt à nobis dictum est in superioribus ex eodem Bartolo in leg. quidam testamento 30. de vulg. & pupill. substituit. & in leg. quamuis per illum textum. C. de impuber. & aliis subst. Præsertim cum vulgari facta duobus nõ tēdat nisi ad vñ effectum, id est ad succedendum in vna vnius hominis hereditate, licet tot sint portiones hereditariæ quot sunt institutorum personæ, vt ex Bartolo cõtra Bartolũ disputemur. Hanc enim rationem solent ille reddere, cur concepta vulgari per verba pluralis numeri non resoluitur pluralitas in suas singularitates, quomodo resoluitur cum fideicommissaria substitutio facta est.

11 Rursum in specie dicit. §. item si paterfam. magna est in verbis ambiguitas propter dictionem disiunctiuam quæ sæpenumero accipitur pro coniunctiuam, & contra l. coniunctionem. 29. l. sape. 33. de verb. signific. l. cum quidam. 4. C. eod. l. generaliter. 6. in princ. C. de institut. & subst. Mirũ igitur non est aut iniquum, accipi in dubio eam interpretationem quæ sit liberis fauorabilior vt in d. l. generaliter. Et hæc sanè ratio, vt dicã quod mihi videtur, Tribonianum potius quàm Iulianum mouere potuit. Neque enim dubito quin Tribonianus non Iuliani sint verba illa extrema, sed procliuor est testatoris sententia sic esse interpretanda vt siue filius siue filia nati ei fuerint extraneus non admittatur nisi specialiter hoc testator expresserit. quod à nobis iam indicatũ fatique comprobatum est lib. 12 c. 17. Frequentissimũ quidem est Triboniano specialem voluntatem expressionem requirere vbi nullam Iurisconsultus requireret, cuiusmodi locos plerisque memini iam à me aliàs adnotatos. Neque verò latina est illa locutio, sed procliuor est sententia testatoris sic esse interpretanda quam ideo iam pridem Haloander emendauit, atque ita restituit, sed procliuor est sententiam testatoris ita esse interpretandam. Mouent me etiam verba illa, vt siue filius siue filia nati ei fuerint malè & ridiculè & Triboniano ad Iuliani contextum accommodata. Non enim ita erat concepta condicio si mihi filius aut filia non nascetur, sed ita si mihi filius aut filia heres non erit. Fieri siquidem poterat vt vterque nasceretur, nec tamen vterque heres esse vellet. Et verò natum vtrumque lex ponit, cum disputat an non aliter vtritur extraneus quàm si nec filius nec filia heres sit. Item cum ait ita concipi debuisse condicionem si mihi neque filius neque filia heres erit. Et rursũ apertius in illis verbis si quis cũ filiu & filia habeat quæ nõ nascituros, sed iã natos liberos demonstrant. Debuerat igitur in sequentibus ita scribi, accommodatè scilicet ad proposita verba testamenti & ad disputationem Iuliani vt si neque filius neque filia heres erit, aut vt siue filius siue filia heres erit. Porro non eam fuisse Iuliani mentem quam Tribonianus credidit (totum enim illum vericulum sed procliuor est accipio pro Triboniani adnotatione, qui proculdubio ea dictione procliuor, Iulianũ intelligit) ex eo cõiicio, quod Iulianus dicebat formulã conditionis ita conceptã si mihi filius aut filia heres nõ erit, posse interdũ esse necessariã, hoc est, inquebat ille, si quis cum filium & filia habeat vtrique velit herede institui sed siue alter heres futurus sit, extraneũ miscere, siue neuter, extraneũ substituere. Ex quo apparet, nõ fuisse visũ absurdum Iuliano vt filio heredi instituto extraneus per substitutionis inter-

pretationem misceretur: Eamque interpretationem non solum in dubio amplectendam esse, sed etiam necessariõ, cum ad hunc casum exprimendum necesse sit hanc ipsam conditionis formulam usurpari. Itaque non dicit Iulianus testatorem qui ita scripsit, si mihi filius aut filia heres non erit. Senus heres esto non satis voluntatem suam declarasse an filio heredi repudiante fortassis filia extraneum miscere voluerit (declarauit enim apertissimè nec potuit apertius) sed non satis declarasse an non aliter extraneum heredem esse vellet, quàm si neque filius neque filia heres esset. Si enim illa erat voluntas, condicionem sic concipere debuerat, si mihi neque filius neque filia heres erit, quod cum non fecerit, cur in dubio si quid dubij est in tam apertis verbis credamus aliud eum voluisse, quàm quod expresserit? Et sanè si proprius inspicias planè absurda & improbabilis est illa Triboniani adnotatio & sententia vt huius formulæ negatiuæ si mihi filius aut filia heres non erit, sensus ille sit affirmatus planèque ex diametro contrarius, si mihi filius aut filia heres erit. quod quis sani iudicij homo possit vnquam admittere? Si enim vilo casu verũ esse potest quod in non dissimili quaestione scribit Modestinus in l. si alij fundum. 9. de usufruct. legat. plus interdum valere quod scriptũ, quàm quod actum est, planè non video quando melius & verius iudici possit, quàm cum id quod actum est non solum scripto non conuenit, sed etiam repugnat apertissimè. Sed & si voluntas scripturæ præferenda esset, quomodo sanè in conditionibus primũ illa locum obtinet, illud tamen vtique fatendum esset, contrariæ voluntatis probationem non à substituto exigendam, qui pro se verba testamēti habeat, sed à filio potius, qui contra germanum sensum verborum voluntatem alleget testatoris, d. l. non aliter. 69. de leg. 3. l. si scripsisset. 46. de legat. 2. cum similib. Vt vt sit, non potest ille Iuliani locus probare fideicommissarium qui ad vnius ex heredibus rogatis portionem vocatus est, repellendum esse à fideicommissi cuius condicio extiterit, petitione, propter personam superstitem, quàm verisimile sit testatori chariorem fuisse. Ibi enim negat Iulianus aut potius Tribonianus substitutionis condicionem existere siue filius siue filia nascatur. Bartolus verò illud contendit, moriente vno ex rogatis heredibus condicionem quidem in eius persona existere, sed non tamen ilicò admitti fideicommissarium ad ipsius portionem si fauorabilior persona superfit. Illud sanè verum est quod Tribonianum fefellit, non esse verisimile quod testator alienam sobolem propriæ antepone re voluerit dicit. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicommiss. Sed id eò pertinet vt liberi & descendentes heredibus rogati qui ipse sit ex descendentes præferantur substituto in portione patris, ac si fideicommissio adiecta esset condicio, si sine liberis, d. l. cum auus. de cond. & demonstr. non autem vt à substitutione fideicommissaria cuius condicio extiterit excludatur fideicommissarius propter fratrem defuncti superstitẽ. Id enim falsum est nec vsquam proditũ. Multoq; facilius admitti potest induci tacitã conditionẽ ex cõiectura pietatis, præter verba testamēti, quã vt cõtra vim ipsam verborũ repellatur quis in eũ casum in quem nominatim & disertè vocatus est. At quid si testator ita scripserit: si heredes mei sine liberis decesserint, substituo Sempronium. Verius fortasse est conditionem ita conceptam per verba indefinita æquipollere vniuersali, & perinde esse ac si ita scriptum esset si omnes heredes mei. argum. l. si pluribus. 44. de legat. 2. l. si plures. 98. de legat. 3. quò casu iã diximus in superioribus vno ex heredibus moriente sine liberis non admitti confestim fideicommissarium

nam, sed ita demum si in alterius quoque persona condicio eueniat. Quod enim nostri dicunt, pluralitatem resolui in suas singularitates, ad hunc casum non pertinet, in quo non tantum pluralis locutio est, sed etiam vniuersalis per æquipollens: vniuersalitas autem vt etiam dictum est, nunquam resoluitur in singularitates sed verificari in singulis coniunctim debet d. l. si is, qui ducenta 13. §. vtrum de reb. dub. Nõ idem dicerem si cum ipsis heredibus testator locutus esset hoc modo si sine liberis decesseritis rogo hereditatem restituere Sempronio. Illa enim oratio quæ condicionem continet, neque vniuersalis est, neque indefinita, sed potius distributiua propter subintellectũ pronomen vos quod est distributiuum, & ad singulas heredum personas refertur, aut si mauius, ad omnes quidem, sed non tanquam ad omnes, at potius tanquam ad singulos d. §. filium & §. Caio. Itaque qui sic scribit si sine liberis decesseritis non idem sentit quod si diceret si sine liberis omnes decesseritis. Dicitio siquidem collectiua omnes facit vt in omnium persona condicionem impleri non minus necesse sit quàm si ita scriptum esset si omnes sine liberis decesserint. Planè si ponas ita relictum fideicommissum si Titius & Caius sine liberis decesserint, hereditatem Sempronio restituere volo, probabilius est singulis ex fideicommissio substitutum Sempronium, diuisamque condicionem, vt si Titius sine liberis decessat, admittatur ad eius portionem Sempronius, licet postea superstites liberos Caius reliquerit arg. d. §. Caio & §. filium. Nepe quia personarum enumeratio inducit, non tantum oneris, sed etiam conditionis diuisionem d. l. cui fundus 56. de cond. & demonstr. Proceditque optimè isto casu textus dicta l. falsi. §. vltim. eod. vt pluralitas resoluitur in suas singularitates, nempe cum singularitates præceterunt, nec habet pluralis locutio quicquam vniuersale, aut quod vniuersali æquipolleat. Hoc ita nisi in dispositiuis verbis fideicommissi, testator mentionem fecerit totius hereditatis vniuersaliter: aut etiam quod idem est, hereditatis, indefinitè. Illis enim casibus aperta videtur voluntas vt non nisi existente in vtriusque grauati persona conditione fideicommissarius admittatur. Quæ fuit iam olim sententia Bartoli in l. quidam testamento. 30. de vulg. & pupill. substituit. à Baldo probata in l. pen. C. de impub. & aliis subst. licet ab aliis ferè omnibus communiter improbat, vt refert Alex. contra Bartolum consulens conf. 92. incip. super eo de quo queritur, in fin. vol. 3. Nec me mouet textus qui pro communi opinione adduci solet aduersus Bartolum in d. l. filium. vbi proponebatur vsus testator verbo illo vniuersali, quicquid vobis legami. Obseruandum enim est iunctum verbum illud vniuersale dictioni distributiua vobis, quæ efficit, vt non de tota hereditate, sed de singulis singulorum portionibus sensisse testator videatur. Minus quoque obstat quod Papinianus respondit in d. §. cum ita l. heredes mei ad Trebell. Nã ex iis quæ diximus c. 18. apparet non illam esse Papiniani sententiã, quæ vulgo creditur, vt qua ratione voluit testator substitutũ fideicommissariũ habere totã hereditatẽ, existente conditione in persona vtriusque, eadẽ videatur voluisse, vt haberet partẽ hereditatis, si in alterutris tantum parte condicio existeret (neque enim ita Papinianus loquitur) sed admittit ille substitutã neptem ad portionem nouissimi in cuius persona condicio extiterat, quia soli nouissimo fuerat substituta, nec quod in prioris persona condicio defecisset, faciebat vt eò minus admittenda esset neptis, sed tantum vt eo minorẽ minúsque locupletem consequeretur hereditatem

tem, cessante scilicet non secunda substitutione sed primã cuius condicio nil commune habebat cum posterioris condicione. Et hæc interpretatio vel hoc ipso magis amplectenda est, quod in specie à Papiniano proposita vsus fuerat testator dictione collectiua, qua concurrente non possum intelligere quid sit quod suadeat, sufficere vt eueniat condicio in alterutris persona. Minusq; dubitationis habet in eo iudicio hæc Bartoli sententia cum condicio concepta est per dictionem siue collectiuam siue indefinitam, nulla adiuncta distributiua, quibus casibus iam diximus etiam si non sit relictum fideicommissum in tota hereditate vniuersaliter, aut in hereditate indefinitè, sed tantum simpliciter, nihilominus requiri in persona vtriusque implementum condicionis. Sanè quod nostri vno ore sentiunt, nullo casu ex istis induci reciprocã, verisimum esse arbitror & ex iis quæ supra tractauimus apertissimè confirmatum. Superest vt de illo videamus, si fideicommissum post mortem plurium relictum sit, an inter heredes inducatur reciproca, aut an vno ex ipsis mortuo fideicommissarius illicò admittatur. Et si quidem relictum sit simpliciter nulla hereditatis aut bonorum vniuersaliter vel indefinitè facta mentione non est, qui dicat fructu reciprocã, imò fatentur omnes vno ex iis mortuo admittendum in eius portione fideicommissarium ex d. §. Caio. Nisi superfit persona quæ illum excludat ex verisimili voluntate testatoris. Sed si facta sit in tota hereditate, Pauli Castrensis opinio fuit censeri eam factam vltimo decedenti in l. penul. C. de impub. & aliis subst. nu. 3. & consequenter reciprocã induci ex d. §. Siã liberis. l. Titia testamento. 87. de leg. 2. Quam sententiã à plerisque ex recentioribus probatam video, vno saltem illo casu quo superfit persona verisimiliter substituto præferenda. In quo tamen vereor ne illos deceperit quod hoc casu Bartolus, & qui Bartolum sequuntur, excludunt substitutum, vt superstitem eundemque grauatum præferant. Sed non ideo volunt induci reciprocã inter coheredes, quæ nec necessaria est si persona superstes talis sit, quæ priori mortuo possit ab intestato succedere. Hoc enim casu sufficit à testatore conseruatum esse ius integrum legitimæ successionis. Quod si non sit inter eos legitimæ successionis locus, nihil interest superstitis an substitutus admittatur necne, & quæ nimirum casu placet nostris admitti substitutum tanquam à singulis non tantum ab vltimo decedente relictum videatur fideicommissum, quod post mortem omnium relictum est. Quare frequentiori calculo reprobata est illa Castrensis sententia testis Didaco Couar. ad cap. Raynuus. §. 8. numer. 4. per tot. vbi post alios defendit ille, si non superfit persona dilectior admittendum esse substitutum ad partem eius qui prior sine liberis decesserit. Ego verò sicut non probo, quod Castrensis putabat facta substitutione post mortem plurium in tota hereditate, reciprocã induci, ita nec possum admittere quod isti volunt, locum fieri fideicommissario antequam heredes omnes decesserint. Verius enim puto expectandam omnium mortem, ne fiat omnino contra voluntatem si viuis quibusdam admittatur is quem non nisi post omnium mortem admitti testator voluit: Nam quibus, obsecro, verbis dici possit apertius, vt non nisi mortuis omnibus admittatur fideicommissarius, quàm si disertè post mortem omnium sit inuitatus? In eamque rem textus videtur apertissimus in leg. codicillis. 34. de usufruct. legat. vbi cum relictum esset fideicommissum republicæ post mor-

tem libertorum omnium, negat Scauola, reipublica quicquam deberi quoad aliquis eorum uiuat. Scio Bartolum & post eum ceteros ferè omnes illius responsi rationem sumere, non ex fideicommissi verbis, sed ex natura relictæ, hoc est habitationis. In qua si- cut & in usufructu speciale esse aiunt, vt etiam post agnitionem admittat ius ad crescendi *ex l. 1. §. vlt. de usufr. ad cresc.* Sed cum textus ille de usufructu tantum loquatur in quo speciale est, vt diuidi possit, difficile est, vt trahi possit ad habitationem quæ prorsus indiuidua est sicut & ceteræ omnes seruitutes *l. 1. §. si usufructus. D. ad l. Falcid.* Nam in re indiuidua plane non intelligo quo casu aut qua ratione locum habere possit ius ad crescendi, quod & ante nos eleganter obseruauit Ripensis *ad d. §. cum ita. n. 26.* Deinde obseruandum est, non de illo querere Scauolam an mortuis quibusdam ex iis quibus habitatio legata fuerat eorum portiones ad crescant collegariis superstitibus, an verò deferantur reipublicæ [cum enim reipublicæ fideicommissum relictum fuisset non habitationis, sed proprietatis domus, non poterat reipublica controuersiam facere habitationis] sed de illo tantum dubitatur apud Scauolam, vtum fideicommissum proprietatis domus deberetur reipublicæ in portionibus eorum qui iam decessissent. Hoc ergo cum neget Scauola, non tam videri potest respexisse ad conseruandum inter legatarios ius ad crescendi in legato habitationis, quam ad id quod priusquam legatarij omnes decesserint non videatur extitisse conditio fideicommissi post ipsorum mortem relictæ. Nec mouet quod Rip. obiicit non fuisse in ea specie proprietatis fideicommissum relictum ab illis quibus tantum habitatio fuerat legata, sed ab herede ad quem durante habitationis legato proprietatis spectabat. Nam vel ex eo magis inferri potest, si ab ipsis legatariis fideicommissum proprietatis relictum fuisset reipub. multò minus admissam iri eam, quandiu aliquis ex legatariis uiueret. Magis enim ipsis parcendum esset, cum & ab iis & post eorum mortem fideicommissum deberetur quam si ab alio post ipsorum mortem. Quanquam non tam illud inspici volo à quo relictum sit, quam sub qua conditione aut in quod tempus. Neque simile est, quod nostri volunt & ego non improbo, si vir & uxor bona sua donauerint monasterio his verbis, *post mortem nostram*, alterutro mortuo bona illius statim acquiri monasterio non expectata superstitis morte, De quo Bart. *in d. §. Caio Bald. post Dinum & Cinum in d. l. penult.* vbi etiam Castr. *C. de impub. & alijs substit.* Id enim fit non fauore monasterij vt vulgo creditur, sed quia quod

illi donauerunt his verbis additis, *post mortem nostram*, non censetur donatum post mortem omnium, sed post mortem singulorum, ex natura illius dictionis *nostram*, quæ, vt diximus, est distributiva. † Diuersum igitur est cum aut donatum aut fideicommissi iure alicui relictum fuit à pluribus post mortem omnium. Tunc enim omnium mors expectanda est, ac si donatum aut fideicommissum esset post mortem nouissimi. † Quæ res erroris causam præbuit Castrensi existimanti, quemadmodum nihil interest an post omnium mortem, an post mortem nouissimi fideicommissum relictum sit, ita nihil referre an post nouissimi mortem relictum fuerit, an à nouissimo decedente, *ex d. l. codicillis*, vbi cum testator sic scripserit, *post cuius nouissimi decessum ad reipublicam Arelatensem pertinere volo*, respondit Scauola posse ea verba sic accipi, vt eius legatarij, qui nouissimus decederet fideicommissum videatur. Succedit enim alia propositio iam toties in superioribus repetita, quæ habet substitutionem fideicommissariam ab ultimo decedente factam in tota hereditate, inducere reciprocam *ex d. §. Scia libertis*, sed animaduertere Castr. debuerat, imò verò longè interesse an post mortem nouissimi an à nouissimo ipso fideicommissum testator reliquit, cum fieri possit vt diximus, & verò ita fieri in dubio credendum sit, vt à singulis fideicommissum relinquatur, ex die tamen aut potius sub conditione mortis omnium. Quod cum sit non solum medio tempore portionem primi decedentis penes ipsius heredem remanere necesse est, sed illud etiam sequitur, si ante nouissimi obitum decedat fideicommissarius nihil eum transmittere ad heredem, hoc est ne præmortui quidem, in cuius persona conditio extiterat, portionem, quasi defecta conditione, quæ licet in plurium persona, vna tamen erat, cum dies incertus, qualis est mortis pro conditione habeatur *l. dies incertus. 75. D. de cond. & demonstr.* indeque eueniat, vt is cui post alterius mortem restituenda erat ex fideicommissio hereditas si ante moriatur, nihil transmittat *l. Statius Florus. 48. §. Cornelio Felici ff. de iur. sigc.* † Et quod contra respondisse videtur Scauola *in d. l. codicillis*, specialem habet rationem, quia testator qui pluribus legauerat, prioribus decedentibus superstitibus discretè substituerat illis verbis, *vt qui ab his decesserint portio eius reliquis ad crescat.* Inde enim fit, vt non possit videri reipublica substituta primis decedentibus sed tantum nouissimo, quemadmodum supra diximus in interpretatione *d. §. cum ita* sed si reciproca nulla præcessisset, aliter proculdubio Scauola respondisset.

CLARIS



CLARISSIMO VIRO
IOANNI VAUDO
SERENISSIMI SABAVDIAE DV-
CIS CONSILIARIO, IN SENATV PEDEMONTANO
Senatori & in Taurinensi Academia Iurispru-
dentiæ professori Primario,
ANTONIUS FABER S.P.D.



*V*antum tibi debeam, vir clarissime, etsi neque pluribus verbis recensere necesse est, neque alium mihi testem querere, quam te ipsum: facio tamen perlibenter, vt in tuorum erga me beneficiorum repetenda memoria, qua nihil habeo iucundius, non solum frequentissimè animum meum exerceam, sed etiam suauissimè conquiescam. Inter cetera verò illud mihi omnium, vt antiquissimum, ita gratissimum occurrit, quod iam inde ab ineuntibus studiorum meorum cunabulis, cum præclarissimo ætate nostra Iureconsulto Ioanni Antonio Manutio præceptorum tuo alumnus me darem, Tu & publicis iam tum prælectionibus, & familiaribus, qua tua humanitas erat, colloquij rudiorum infantiam meam sic complectebare, vt facile intelligerem parum referre an ex ipsis Manutiana eruditionis vberibus vera rectaque iuris addiscendi ratio, an ex tuis mihi esset haurienda. Atque utinam magnus ille vir, & si quis unquam alius ad ciuilem nostram scientiam principia ingeniosissimè pertractanda bene natus, elegantissimis cogitationibus suis in publicum edendis curam aliquam & diligentiam ad minimam adhibere persuaderi potuisset. Non egerent nunc cineres eius testimonio nostro vt prudentum illorum veterum subtilitatem adequasse, eorum verò quos ætas nostra tulit, non paruo sanè interuallo superasse crederetur. Quamquam quid ego hac de re tecum de illo conqueror & exoptulo? Ac non potius de te ipso, qui vnus inter omnes quotquot sunt tota Italia iuris professores celeberrimus, in eam iam pridem viuis & perstas hæres, vt ad illustrandam scriptis tuis iurisprudentiam nihil conferre studeas, quasi nec quicquam ex ingenio tuo tam vberè ac fecundo in eam rem accedere posse arbitreris. Quo nomine si te grauioribus quam illum pænis dedendum dixerò, vereor ne pro tua modestia durius id à me quam verius dictum suspicere. Sed habeo tamen quod me sic & dicere & sentire non solum suadeat, sed etiam ita cogat, vt nec te negare patiar. Nam si tuos illos variarum questionum libros à te prius iam editos, quam Doctoratus lauream assecutus esses, tanta eruditorum omnium adprobatione, tantoque applausu exceptos vides, vt & subtilitatis & doctrinae copias quibus abundant, maiores requirere vix quisquam possit, quam multo locupletiora videremus, qua nunc exhiberes, si qua continuata per tot annos docendi iuris exercitatione cumulasti, proferre velles, nec diutius nobis inuideres. Non sum ego tam consideratus, qui licet tenuitatis meæ mihi adprimè conscius publicarumque functionum vinculis constrictus, non desino tamen in singulos ferè annos, aliquid parturire, vixque dum conceptos factus edere, vt illi etiam qui meæ hæc non probabunt, fateri aliquando cogantur, ingenium mihi potius quam bene de libris nostris merendi animum, studiumque defuisse. Etsi bene me spernere iubet coniectura illa tua, quam de prioribus Coniecturis meis fecisti, nisi forte iudicio tuo alioquin lucidissimo charissimi discipuli nomen tenebras offudit, vt coactus magis quam inuitus ea probaueris, qua si omnino liberum fuisset, improbare potius debuisses. Sed de me scriptisque meis sentient quidem alij posterique vt volent. Me neque tam peritum unquam iudicabo, vt omnibus placere posse existimen, neque tam insulsam aut ineptam vti ne nonnullis etiam peritioribus hæc nostra saltem aliqua ex parte

probari posse sperem. Probabitur sanè mihi liber hic inter ceteros precipuo quodam & suo iure, si facere poterit, ut observantia erga te mea, gratique animi qualemcunque hanc testificationem tibi non iniucundam, mihi etiam honorificam publicè extare patieris. Bene vale vir clarissime, & me quod facis, fratremque meum charissimum, tui, ut audio iubeoque, studiosissimum amare perge. Dat. Camber. Id. April. 1597.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS ET IN
GEBENNENSIS DVCATVS AV-
ditorio Præsidis,
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber decimus quartus.

CAPVT I.

Explicata & emendata l. Pannonius Auitus 86. De acquir. hered.

SVMARIA.

- 1 Hereditatem non agnitam exceptis duobus casibus non transmitti.
- 2 Cur in suis heredibus & in l. si infanti C. de iur. delib. transmissio locum habeat?
- 3 Quatuor casus quibus heredi heredis succurritur, ut non transmissa hereditas commodè nihilominus sentiat.
- 4 De adaptatione & conuersione l. sed & si. ff. de bon. possell. cont. tab. cum alia eiusdem tituli lege.
- 5 Cur hereditas non adita non transmittatur?
- 6 Legatum, sicut & fideicommissum vniuersale perinde ac singulare in heredem legatarij & fideicommissarij transmitti.
- 7 Cur legatum & fideicommissum ignorantibus acquiratur?
- 8 Hereditatem licet non aditam aliquando in heredem transmitti beneficio restitutionis in integrum.
- 9 Militem qui bonorum possessionem proximi cognati intra tempus prescriptum non petiit, nec restitutus est, non aliter eam ad heredem transmitti posse quam si declarauerit velle se heredem esse, aut habere tempus ad deliberandum.
- 10 Restitutionem nec minori nec absentis Reipub. causâ dari nisi concurrente & probatâ lesione.
- 11 Quid iuris, si absentis Reipub. causa & ignorantibus concurrentibus, & ille prius defunctus sit quam sibi delatam successionem cognosceret?
- 12 An aliud iuris obtineat si ex alia quam Reipublica, iusta & necessaria causa absuerit?
- 13 Quatenus ei succurrendum sit, qui ex voluntaria quidem, sed probabili causâ absuit?
- 14 An, si intra diem aditionis miles decesserit, restitutio heredi eius competat?
- 15 Refellitur sententia Interpretum existimantium, eiusmodi restitutionem non solum heredi militis, sed etiam minoris & cuiuslibet alterius absentis competere.
- 16 Non per restitutionem sed per decretum succurri heredibus heredis in ea hereditate quam heres ex iusta aliqua causa impeditus adire non potuit?
- 17 Legem Pannonius Auitus 86. ff. de acquir. hered. pra Interpretum sententia facere.
- 18 Species & questio dictæ legis.
- 19 Heredi qui intra diem aditionis decessit restitutionem non competere, nec proinde heredi eius, eamque fuisse Papinianum in d. l. sententiam.
- 20 Tribonianum aequitatis prætextu & specie motum non nihil in d. l. de suo adiecit.
- 21 Diu Pij rescriptum in d. l. a Triboniano relatum ad Papinianum responsum minime pertinere.
- 22 Vnicum fuisse illud Diu Pij rescriptum.
- 23 Bonorum possessionem in d. l. Pannonius, filio non aliter quam ex testamento delatam fuisse.
- 24 Patri in specie d. l. subueniendum, non tanquam heredi filij, sed ex proprio iure & capite.
- 25 An per in integrum restitutionem? Distinguitur.
- 26 Cur in specie proposita in rescripto Diu Pij patri per in integrum restitutionem subueniri non possit?
- 27 Minori aduersus aditionem aut omissionem hereditatis post distractas res hereditarias per in integrum restitutionem non subueniri.
- 28 Explicatur & limitatur l. vlt. in fin. C. de repud. vel abstin. hered.
- 29 Quomodo in superiore Diu Pij rescripto patri subueniendum sit?
- 30 Differentia inter constitutionem Iustiniani in l. si infanti. 18. C. de iur. delib. & illud Diu Pij rescriptum.
- 31 Alia ratione probatur, patri in specie dicti rescripti per in integrum restitutionem succurrendam non esse.
- 32 Distinctionem à Papiniano in iud. l. propositam Diu Pij rescripto postea allegato non conuenire.
- 33 Speciem à Papiniano in d. l. Pannonius tractatâ ab ea specie differre, qua Diu Pij rescripto continetur.
- 34 An quod à Papiniano in d. l. ex æquitate responsum pertratur in herede eius qui Reipub. causâ absuerat, ad alios heredes minoris vel alterius cuiuslibet, qui ex alia quam iusta & necessaria causa absuit, sit protrahendum?
- 35 In quo melior esse debeat hac parte conditio eorum qui Reipub. causa absunt, quam minoris aut aliorum qui Reipub. causa non absuerunt.
- 36 In quo conueniam?
- 37 Quis in l. i. C. de restit. milit. sensus sit horum verborum, ita demum si post exactos dies, & an in d. l. abudat?
- 38 An defuncto ante aditam hereditatem minore, heredi eius restitutio danda sit ut adire possit?
- 39 Quid in extraneo infantis herede obtineat?
- 40 Responderetur ad l. qui duos 9. ff. de reb. dub.



† veteris, & noui iuris regula est, hereditatē nō agnitā non transmitti l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollen. præterquam ascendentium in descendentes ex Theodosij constitutione in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul. aut ratione adiuncti iuris deliberandi, si intra tempus, quod Iustiniani lege ad deliberandum datū est heres decesserit. l. cum in antiquiorib. 19. C. de iur. delib. † Extra has exceptiones supradicta regula perpetua est. Nam in suis heredibus ideo locum habet transmissio, quoniam

hā ipso iure heredes existunt absque vlla agnitione. l. in suis. 14. ff. de suis & legit. l. apud hostes. 8. C. cod. l. i. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omis. caus. testa. In casu autem legis si infanti 18. C. de iur. delib. hoc est cum infanti delata fuit hereditas, nec illam eius nomine patet adiit, acquiritur hereditas patri, non vi transmissionis, sed iure patriæ potestatis ut lex ait, & ex constitutione Iustiniani aduersus receptas iuris regulas, secundum, quas haud dubiè finitur morte filij ius potestatis. † Aliquando tamen succurritur heredi heredis, ut etiam non transmissa hereditas commodum nihilominus sentiat, siue data ei actione contra illum per quem factum est quominus hereditas transmitti potuerit, ut in l. i. §. non nunquam. ff. si mulier vent. nom. calum. caus. in possess. eff. dicet. siue concessis illi hereditariis actionibus vtilibus, quemadmodum S. C. Siliano constitutum est, si heres institutus ideo non adierit, quod propter Senatusconsulti prohibitionem non potuerit aperire tabulas testamenti antè habitam de occisi familia questionem. l. 3. §. eleganter. ff. de S. C. Silian. Quo exemplo idem seruat Prætor in bonorum possessione, si Carbonianam dederit aduersus eum, qui secundum tabulas, aut vnde agnati obtinere potuisset l. scriptus. 12. ff. de Carbo. ed. Succurrit enim illius heredi, decernitque saluum illi esse commodum eius possessionis, quæ defuncto competierat: Sicut & decreto locus est, quoties is, qui siue ex testamento siue ab intestato rem omnimodo habiturus erat, decessit incerto eo an venter præteritis vacuus esset, an plenus. Non. n. illi solum qui in vtrumque euentum succedere potuit subuenitur per decretum. l. ventre. 84. de acq. here. de cuius sententiâ scripsimus lib. 1. c. 10. sed ipsius quoque heredibus, si fortè decesserit ille priusquam decretum impetraret. l. sed etsi decesserit. 5. ff. de bon. poss. cont. tabul. vbi Iulianus scribit, debere Prætorum decernere saluum esse heredis heredibus commodum bonorum possessionis aut secundum tabulas si venter vacuus fuit, aut contra tabulas, si plenus. † Itaque debuerat illa lex accommodari ad posterioriorem partem dictæ legis ventre, potius quam ad §. vlt. l. 4. cod. iur. De bonor. possess. cont. tabul. vbi tractatur de filio emancipato dubitante, non an venter sit vacuus, necne, sed ex qua causa sibi competitura sit bonorum possessio nondum nato posthumo, quem sciat esse conceptum. Eo siquidem casu dat ei Iurisconsultus bonorum possessionem contra tabulas beneficio ventris præteriti edictum committentis, ne scilicet si interea decedat heredi suo relinquat nihil. Nam etsi suus heres esset atque interea decederet, ab intestato heres patri fuisse intelligeretur l. si filius. 16. De liber. & posthum. Nemo autem dixerit heredi eius qui non nisi contra tabulas petere potuit, succurrendum esse vi commodum sentiat bonorum possessionis secundum tabulas. Succurritur etiam ex eadem æquitate heredibus filiarum patroni, quæ ex liberti testamento, quod in prouincia falsum esse dicebatur, successionem agnoscere non potuit & pendente lite decessit, sed pro ea tamen duntaxat parte, quam vel iure intestati habuisset filia si vixisset, idque ex decreto Marci Imperatoris l. si filius. 42. §. vlt. de bon. libert. † Cur autem ita ius constitutum sit, ut hereditas non adita non transmittatur, alia ratio querenda non est quam quod ius ad eundem pendet ex delatione l. delata. 151. de verbor. signific. Hereditatem vero non defert lex, nisi vel heredi scripto, cum testamentum factum est: vel ab intestato proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum heredibus l. i. §. de suis & legit. Ex sola porro delatione non ac-

quiritur hereditas, præterquam in necessariis heredibus, defertur enim ignorantibus quoque & inuito, sed non acquiritur nisi volenti l. nec emere 16. C. de iure delib. Nempe quoniam hereditas adeuntem obligat creditoribus & legatariis ex quasi contractu §. heres. Inst. de obligat. qua ex quas. contr. l. 3. §. vlt. cum l. seq. D. quib. ex caus. in possess. cal. l. 4. D. ad S. C. Trebell. Qui autem semel obligatus est liberari postea non potest, nisi consentientibus omnibus quorum interest. Inde igitur fit ut hereditatem transmittere in heredem non possit is, quem non constat voluisse adire & obligari. † Quod in legato prorsus diuersum est. Transmittitur namque in heredem legatarij, sicut & fideicommissum vniuersale, perinde ac singulare, si modo dies eius cesserit viuo legatario aut fideicommissario leg. si post diem. 5. D. quand. dies legat. ced. l. 3. §. vlt. C. cod. Nimirum, quoniam acquiritur & legatum, & fideicommissum etiam ignorantibus l. si par. sm. 19. §. 1. D. quem adm. seruit. amitt. l. si fundum. 81. §. si Titius. de legat. 1. l. cum pater. 77. §. iud. de legat. 2. Non quidem ita irrevocabiliter, quin liceat repudiare, quando agnitionem non est licet enim, nec legatario tantum & fideicommissario, sed eorum quoque heredibus d. §. si Titius. Nec ante expressam agnitionem fit irrevocabilis acquisitio, ut docuitur lib. 8. cap. 19. ex l. ei qui ita. 13. D. de cond. inst. sed ut si non repudietur legatum, videatur transiisse recta via à testatore in legatarium quasi nunquam factum heredis l. legatam ita. 80. de legat. 1. l. à Titio. 64. D. de iur. † Idcirco autem acquiritur legatum, itemque fideicommissum ignorantibus quia non obligat acquirentem, nec potest vnquam esse illi damnosum l. si hereditatem. 32. D. mandata. † Potest tamen aliquando accedere ut hereditas licet non adita transmittatur in heredem beneficio restitutionis in integrum, nempe quoties ille ipse qui ante aditam decessit, potuit ad eam adeundam restitui. Finge militem qui bonorum possessionem cognati proximi petere potuerat decessisse in militia priusquam peteret, sed post exacta tamen eius petendæ tempora. Constat potuisse illum restitutionem implorare ex edicto Prætoris, Ex quib. caus. maior quoniam hoc ipso quod petisset restitutionem, declarasset velle se bonorum possessionem admittere, atque ita læsum se probasset. Ergo & eius heres restitui poterit l. i. C. de restit. milit. † Quod tamen sic intelligendum videtur, si vitius miles qui in integrum restitutionem non petiit, declarauerit velle se heredem esse, aut habere tempus ad deliberandum. Alioqui vix est ut quis læsus existimetur ex eo solo, quod passus sit labi tempora ad successionem agnoscedam præstituta, nisi illud etiam concurrat ut postea heres esse velit. Quid enim si consulto labi passus sit, & animo repudiandæ successionis? Nam & id in dubio credendum est. Perinde sanè esse debet ac si repudiasset. Atquin is qui hereditatē sibi delatā repudiavit, licet minor sit, non tamen ideo læsus intelligitur, sed tum demum cum dicit velle se heredem esse: Fortassis enim prudenter faciat qui nunquam heres esse velit, quamuis opulenta sit hereditas l. 4. D. ad S. C. Trebell. † Restitutio autem nec minori datur, nec absentis Reipublicæ causâ, nisi concurrente, & probatâ lesione, quæ propter minoris ætatem aut absentiam contigerit l. nam posteaquam. 9. §. si minor. D. de iur. iur. leg. is qui. 44. D. ex quib. caus. maior. l. Iulianus. 17. in illis verbis: si miles hereditatem agnoscerit. eo. Ergo nec restituendi erunt heredes eius, qui non declarata voluntate post lapsa successionis agnoscedi tempora decesserant, ne eadē ratione cogamur admittere quod nemo vult.

quam dixit, minoris qui hereditatem repudiauerat, heredem posse restitui ut adeat, quoniam & minor ipse, si uiueret, aduersus repudiationem restitueretur *l. quod si minor. 24. §. restituitur. D. de minor. leg. 1. & 2. C. si ut omitt. hered.* Attamen fuerit profusus id ridiculum. Nunquam enim repudiantis heres potest restitui ad adeundum. † At quid si ignorantibus tempus cucurrerit, & prius ille defunctus sit, quam sibi delatam successionem cognosceret? Non potest ille videri similis repudianti, at nec adire aut deliberare volenti. Sed tamen humanius est, ut si absentia reipublica causa ignorantiam pepererit, transmittat ignorans in heredem beneficium restitutionis, quod sibi competere si uiueret, & heres esse vellet, ut eleganter a contrario sensu probat responsum Papiniani, quod extat in *l. Pannonius Auitus. 86. de acquir. here.* † Quod si ex alia quam reipublica iustave, & necessaria eiusmodi absentia causa abfuerit is, qui si sciisset adire potuisset: quantumuis probabilis causa fuerit heredi eius succurri non potest, quia nec ipsi si uiueret, succurreretur. Non enim succurrit Praetor nisi iis, qui absunt ex causa iusta & necessaria *l. sed et si. 26. §. ubi cum l. sed ex. quib. caus. maior.* Et de iis omnimodo intelligi debet *l. ult. D. de in integr. restit.* in illis verbis, *caeteris quoque qui in eadem causa habentur.* † Sanè si ratio aliqua sit quae suadeat indulgendam restitutionem ei qui abfuit ex causa voluntaria quidem, sed probabili, puta studiorum, aut exercendae negotiationis, succurrendum quidem illi est, sed haec tamen ut damnum vitet, non etiam ut lucrum capiet. Haec enim mihi videtur esse sententia *l. nec non. 28. in princip. D. ex quib. caus. maior. facit l. cum quidam. 30. in princip. de acquir. here. eo quod,* inquit, *reipublica causa aberat.* † Quid ergo si intra diem aditionis miles decesserit? Nego restitutionem heredi eius competere, quia nec ipsi militi quadiu vixit competere *d. l. 1. C. de restit. milit. cuius contextus in hanc rem tam clarus & apertus est, ut non facile sit adinuenire, quid responderi possit.* † Et tamen consentientibus ferè omnium interpretum notis in contrariam sententiam itum est, nec tantum in herede militis, sed etiam in herede minoris, & alterius cuiuslibet absentis ex quacumque causa dummodo probabili, quasi minor aetas, aut absentia quaelibet probabilis, quae sola non mereretur beneficium restitutionis, eadem cum morte coniuncta iuducat restitutionem. Quod ego ferre & concoquere nullo modo possum. Qua enim obsecro ratione competere possit heredi restitutio, quae nunquam competere potest defuncto: † Nam & iis quoque casibus, quibus aequum est succurri heredibus heredis in ea hereditate quam heres ipse iusta aliqua causa impeditus adire non potuit, non tamen iis succurratur per restitutionem quae si daretur utique daretur ex edicto praetoris quod est de restitutionibus, sed succurratur iis per decretum *d. l. 5. ff. de bonor. poss. contr. tabul.* Cui porro non aliter locus est quam si edictum non sufficiat *l. 1. §. si ea qua in possessionem iunct. §. si quis prima. ff. de ventr. in possess. mit. d. l. scriptus. 12. de Carbon. edit. l. & mulieri. 15. §. 1. D. de curat. furios.* † Vnus tantum iuris locus est, qui pro interpretibus contra nos pugnare videatur, & qui omnes certè praecipites egit, Is est in *d. l. Pannonius.* Dicam libere, & candidè meo more, quod sentio. Irascendum potius & succensendum est Triboniano, caeterisque Pandectarum compositoribus, qui, ut ego quidem arbitror, elegantem illum Papiniani locum corrumperunt, quam interpretibus ipsis, quos in corrupto loco laborantes errare necesse fuit. † Tractat Papinianus de Pannonio Auito, qui cum in Cili-

cia procuraret, atque ita abesset Reipublicae causa, heres Romae institutus fuerat, priusque decesserat quam se institutum cognouisset. Petierat quidem eius procurator bonorum possessionem: quam constat peti posse per procuratorem absentis nomine, & sufficere ut postea dummodo intra constituta tempora ratihabitio sequatur. *l. qui in aliena. 6. D. de acquir. here.* Sed quia ante ratihabitionem nullum ex ea possessione ius absentis quaeritur, ita ut prius defuncto illo inutilis sit agnitio possessionis, nec ipsi quicquam proficit quoniam ratum non habuit, nec eius heredi quia ratum habere non potest cum in heredem non transeat ius admittendae bonorum possessionis *l. 3. §. acquirere. D. de bon. poss.* Ob eam nimirum causam petebant heredes Auiti restitutionem in integrum, & quidem ex persona defuncti. Verum competere illam Papinianus negat, idè quod intra diem aditionis Auitus obiisset. † Non de illo Papin. quaerit, an tempus ignorantibus cucurrerit, necne. Nam siue cucurrerit, puta si dies aditionis fuerint continui, non vitales, siue non cucurrerit, puta quod vulgaris fortasse creatio facta esset, de qua Vlpianus in Titulis tractat tit. 22. fieri non potest, ut heredi, qui intra diem aditionis decessit, vnquam competere restitutio, qui scilicet quandiu vixit non fuit laesus. Nec pugnat quod ex nostris subtiliores nonnulli obiciunt, videri eum laesum in vita sua, quia moriens perdidit potentiam, ut loquuntur adeundi, hoc est voluntatem sine qua per eum adiri hereditas non potuit. Nam ut tacitam eum qui nunquam sciuit delatam sibi hereditatem non potuisse habere voluntatem adeundi, nec eam proinde amittere, illud obseruare nostri debuerunt, non amitri voluntatem istam propter absentiam, sed propter mortem, aduersus quam non est praeter Deum Opt. Max. qui dare possit in integrum restitutionem. Ac praeterea, non videri quemquam laesum ex eo solo, quod amittat voluntatem adeundi, nisi cum accidit, ut eandem postea recuperet, vel itaque adire: quod neque per mortem contingit, neque post mortem. Nulla ergo ex iuris ratione competere potest restitutio heredi qui intra diem aditionis moritur, nec proinde heredi heredis, ne plus iuris habeat ille quam habuerit defunctus. Neque dubito quin ita Papinianus scripserit, cum mihi planè constet sic omnino scribendum fuisse. † Sed Tribonianus, aut si quis alius fuit ex compositoribus, specie quadam aequitatis motus locum corrumpit, & quasi pugnaret hic aequitas cum iuris rigore, adiecit primum verba illa, *stricto iure,* ut Papiniani sententiam, quam profusus peruertere non poterat restringeret ad stricti iuris rationem. Deinde subiecit, *quod & hic humanitatis gratia obtinendum est.* Quae loquendi formula neque admodum latina est, nec Papiniano familiaris, sed Triboniano potius, qui quoties Iurisconsultorum responsa pro arbitrio suo lacerat, aequitatis potissimum & humanitatis praetextu aliquo niti solet, ut à nobis sapius, ac sapius in superioribus libris obseruatum est. † Me illud etiam valde mouet, quod totus ille versus. *Diuum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Roma erat, & filium qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere, magis insulse & inconcinne conscriptus est quam ut Papiniani elegantiam sapiat.* Quinimò ad Papiniani responsum minime aut potius nullo modo accommodatè. Rescriptum enim illud Diui Pij, quod ex Maeciano refertur, id ipsum est cuius meminit Vlpianus in *d. l. cum quidam. 30. de acquir. here.* De illo scilicet

scilicet qui cum Romae esset legationis causa, non potuerat filium à matre institutum eundemque in prouincia agentem iubere matris adire hereditatem. † Non enim ut vulgo creditur, duplex Diui Pij rescriptum fuit, vnum de illo, qui reipublica causa aberat, alterum de filio, qui delatam matris possessionem absens amiserat, sed vnictum duntaxat de illo qui cum esset in legatione non potuerat iubere filio, quem habebat in potestate, ut hereditatem matris ex testamento delatum adiret, atque idè mortuo interea filio spem acquirendae hereditatis amiserat. Itaque quod Vlpianus proponit in *d. l. cum quidam,* institutum filium, ita intelligendum est, ut fuerit à matre institutus, secundum id quod scriptum est in *d. l. Pannonius.* † Et vicissim quod in *d. l. Pannonius.* proponitur delatam filio bonorum possessionem matris, non aliter accipi potest quam ut ex testamento delata esset. Nempe quia temporibus Diui Hadriani, & ante S. C. Orficianum, quod longo post intervallo sub Marco Imperatore factum est non poterat filius heres esse matris, nisi ex testamento *Inst. De S. C. Orf. in princ.* Cum igitur pater Romae esset legationis causa, filius autem in prouincia ageret, euenerat, ut non potuisset pater iubere filium adire, quomodo sanè potuisset, si in prouincia cum filio non Romae legationis causa fuisset. † Meritò igitur rescriptum est mortuo filio subueniendum patri, non tanquam heredi filij, in quo omnes decipi video [neque enim pater heres est filii familias. *l. 2. D. de castrens. pecul.* neque alius quilibet filij heres si patrem non habuisset, restitueretur] sed ex proprio iure & capite tanquam illi ipsi, qui reipublica causa abfuerat, & cui ex illa absentia damnum contigerat amittit hereditatis, quam filio delatam potuisset sibi per filij personam acquirere, si non reipublica causa abfuerat. Nocere verò ei absentiam reipublica causa aequum sanè non erat. † An autem subueniendum erit patri per in integrum restitutionem? Et si quidem filius uiueret, sed tamen absente patre causa reipublica dies aditionis effluxissent, posset pater ex edicto restitui, ad hoc, ut non obstante lapsu temporis liceret sibi iubere filium adire, & per illum hereditatem acquirere, neque in eam rem opus fuisset rescripto vllò Diui Pij, sufficienti nimirum edicto quo succurratur etiam maioribus, qui cum reipublica causa abessent damnum aliquod passi sunt, aut lueri captandi occasione amiserunt *leg. §. sine quid. 27. ex quib. caus. maior.* Quamuis enim reipublica causa proprie abesse non videatur is, qui pro ciuitate in legatione est, quoniam non agnoscit ius ciuile Romanorum, alia reipublica Romana, iisdem tamen gaudet priuilegiis, praesertim quod ad beneficium restitutionis pertinet *l. sed et si. 26. §. ult. cod. ex quib. caus. maior.* nisi sit in legatione priuati negotij sui causa *l. non verè. 42. eod.* † Sed quoniam absente patre filium in prouincia defunctum ponimus, sine cuius tamen persona & ministerio fieri non potest ut acquiratur patri hereditas, quae non patri delata fuerat, sed filio, apparet in eo statum rem esse ut restitutionem in integrum admittere nullo modo possit. Non enim potest in integrum restitutio facere, nisi ut in eum ipsum statum reducatur omnia in quo erant priusquam lesio contingeret quod & nomen ipsum demonstrat in integrum restitutionis *leg. quod si minor. 24. §. restitutio. Dig. de minor.* † Idèoque quoties desit res esse integra, cessat restitutio, puta si minor velit restitui aduersus aditionem, aut omissionem hereditatis post distractas res hereditarias *dict. leg. quod si minor. §. Scauol. l. vltim. C. de repud. vel abst. her. ed. in princip.* † Nam quod in fine consti-

tutionis subiicitur, si durante minori aetate distractio facta sit, licere minori res recuperare & paternis creditoribus satisfacere, vel restringendum est ad suos heredes quorum fauorabilior causa est semper quae fuit quam extantium, vel ad eum casum quo filius non aduersus inmissionem restitui vellet, sed aduersus omissionem hereditatis, quippe quam adiri non tantum ipsius interfit sed etiam creditorum, quod plane diuersum esset si aditam repudiare vellet distractis rebus hereditariis. Fieret enim fraus & creditoribus, & legatariis, si restitutio ei concederetur, qui iam distractas res hereditarias in integrum restituere non posset. Atqui in specie de qua quaerimus, in eo res erat priusquam defunctus esset filius eius, qui legationis causa Romae aberat, ut non nisi per filium ipsum adiri hereditas posset ut patri quaereretur. Quemadmodum ergo non potest restitutio facere ut mortuus filius uiuat, ita nec faciet ut delatam filio hereditatem pater per se adeat mortuo filio, quia uiuo eo per se adire nequiuisset. † Itaque non rescriptum Diui Pij, quod nimis ridiculum fuisset, restitutum patrem in integrum mortuo filio ad adeundam matris hereditatem sed subueniendum patri, ut Vlpianus loquitur in *dict. l. cum quidam,* hoc est, ut ego interpreter, datis ei hereditariis actionibus perinde ac si iussu eius filius adiuisset. † Sic & in *l. si infanti. 18. Cod. de iur. delib.* succurritur patri cuius filius infans prius decessit, quam eius nomine pater hereditatem adiret extranei, & succurritur ex constitutione Iustiniani, nulla in eam rem necessaria restitutione. Quamquam inter eam Iustiniani constitutionem, & rescriptum D. Pij hoc fortasse interest, quod ex constitutione directae quoque actiones patri competunt, quem scilicet perinde haberi vult Iustinianus, ac si iure patrio quaesita illi hereditas per filium fuisset. Ex rescripto autem Diui Pij non putem competere directas patri, sed vitales tantum ex aequitate, deficiente iure *arg. l. 3. §. eleganter. D. de S. C. Silan.* Id enim subuentionis verbum ipsum demonstrat. † Sed & illud obseruandum est quod ad rem nostram maxime pertinet, non Praetori sed Consulibus rescriptum fuisse à Diuo Pio ut Vlpianus refert in *d. l. cum quidam.* Nam si patri subueniri voluisset per in integrum restitutionem, utique Praetori rescribendum erat, cuius solitis fuit ea cognitio concedenda vel deneganda restitutionis ex edicto, quod ipsum in vrbe praetorium fuit non consulari *dict. leg. quod si minor. §. vlt.* Sed quoniam non possit licetur Praetor in integrum restitutionem nisi quoad eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, & decreta Principum licebit *l. 1. nec non. 28. §. quo ad eius. D. ex quib. caus. maior.* cessante hinc potestate edicti rescribendum fuit Consulibus, qui in vrbe vices Principis gerebant, ut ea concederent praesertim rescribente Principe, quae nec praetoris edicto, nec ordinario magistratus imperio alioquin concedi potuissent. Ex quo apparet absurdum profusus esse, & consequenter Triboniano potius quam Papiniano adscribendum, quod in *dict. l. Pannonius* scriptum legimus, restituisse Diuum Pium dandam patri in integrum restitutionem. † Quemadmodum & ridiculum illud est quod additur *sine respectu eius distinctionis.* Nam praetè id quod parum elegans locutio est, non poterat in ea specie de qua Pius rescripsit locus esse distinctionis, an intra diem aditionis, an postea decessisset filius eius qui Romae erat legationis causa. Quandocumque enim decessisset, constabat nec adiri amplius posse hereditatem, nec patri succurri per restitutionem, quoniam eo casu non tam lapsus temporis patri non

cebat, quam mors filij, nec rursus petebat pater subueniri sibi tanquam heredi filij, sed tanquam patri. Distinctio autem illa Papiniani, an heres institutus qui reipubl. causa aberat intra diem aditionis decesserit, an post diem, non aliam rationem habet, quam quod si post diem defunctus sit, competierit ei viuo beneficium restitutionis quod proinde in heredem suum transmissit, non item si ante diem. Est igitur planè dissimilis species illa quam Papinianus tractat in leg. Pannonius, ab ea quæ Diui Pij rescripto continetur. Subueniendum enim putauit Diuus Pius illi ipsi qui legationis & reipublicæ causâ abfuerat, non etiam illius heredi, idque citra restitutionem. Papinianus verò non de illo querit, An Pannonio Auito qui reipub. causâ abfuerat, succurrendum esset, siue per in integrum restitutionem, siue quo alio auxiliij genere (ponit enim defunctum illum intra diem aditionis, ac prius quam se heredem scriptum cognosceret) sed an heres eius restitutionem in integrum implorare posset, quam viuus ille implorare non potuerat. At nulla sanè siue iuris, siue æquitatis ratione admitti id potest. Non enim quæ æquitas induceret restitutionem pro Auito si viueret, & heres esse vellet, post effluxa aditionis tempora, eadem facit vt restitui possit, quando superesset aliquid temporis ad adendum, quia scilicet tamdiu læsus non videtur. Eo igitur intra diem defuncto, relinquitur necessariò causam nullam esse, propter quam aut ex iure aut ex æquitate restitui heres eius debeat, cum in hereditate defuncti non inueniat beneficium restitutionis, quæ ipsi defuncto numquam competierat. Errauit ergo apertissime Triboninus, aut quisquis alius fuit, qui ad illam Papiniani speciem trahendum putauit rescriptam D. Pij, nec ipsi Papiniano parcerem, si constaret mihi aut fieri posset probabile, nihil in eius responso immutatum. Sed errant longè periculosius, & scèdius, qui quod à Papin. ex æquitate contra iuris rationem responsum putant in herede eius qui reipublicæ causâ abfuerat, vt scilicet competat ei restitutio, quæ numquam defuncto competierat, hoc ipsum protrahunt ad alios heredes quoscumque, nò solum minoris sed & alterius cuiuslibet, qui ex alia quam iusta & necessaria causa abfuerit. Diuersam enim istorum rationem esse vel ex eo intelligimus quod Vlpianus in d. l. cum quidam scribit. non alio æquitatis iure niti rescriptum D. Pij quam quod pater reipublicæ causa abfuerat, vt colligamus si aliud nò fuisset quam quod filij mors interuenerat absente ex alia causa patre, non idem rescriptum fuisse Imperatorem. Nec sanè ambigendum est quin hac parte melior esse debeat condicio eorum qui reipublicæ causâ absunt, quam cæterorum. sicut & in eo quod iam diximus, vt qui reipubl. causâ absens exclusus est tempore ad adenda hereditate, restitui in integrum possint: argum. d. l. sed et si. 26. §. vlt. cum l. seq. D. ex quib. caus. maior. & dicit. l. i. C. de restit. milit. Item in eo, vt cui cum reipublicæ causâ abesset, prius defunctus est quam se institutum cognosceret, dummodò post aditionis diem decesserit transmittat in heredem beneficium restitutionis etiam ignorans. Minor autem vel alius quisquis non reipublicæ causâ abfuerit, non transmittat, nec si delatam sibi hereditatem aut bonorum possessionem ignorauerit. In illo autem solo conueniunt, quod & is qui reipublicæ causâ abfuit, si post exactos aditionis dies decesserit, sibi delatam sciens successionem, non aliter tamen in heredem suum transmittit quam si declarauerit velle se heredem esse aut tempus habere ad deliberandum dicit. l. Iulianus. 17. c. 2.

quibus caus. maior. quod & in minore & in cæteris omnibus qui ipsi restitui potuerunt sine ante impetratam restitutionem decesserint, idem prorsus est. Sanè in militis herede certum, ni fallor, ius est, vt ex defuncti persona non possit iuari beneficio restitutionis, si miles intra diem aditionis decesserit. Id enim est quod apertè imperatores significant in d. l. i. C. de restit. milit. iis verbis ita demum si post exactos dies. Quæ si cum nostris interpretibus putes abundare, vt imperatores cum Papiniano concilies, non minùs ridiculè facias, quam si cum iis sentias rescriptisse Imperatores de stricto iure, Papinianum verò de æquitate respondisse. Solent enim Imperatores de æquitate potius, quam de stricto iure rescribere, ne aliqui eos à quibus consulebantur sefellisse magis quam docuisse viderentur. Si quando enim aliàs, certè in legibus, edictis, & rescriptis verba cum effectū sunt accipienda. Quis porò effectus esset eius quod lex ait. Ita demum posse militis heredem ex persona defuncti restitui si decesserit ille post exactos dies petendæ bonorum possessionis, cum iis quoque non exactis idem nihilominus admittendum esset? Denique cum restitutiones omnes sola æquitate nitantur, ac contra stricti iuris rationem inducæ sint, non video qua ratione potuerint Imperatores iuris rigorem inspicere ad denegandam restitutionem quam ex æquo & bono concedere debuissent. Sed & quod tradunt nostri defuncto ante aditam hereditatem minore, dandam heredi eius restitutionem vt adire possit, an non pugnat apertè cū d. l. si infanti. 18. C. de iur. delib. Quamuis enim infanti priuilegium hoc detur, vt ei delatam hereditatem possit pater ipsius nomine adire, adeoque vt si prius infans defunctus sit quam pater adierit, habetur nihilominus hereditas pro adita, & ipsi patri iure potestatis quaesita, si tamen pater non sit nec tutor, aut tutor quidem sit, sed hereditatem pro infante adire neglexerit, Placet Iustiniano hereditates omnes ad infantem deuolutas & non agnitas ita intelligi, & perinde ad alias personas subsequentes peruenire, ac si nunquam fuissent infanti delatæ. Quibus verbis vtique excluditur infantis heres non solum ab hereditate, sed etiam ab omni beneficio restitutionis, vt pluribus ad eum locum disputat Baldus contra Bartolum. quamuis idem Bald. in d. l. i. C. de restit. milit. in fin. tentet dici posse aliud iuris esse in infante, aliud in alio minore. Sed præter id quod dissimilitudinis rationem nullam adfert, illud etiam negari non potest, plus fauere Iustiniano voluisse infanti quam minori, sicut & re vera fauorabilior est infans quam minor, vel eo solo quòd minùs æquum sit nocere infanti aut eius heredi negligentiam tutoris, quam minori suam propriam. Obicitur etiam vulgo pro interpretibus lex Qui duos. 9. D. de reb. dub. quali in ea specie hereditas fratris præmortui reperitur in hereditate nouissimi beneficio tantum restitutionis in integrum, vt ad eum locum Bart. defendit. Sed longè alia illius loci sententia est, vt tractauimus lib. super. c. 14. & ex iis apparebit, quæ nos de tota quaestione ista fufius & commodius differemus nostris Disputationum forensium libris, quos parturimus iam pridem, & breui, si Deus fauebit, in publicum edemus.

CAPVT II.

De verbis fideicommissorum ad §. vlt. l. vnum ex familia. 67. de legat. 2.

SVM MARIA.

Quam olim fuerint solemnia fideicommissorum verba.

- Ad fideicommissum inducenda nec verba sine voluntate, nec voluntatem idoneis verbis non expressam sufficere olim potuisse.
 - Vbi verba, licet ad exprimendam fideicommissum non satis idonea manifestam tamen fideicommissum voluntatem præ se ferebant, ad inducendum fideicommissum vel S. C. vel rescripto Principis opus fuisse.
 - Ex quibus verbis in specie l. alumna. 30. ff. de adim. legat. fideicommissum inducatur?
 - Quenam verba in §. qui Marco l. Titia. 19. de ann. leg. fideicommissum inducant?
 - Particula & pro etiam postea quam vim in d. §. habeat?
 - Dictiones has plus & tantumdem fideicommissum implicare in §. pater l. cum filius. 76. de leg. 2.
 - Fideicommissum non solum precariis, sed etiam directis ad fideicommissarium verbis olim relinqui potuisse?
 - Declaratur & explicatur §. vlt. l. vnum ex familia. 67. ff. de leg. 2.
 - Verba illa testatoris, se non dubitare te aliquid facturum ad fideicommissum inducendum regulariter non sufficere.
 - An post rescriptum Diui Marci, ex illis verbis passim & indistinctè fideicommissum induci possit?
 - Ratio eius rescripti à Bartolo excogitata reijciatur.
 - Vera huius rescripti ratio à Papiniano allata.
 - Quomodo in d. §. fin. accipienda sint verba illa, patrem decipiat?
 - Non ex eo solo fideicommissum induci quod testatoris expectationi & præsumptioni satisfactum non fuerit, si nulla adsint fideicommissi verba?
 - Quid Bartolus respondeat ad l. Titia quum testamento. 34. ff. de leg. 1?
 - Rescriptum Diui Marci ad alias species, quibus eadem ratio conuenire non possit, non esse protrahendum.
- F**ere olim verba quædam certa, & vt ita dicam solennia fideicommissorum, sicut & legatorum, qualia illa Rogo, peto, m. volo, cupio, opto, volo, desidero, & si qua sunt similia §. vlt. Insti. De sing. reb. per fideicommissum. l. 2. c. commun. de legat. Paul lib. 4. sentent. tit. 1. de fideic. §. fideicommissum. Quæ si nulla aderant non poterat ex sola voluntate coniectura fideicommissum induci l. pater. 38. §. pen. l. testatorem. 68. alias l. Iulianus. §. 1. de legat. 3. Quibus locis ridiculus sanè est Accursus, qui fideicommissum deberi contendat, quod apertissime Scauola & Vlpianus deberi negat, sed magis ridiculi, qui scripserunt in dict. §. pen. legendum esse dubitari non proponi. Nulla enim certè eo loco fideicommissi verba proponebantur, sicut nec in l. generali. 32. in princip. de usufruct. legat. l. Titia cum testamento. 34. in princip. & §. Causa Senus. de legat. 2. l. fideicommissa. 11. §. si ita quis. de legat. 3. At nec fideicommissi verba quædam interuenire satis erat, nisi ex iis quæ præcedebant aut sequebantur, apparet testatorem fideicommittere voluisse l. cum pater. 77. §. mandato de legat. 2. Vnde & dabitandi ratio ad d. l. fideicommissa. §. hac verba, vbi tamen non obscura videtur testatoris voluntas, eaque verbis precariis expressa ac si scriptum esset rogo fac vt ea prædia possint ad liberos tuos peruenire quibus verbis vtique fideicommissum significatur l. epistolam. 75. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. Itaque nec poterant sufficere verba sine voluntate, nec voluntas quæ verbis idoneis expressa non esset l. libertates. 16. D. de fideic. libert. ne fauorè quidem libertatis l. Thais. 41. §. Lucius Titius. 6. eod. l. ex verbo. 12. C. eod. præterquam in casu valde singulari l. Paulus respondit. 39. §. 1. D. eod. tit. Quod si talia verba testatoris proponerentur, quæ licet non essent ad exprimendam

dum fideicommissum satis idonea, præ se ferrent tamen apertissimam fideicommittendi voluntatem, ita vt æquum videretur fideicommissum induci, necessarium erat in eam rem Senatufconsultum, vt in illa specie cum quis rogatus est vt alium heredem instituat, l. filiusfamilias. 114. §. vt quis. de legat. 1. l. ex facto 17. in princip. D. ad S. C. Trebell. Aut rescriptum aliquod Principis vt si scriptum esset mando tibi non testari donec liberi tibi sint idque nullis consilijs verbis adhibitis l. qui filium. 74. in princip. eo. tit. Veli pater rogatus fuisset filium emancipare nulla hereditatis restituenda facta mentione l. si cui legatum. 92. §. vlt. cum l. seq. de cond. & demonstr. l. quamuis is. C. de fideic. Aut denique si testator ita cauisset non dubitare se quodcumque sit uxorem cepisset liberis suis reddatur am. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. de legat. 2. vbi Papinianus refert Diuum Marcum rescriptisse pro fideicommissio accipiendum hunc sermonem, cum fideicommissi verba cessare animaduerteret. Non eam fideicommissi verba sunt hæc non dubito te reddidurum sed spei potius, præsumptionis & confidentiæ: Sicut nec illa Scio omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruenire cum adfectionem tuam circa eos bene perspectam habeam, vt apertè Scauola respondit in l. Pamphilo. 39. ibi non videtur quantum ad verba testatoris pertinet fideicommissum Pamphili de legat. 3. Nec obstat quod ab eodem Scauola contra responsum videtur in l. alumna. 30. de adim. legat. Non enim ex iis verbis certa autem sum te Marcum pro tua pietate ab herede tuo peruenire & voluntas mea in persona alumna mea duret fideicommissum Scauole conicit, vt malè putat Accursus, sed ex illis præcedentibus cautionibus interpositis, vt ex ea summa eidem Sempronie quando vixerit præset mensuros denarios quatuor & vestuarij nomine denarios centenas vigenos quos idque fidei vestre committo. Præterea cum non posset in illa specie Marcum translaturum in legatum agnoscere, nisi cum suo onere l. sed de obitu. 5. de legat. 2. l. a filio 15. de alimen. & cibarij legat. nec minus heredes Marcij, quàm ipse Marcus onerari l. si fuerit. 5. §. vlt. de legat. 3. Quæmadmodum & in l. Titia. 19. §. qui Marco. de ann. legat. ex huiusmodi verbis Domina sanctissima scio te de amicis meis curaturam ne quid his desit, verumtamen & Marco dari octingenta. idem Scauola respondit deberi Marco fideicommissum non solum octingentorum, sed etiam annuorum, quæ solebat viuus testator ei præstare, non propter verba illa enunciativa futuri euentus ad grauatam directam Scio te curaturam vt Bartolus credidit, sed propter sequentia verumtamen & Marco dari octingenta in quibus certam est subintelligendum verbum volo, quod si additum esset, perfectum sensum efficeret l. verbum volo 10. C. de fideic. l. si in testamento ob. de legat. 1. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.

Handwritten notes in the right margin:
 1. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 2. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 3. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 4. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 5. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 6. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.
 7. Quæ sententia est §. si in testamento ob. de legat. 1.

tantumdem implicat fideicommissum aliis quoque nepotibus prestandum *l. cum filius. 76. §. pater & ibi Bald. de leg. 2. §. i. Scia cum nuberet. II. de liber. legat.* Quo exemplo putem in specie dicti §. qui Marco. ceteris quoque omnia deberi, quibus prestare solitus erat testator, idque esse quod Papinianus scribit *in d. l. cum pater. §. cum imperfecta. de legat. 2.* Cum imperfecta scriptura inuenitur ita demum verbum legati vel fideicommissi quod præcedit vel sequitur ad communionem assumi si dicto scriptum congruat. † Ceterum quod dico necessaria olim fuisse verba exprimendo fideicommissio idonea non sic accipi debet, vt tamen precaria omnimodo esse oporteret. Poterat enim fideicommissum relinqui directo ad fideicommissarium sermone, nec intreat cum quo testator loqueretur sed in quem voluntatis intentio dirigeretur *l. si seruus legatus 108 §. qui margarita de legat. 1. d. l. Titia cum testamento. 34. §. Titia 7. l. peto. 69. in princip. l. miles. 75. d. l. cum pater. 77. §. donationis de legat. 2. l. cum quis decedens. 37. §. nuptura de legat. 3.* Sed eam tamen voluntatis intentionem verbis idoneis, & vt loquuntur dispositiuis expressam esse oportebat. † In eamque rem omnium elegantissimus textus est & ad propositam disputationem accommodatissimus *in d. l. vnum ex familia. 67. §. ult. de legat. 2.* vbi cum proponeretur testator ita cauisse *non dubitare se quodcumque vxor eius cepisset liberis suis redditurum*, Papinianus ait cessare verba fideicommissi, & nihilominus Diuum Marcum rescripsisse eum sermonem pro fideicommissio accipiendum esse, vt intelligamus ante Diui Marci rescriptum non potuisse in ea specie pro fideicommissio responderi, quia tamen voluntas testatoris non obscure fideicommissariis fauere videretur, nulla tamen fideicommissi verba aderant, ex quibus fideicommissum inducere Iurisconsultus possit. † Nimirum, quoniam qui dicit se non dubitare te aliquid facturum, non ideo tamen satis voluntatem suam declarat, an id ipsum te facere velit, eaque spes, aut præsumptio aut confidentia vt diximus potius quam voluntas dicenda est. id enim est quod Papinianus ait *qui melius de matre præsumperat*. Porro ad inducendum fideicommissum siue absint verba aliqua, siue desint idonea, voluntas fideicommittentis prorsus necessaria est, nec sufficit bene de herede sperasse, aut præsumpsisse testatorem: Alioqui non tam fidei quam prudentiæ, aut existimationi, aut potius arbitrio heredis commissa res videretur, heresque fideicommissum petenti denegans non tam fidem suam quam testatoris spem & opinionem fallere dicendus esset. † Quare nec hodie post rescriptum Diui Marci admitteret Papinianus inducendum passim fideicommissum ex illis verbis *non dubito te redditurum*, vt ex eo apparet, quod rescripti rationem reddit non minus specialem, & singularem, quam eammodè possit quam de qua Diuus Marcus rescripsit. Ait enim rescriptum illud summam habere vtilitatem, id est equitatem (scilicet æquitatem semper æstimat civilis legislator ex publica vtilitate, quod quicquid publicè vtile est, non possit id etiam æquum non esse, & contra, non vtile quod æquum est) *ne, inquit, honor bene transacti matrimonij fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumperat*. † Non igitur ea rescripti ratio est quam Bartolus comminiscitur, vt more suo ex casu specialissimo inferat generalem propositionem, quod verba enunciativa futuri euentus ad grauatum directa inducant dispositionem fideicommissariam, quando prolata sunt vt ipse

loquitur, propter se, non propter aliud, sed quia mariti verba proponebantur ad vxorem directa cum qua matrimonium bene feliciterque transactum fuerat: Item fauore liberorum quibus etsi pater non satis bene prospexerat, à matre tamen melius prospectum iri præsumperat. Quæ si omnia non concurrant dico non minus cessare rescriptum, quam rescripti æquitatem. Quid enim si alius quam maritus ad heredem talia verba dixerit? Nullus subest honor bene transacti matrimonij, ex quo coniectura aut color æquitatis sumi possit. Quid si nulli ex eo matrimonio supersint liberi, vt proinde de hereditate non liberis sed fratribus aut quibusdam extraneis restituenda testator cogitauerit? Nulla subest communium liberorum fides, quæ decepto marito subueniendum esse suadeat. Ergo nec subueniendum est, vt ea verba pro fideicommissio accipiantur. † Obserua enim non ita loqui Papinianum vt rationem rescripti hanc adferat *ne decipiatur testator qui melius de herede suo præsumperat*. Eset enim potius quod imputare sibi testator deberet qui volens heredem onerare, nullis tamen verbis siue directis siue precariis fidem eius obstinisset. Nisi quid præterea adsit quod testatorè nõ improbabiler mouere potuerit vt nihil heredi imperaret. Eiusmodi verò fuit in ea specie quam Papinianus tractat, honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum, quibus nimirum rationibus motus pater & persuasus credidit, & verò non abs re credere debuit nil esse sibi necesse rogare vxorem vt communibus liberis hereditatem restitueret. Quam si postea nolit illa restituere, decipitur quidem pater sed non tam ab vxore cui scilicet voluntatem suam nõ satis aperte ipse insinuauerit, quam ab honore ipso bene transacti matrimonij, & fide communium liberorum. † Rursus obseruandum est, quod post Papinianum dicimus *patrem decipi non sic accipiendum esse vt patris voluntas decipiatur* (quis enim admitteret decipi posse voluntatem testatoris ab herede tamen si aliud nihil concurreret? Aut quæ potest dici voluntas eius qui nullis verbis dispositiuis usus fuerit?) sed sic intelligimus, vt patri spes, expectatio & præsumptio decipiatur. † Atqui non ex eo solo induci fideicommissum potest quod testatoris expectationi & præsumptioni satisfactum non fuerit si nulla adsint verba fideicommissi, vt apparet *ex d. l. generali. 32. in princip. de usufructu legat. in cuius specie proponebatur testator, usus verbis illis, non adulatoriis, vt somniat Bartolus, sed enunciativis futuri euentus cuius fundi proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaueris*, Nec ad honoratum duntaxat directis, sed etiam ad oneratum. Sequitur enim *sed & tu heres omnia fac vt amici sis. Hoc enim verbis expedit*. Nec tamen admittit Scæuola vt his verbis relicta proprietates videatur. Sic & *in l. testatorem. 68. alias l. Iulianus §. 1. de legat. 3.* nullum fideicommissum inducitur ex illis verbis. *Ita enim fiet vt filios vestros filius meus vobis condonet*. Quamquam non ignoro respondere Bartolum, verba illa esse adulatoria vt & *in d. l. generali*. & ad honoratum ipsum directa ac propter aliud non propter se emissa, † sed quid ille respondeat ad *l. Titia cum testamento 34. de legat. 2.* Ibi enim testator ita dixerat *A te autem Mania filia charissima peto vt Stichum seruum tuum manumittas cum in ministerio tuo tot capita seruorum tibi his codicillis legauero*. Quæ verba haud dubiè sunt enunciativa futuri euentus, & ad grauatum filiam directa nec tamen fideicommissum vllum inducunt. Dicit ille, Emissa propter aliud, id est ad validandam fideicommissariam

missariam libertatem Sticho relictam, idque ita esse non inficior. Sed rogo cur non vel eo magis fideicommissum inducunt, quam si propter se emissa fuissent? Fauore nimirum libertatis, quæ ob hoc solum non deberetur, quod iis verbis nec fideicommissum vllum debeat? Adde fortasse pro Bart. nullum eo casu fideicommissum deberi, propterea quod legati species adiecta non esset. Id enim est quod Modestinus ait *nec adiecit legati speciem*. Sed quamvis adiecta fuisset, certa que seruatorum corpora demonstrata, non idcirco tamen fideicommissum valuisse vt apertissime Modestinus docet cum ita scribit *nec possit vtile fideicommissum putari quod datum non sit cum legasse se dixerit, nec ab herede vti prestarentur mancipi petierit*. Quæ ratio non minus locum habet, cum verba enunciativa futuri euentus ad grauatum directa emissa sint propter se, quam cum propter aliud. Illud enim perpetuum est, vt fideicommissum nunquam videri possit relictum, nisi verba adsint aut precaria aut dispositiua, nec sola enunciativa villo casu sufficiunt, si eum tollas quem iam diximus singularem, fauore libertatis aut alterius cuiuslibet præcausæ, de quo *in dict. l. Paulus respondit 39. §. 1. de fideicommiss. libert.* † Itaque vt ad Papinianum nostrum redeamus, cum rescriptio illa D. Marci de qua *in d. §. vlt. l. vnum ex familia*, specialissimam rationem habeat, non est quod ad alias species, quibus eadem ratio continere non possit, protrahatur: sed ad vnam illam, quæ alia potius quam dissimilis dicenda est, si mulier herede scripto marito ita dixerit *non dubito charissime domine te quicquid ex bonis ad te peruenit liberis nostris reddurum*. Nam & hoc casu eadem ratio suadet vt verba huiusmodi pro fideicommissio accipiantur, *ne scilicet honore bene transacti matrimonij fides etiam communium liberorum decipiat matrem que melius de patre præsumperat*. Et hæc quidem ad Papinianum sufficiant. Ad Scæuolam enim properandum est.

CAPVT III.

Inconsulta Triboniani nota in l. Pamphilo. 39. in princip. de legat. 3.

SVMARIA.

- 1 Propositam l. Pamphilo cum superioris capituli sine pugnare videri.
- 2 Quatuor notatu digna ad soluendam obiectionem ex d. l. petitam obseruantur.
- 3 Rescriptum D. Marci ad speciem in d. l. propositam, sed non ad omnes alias trahi posse.
- 4 Fideicommissum his verbis relinqui non posse, credo te daturum, aut scio te restitutum hereditatem meam Titio.
- 5 Responderetur ad l. etiam hoc modo. 115. & l. eo modo. 118. de leg. 1.
- 6 Tentatur in d. l. Pamphilo. multa Triboniani non Scæuola esse.
- 7 Mos respondendi ad propositas quæstiones Scæuola peculiaris.
- 8 Scæuolam ad ea tantum respondisse que ex facto proponerentur.
- 9 Quid in d. l. Scæuola ad propositam quæstionem respondisse præsumendus sit?
- 10 Obseruamus in verba quadam in d. l. qua Triboniani manum produunt.
- 11 Plus esse sententiam quam voluntatem.
- 12 Speciem ad quam Imperator Marcus rescripsit multum ab ea specie differre quam Scæuola in d. l. Pamphilo tractauit.
- 13 Scæuolam ad atatem vsque Marci Imperatoris non

peruenisse.

14 Verba illa d. l. quia in simili specie Imperator noster D. Marcus hoc constituit, Triboniani non Scæuola esse.

A Duerius † id quod proxime diximus, rescriptum illud Marci imperatoris, de quo Papin. tractat *in §. vlt. l. vnum ex familia. 67. de legat. 2.* nõ esse ad alias species facile protrahendum, pugnare omnino videtur quod Scæuola respondisse creditur *in l. Pamphilo. 39. in princip. de legat. 3.* Nam cum patroni testamentum ita scriptum proponeretur. *Pamphilo liberto hoc amplius quam codicillis reliqui, dari volo centum. Scio omnia que tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruenitura cum adfectionem tuam circa eos bene perspectam habeam*, & quæreretur, an verbis superscriptis Pamphili fideicommissum esset vt post mortem suam filiis defuncti centum restitueret? Respondit Scæuola secundum ea quæ proponerentur, non videri quidem quantum ad testatoris verba pertinet fideicommissum Pamphili vt centum restitueret, sed cum sententiam defuncti à liberto decipi satis inhumanum sit, certum illa filiis testatoris debere restitui, quia, inquit, *in simili specie Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit*. † Hic ego priusquam meam propono sententiam animaduerti volo, quod superioribus mirificè congruit, fateri Scæuolam nullum fideicommissum contineri iis verbis *scio omnia que tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruenitura*. Cuius tamen iuris ratio alia esse non potest, quam quæ supra à nobis allata fuit, quod fideicommissum nunquam induci possit absque verbis precariis aut quomodocumque dispositiuis *dict. l. Titia cum testamento. 34. d. l. miles ad fratrem. 75. d. l. cum pater. 77. §. donationis de legat. 2. l. quidam cum filium familias. 46. de hered. instit.* Sed & illud obseruandum est, Scæuolam, vt in proposita specie fideicommissum inducat præter verba testamenti, non moueri sola coniectura voluntatis, sed potissimum auctoritate rescripti Diui Marci, ita innuens non obscure, si tale nullum fuisset rescriptum, nec fuisse se pro fideicommissio respondurum. Tertio notatu quoque dignum est, quod ait Diuum Marcum in simili specie hoc constituisse, vt intelligamus non idem in omnibus speciebus constituendum esse sed tantum in similibus: Postremo quod ait *cum sententiam defuncti à liberto decipi satis inhumanum est* ostendit apertissime in eo similem esse propositam speciem illi de qua Marcus rescripserat, quod si cut permittendum non est vt honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumperat, ita nec ferendus sit libertus, qui patroni sui sententiam decipere velit, nempe quod non minore obsequendi necessitate patrono libertus, quam marito vxor teneatur. † Ex quo apparet, vt maxime trahi possit rescriptum Marci ad eam speciem, de qua Scæuola respondet, non ideo tamen ad alias omnes species trahendum esse: Alioqui scribendum erat, inhumanum esse decipi sententiam defuncti ab herede, aut legatio quolibet, nec debuerat liberti nomen specialiter adici, si nihil ea adiectio prodesset. Prodest autem in eo, vt appareat liberto qui non modò legatum sed etiam libertatem à patrono meruerit, difficilius quam ceteris heredibus, aut legatariis prorsus extraneis permittendum esse, vt frustretur, vel decipiat patronum, qui de eo melius præsumperat. † Itaque non faciet responsum hoc Scæuolæ, vt mihi persuadeam, relinqui posse fideicommissum his verbis *credo te daturum, aut scio te restitutum hereditatem meam Titio*, siue vim verborum spectes, quæ proculdubio nec

precaria sunt nec dispositiva, siue testatoris voluntatem quæ non diuinanda est sed ex ipsa potestate aut interpretatione verborum colligenda. † Et consequenter quod contra scriptum est in *l. ci iam hoc modo. 115. & in l. eo modo. 118. de legat. 1.* vel omnino accomodandū & tractandū est ad eas species de quibus Scauola & Papinianus tractant, vel Triboniano adscribendum aut imperito interpreti respicienti ad Iustiniani constitutionem in *l. 2. C. commun. legat.* quasi ex ea factam sit vt verba quælibet hodie idonea sint ad exprimendam fideicommissi voluntatem: quo tamen itulius dici nihil potest, vt docebimus *infr. cap. 5.* † Sed vt dicam quod sentio, videtur mihi posse quid tentari & verius & elegantius, à nemine adhuc tentatum aut obseruatum. Multa enim sunt, quæ mouent me; vt in eo Scauolæ responso inanem & verborum Triboniani eloquentiam potius, quàm elegantem Scauolæ breuitatem deprehendere videar. Perlege enim si voles omnia Scauolæ responsa, siue Digestorum, siue responsoꝝ, siue quaestionum libris comprehensa. Non reperies vllibi eum tot verba effundere, vt respondeat ad propositam quaestionem. † Solet enim ille si quam dubitandi, aut decidendi rationem exprimere vult, eam consultationis verbis completi: vt eò breuior sit responsio. Sed & quoties contigit ex eodem facto plures oriri quaestiones, solet etiam consultationis capita distinguere, vt ad singula sigillatim, & breuiter suo more respondeat. In quo comprobando non est quod laborem, iis nimirum scribens, quibus æquæ ac mihi perspecta sit Scauolæ elegantia, & de iure respondendi ratio. † Idem verò sciunt, moris illis fuisse, ad ea tantum respondere, quæ ex facto proponerentur, & vt passim loquitur secundum ea quæ proponerentur. Vnde fit vt si quando implicita sit facti quaestio de iure aperto duntaxat non etiam de facto respondeat, vt in *leg. à testatore. 109. de condic. & demonstr. l. qui Roma. 122. §. 1. §. 2. de verb. oblig.* quorum locorum interpretatio non nisi huius rei ignoracione difficilis plerisque visa est. † Atqui in quaestione *di. l. Pamphilo.* de illo tantum consultus erat Scauola, An propositis testamenti verbis fidei Pamphili commissum esset vt post mortem suam filiis defuncti patroni centum restitueret. Illud igitur duntaxat respondisse eum credendum est, non videri. Cur enim de voluntate diuinasset, de qua nec proponebatur quicquam, nec aliter respondere vnquam ille soleat, quàm si possit eam ex verbis deducere? Alioqui cum voluntatis defuncti quaestio facta sit, ad arbitrium & æstimationem iudicis remittenda est *l. voluntatis. 7. C. de fideic. l. Stichus. 12. l. non aliter. 69. §. 1. de legat. 3.* Propter quam causam toties Iureconsultos omnes, sed præcipuè Scauolam nostrum ita scribere legimus eum cuius noli fuerit æstimatum. Non enim de facto sed de iure tantum respondere Iurisconsultus & potest, & debet. † Sed & verba illa sed cum seruentiam defuncti à libero decipi satis inhumanum est, Tribonianum sanè produnt multo apertius, cui familiaris est in Iustiniani constitutionibus ea locutio, numquam ab ipsis iuris autoribus vsurpata satis inhumanum pro eo quod est valde inhumanum. Vt taceam ex latini sermonis ratione scribendum fuisse cum satis inhumanum sit non quomodo scriptum legitur cum satis inhumanum est. Adde quòd falsum est in proposita specie decipi sententiam defuncti patroni à libero, qui nolit patroni liberis centum restituere. Etenim vt iam supra diximus, verba illa testatoris Scio omnia Pamphile qua tibi relinquo ad filios meos perueniunt cum defensionem tuam circa eos bene perspectam ha-

beam non exprimunt voluntatem vllam fideicommissi, sed spem tantum & expectationem, ac vt Papin. loquitur in *d. l. unum ex familia. 67. §. ut. de legat. 2. præsumptionem.* Quòd si non exprimunt voluntatem, multo minus ergo sententiam testatoris. † Plus namque est sententia quàm voluntas, cum sit ipsa voluntatis testatio vt ex testamenti diffinitione apparet *l. 1. Digest. qui testam. facer. poss.* Non enim quemadmodum dicimus testamentum esse voluntatis nostræ iustam sententiam, ita possit quis dicere nisi absurdè & ridiculè, testamentum esse sententiæ nostræ iustam voluntatem. Accedit quòd ea verba centum et reliquis non sunt latina nisi subaudias aureos de quibus tamen nihil expressum erat in consultatione. Nam centum simpliciter cum dicimus, in neutro genere accipimus, vt in *l. cum centum 9. de adim. legat. l. Tuo centum 71. in princip. & §. 1. & 2. De cond. & demonstr.* † Sed me omnium maximè mouent sequentia illa quia & in simili specie Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit. Præter id enim, quod iam docuimus speciem illam, ad quam Imperator Marcus rescriptis, esse huic longè dissimilem, vel hoc ipso, quòd neque honor bene transacti matrimonij, neque fides communium liberorum patronum mouere potuerit vt de libero bene præsumeret, illud etiam dissimile est, quod apud Papinianū liberis debetur à matre fideicommissi statim, non expectata matris morte *l. uxorem. 41. §. utrum. de legat. 3. l. de condic. & demonstr.* A pud Scauolam verò nō nisi post liberti mortem, ex vi & potestate dictionis perueniuntur quæ habet tractum temporis *l. fideicommissa. 11. §. hoc verba. de legat. 3. l. episcopus. 75. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* Vt & in specie *§. utrum. l. si legat. 3. de legat. 3.* † At rursum quid si probè negauerit Scauolam ad ætatem vsque Marci Imperatoris? An non inde sequetur apertissime Tribonianum Scauolæ manus intulisse? Vtique. Atqui non peruenisse apparet, ex eo quod ipsius Marci constitutionem ad Ausidium Victorinum ignorauit, qua inductum est, vt ipso iure liber sit, qui ea lege venditus fuit, vt intra certam tempus manumitteretur, nec manumissus est, *leg. 1. & 3. leg. si quis obligatum 6. l. mancipia. 8. D. qui sin. manum. ad libert. peruen. l. 2. & 3. & vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Quam constitutionem verisimile est non fuisse eum ignoraturum, si Marci tempora attingisset, ea præsertim, quibus mortuo iam Vero fratre imperabat ille cum filio Commodò: Quæ n. viuo fratre ab eo constituta sunt, ea Iureconsulti solent dicere à Diuis fratribus constituta. Quæ verò post fratris obitum, ea omnia vel Marco soli tribuunt, vel Marco & Commodò, qualis illa constitutio est ad Ausidium Victorinum. Porro ignoratam fuisse à Scauola constitutionem illam, probat manifestissime ni fallor *lex vlt. D. de seru. export.* De cuius tamen sententia, quoniam hac in re nobis dimicandum est cum Iacobo Cuiacio dicemus separatim capite sequenti. † Id verò si ita est, consequens fit omnino, vt verba illa quia in simili specie Imperator noster Diuus Marcus hoc constituit Triboniani sint non Scauolæ. Iam enim sapius monuimus Triboniano familiare esse vt Iureconsultorum responsa pro arbitrio corrumpat, & in quam vult contorqueat, præsertim vt ea ad Iustiniani constitutiones accomodet, obtentu æquitatis quam ille humanitatem solet appellare: Aut, vt quod ab aliis Imperatoribus in specie aliqua singulari iure constitutum & rescriptum est, protrahat ad alias species quantumuis dissimiles: Quomodo supra ca. 1. docuimus ab eo factum esse in *l. Pamponius. 86. de acquir. hered.* vbi perelegans Papinianus responsum destruxit, vt rescripto

rescripto Diui Pij de quo in *l. cum quidam 30. eod. tit.* non secus ac rescripto Diui Marci in *d. l. Pamphilo pessime abuteretur.* Et consequenter credendum est, Scauolam in *d. l. Pamphilo* ad propositam quaestionem quæ illa erat, An ex verbis superscriptis videretur fideicommissum Pamphili, vt post mortem suā filiis patroni centum restitueret, nihil aliud respondisse, quàm quòd initio responsi scriptum adhuc extat, non videri.

CAPVT III.

Ad l. vlt. D. de seru. export.

SVMMARIA.

1. *Quaestio d. l. vlt. & quomodo Scauola ex Hadriani constitutione ad respondendum?*
2. *Claudij nota ad Scauolam.*
3. *Scauolam qui in d. l. Hadriani constitutione mouetur correctoriam Marci constitutionem ignorasse.*
4. *An Scauola responsum ita sit accipiendum vt ex conuentione duntaxat non ex constitutione libertatem ipso iure competere negat?*
5. *An ex eo Scauola moueatur, quòd lex venditionis ita dicta fuerat: vt mancipia post mortem demum emtoris in libertate morarentur?*
6. *Quam ob causam necessaria visa sit Hadriani constitutio quam Scauola in d. l. refert.*
7. *An si propositum fuisset seruum ea lege venditum vt manumitteretur; similiter respondisset Scauola non posse ipso iure liberum esse eum qui non esset manumissus.*
8. *Cuiacij ad hanc l. coniectura refutatur.*
9. *Seruos ea lege venditos vt post emptoris mortem liberi essent post Diui Marci constitutionem ipso iure liberos esse.*
10. *Eam constitutionem ad seruos quoque donatos, & eos pro quibus manumittendis dominus pretium acceperit, pertinere.*
11. *Cur Scauola in §. Flauius l. qui Romæ 222. sic loquitur, quæsi in seruis donatis constitutioni locus non sit?*
12. *Alio I. C. eos non dubitasse quin dicta constitutionis sententia etiam in seruis donatis locum haberet.*
13. *Respondetur ad §. 1. verum. ff. de min. quo motus Cuiacius credidit Scauolam ad Marci & Commodi ætatem vsque peruenisse.*

Proponebantur mancipia quædam vendita ea lege adiecta, vt ne alterius seruitutē quàm emptoris paterentur, vtque post ipsius emptoris mortem in libertate morarentur. Quærebatur an post mortem emptoris ipso iure libera essent. Respondit Scauola, secundum constitutionem Diui Hadriani super hoc prolata, Pamphilam & Stichum de quibus quærebatur si manumissi non sint liberos non esse. † At subinde notat Claudius ad Scauolam, Diuum Marcum in Semestribus constituisse, ex lege dicta in vendendo quamuis nō manumissos liberos fore, licet in tempus mortis emptoris distulerit venditor libertatem. † Apparet igitur Marci constitutione tanquam posteriore abrogatā constitutionē Hadriani, ac proinde Scauolam qui Hadriani constitutione mouetur vt contra libertatem respondeat, correctoriam Marci constitutionem ignorasse. † Neque enim probabile est, quod vir clarissimus Iacobus Cuiacius tentauit sic accipiendum esse Scauolam vt ex conuentione duntaxat, non etiam ex constitutione libertatem ipso iure competere negat, quia, inquit, de conuentione tantum consultus fuerat, non etiam de constitutione. Nam cum sic concepta esset quaestio *an hac mancipia de quibus inter emptorem & venditorem conuenit, post mortem emptoris iure ipso libera sint.* nō video cur non de iure constitutionis, æquæ ac de iure conuentionis Scauola

la consultus videatur: Præsertim cum in eo maxime potestas eluceat constitutionis, vt ipso iure libertas competat ei, qui ex conuentione facto & manu emptoris indigebat, vt ad libertatem perueniret. Sed neque possum intelligere cur Scauola prætermittendus fuerit tam celebrem illā Marci constitutionē, de qua Claudius subiecit, & ex qua omnino diffinienda erat quaestio proposita, cum abrogatā Hadriani legem, cuius nulla in consultatione mentio facta erat, prætermiserit. Et sanè quid macipiorum intererat vtrum ex conuentione, an ex constitutione libera essent, cum de eo tantum quærerent an ipso iure libertatem consecuta fuissent? Aut cur admittimus Scauolam inane, & captiosum dedisse responsum? Quale illud certè fuerit, si puteimus sic eum sensisse, vt in effectu ex constitutionis potestate mancipii libertas competat, quam ille propter Hadriani constitutionem ex sola conuentione non competere respondit. † Denique non possis dicere ex eo moueri Scauolam, quòd ita lex venditionis dicta fuerat vt mancipia post mortem demum emptoris in libertate morarentur. Quasi non debeat hoc casu locus esse constitutioni Marci, sed potius Hadriani. Nam imò verò constat ex Claudij nota & ex *leg. 3. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.* non idem minus locum esse constitutioni Marci, quòd in tempus mortis distulerit venditor libertatem, tametsi constitutionis verba eum casum exprimerent, quo factum emptoris intercedere oporteret. Si enim potestas constitutionis representat id quod facere emptor debuit, vt ait *l. vlt. illo eod. tit.* quanto magis faciet, vt ipso iure libertas competat, si ex conuentione nullo manumittentis facto opus fuit. † Eamque nimirum ob causam necessaria visa est Hadriani constitutio, quam Scauola refert, cum putarent plerique ius quod tum obtinebat vt seruus ex legē venditionis manumittendus non aliter liber esset quàm si manumissus fuisset, non debere locum habere si lex venditioni dicta nullum manumissuri emptoris factum requireret: quomodo vtiq; non requirit cum conuenit vt post emptoris mortem seruis venditis in libertate moretur. † Nam si propositum fuisset, seruum veditum ea lege vt manumitteretur, similiter quidem respondisset Scauola non posse ipso iure liberum esse eum qui nō esset manumissus, sed non fuisset cur in ea rem adferret Hadriani constitutionem, cuius scilicet temporibus dubitari non poterat, An sine manumissione liber esse posset, qui ex venditionis lege manumittendus fuerat, cum nondum esset constitutum, vt sola condicionis potestate factum hominis representaretur. At postquam Marco placuit, vt in eo etiam casu, quo iustus est emptor manumittere intra certū tempus, elapso tempore libertas ipso iure cōpetat, dubitandū non est, quin ex mente constitutionis, licet verba deficiant, liber ipso iure fiat post emptoris mortē ille qui sic venditus fuit, vt post emptoris obitum in libertate moraretur. Hoc enim & facilius est & conuentionis ipsius verbis conuenientiū. † Itaque prorsus improbabile est quod idem Cuiacius scribit Scauolam si de constitutione consultus fuisset forsitan responsurum fuisse non esse in ea specie locum constitutioni, Verborum, inquit scrupulositate inspecta, & eadem religione, qua victus ille ausus non est quod de seruis venditis Marcus constituerat protrahere ad donatos *l. qui Roma 122. §. Flauius de verb. oblig. a.* Nam quæ obsecro illa esset religio, duriorē facere causam eius, quem post certum tempus ipso iure liberum esse contrahentes voluissent, quàm eius de quo non nisi per manumissionem liberando egissent? Superstitio illa esset, non

religio. Siquidē constitutionis potestas in eo ut diximus tota elucet, quod libertatem repræsentat, etiam si manumittētis factū, quod interuenire debuerat, nullum interueniat. † Ergo si quis dicat idē admittendū esse, cum cōuenit ut ipso iure libertas cōpetat, non tã extendit constitutionē nouam ad casum diuersum & incogitatum, quàm explicat diligētius, quid verbis ipsius, quid sententiã legis cōtineatur. Nam quam lex factum hominis non curat, ubi tamen factū ipsum alioqui requireretur, multo minū curabit ubi nihil fieri necesse est. Eoque facilius recipiēda est hęc interpretatio quod noua illa Marci cōstitutio libertatibus fauorabilis est, quarum fauore permulta sunt cōtra iuris rigore introducta. *l. generaliter 9. §. si quis seruo. D. de fideic. lib. §. ult. Inst. de donat.* † Propter quam causam illud quoque receptū videmus, ut licet de venditis tantum seruis cōstitutio loquatur, tamen etiã ad donatos pertineat. *l. pen. D. qui sine manumiss. ad liber. peruen. l. c. si mancip. ita fuer. alien. Itē ad eos pro quibus manumittētis dominus precii acceperit. l. si is qui. 4. D. ad. l. Paulus respondit 38. §. i. D. de lib. caus.* Quamquam difficultius proculdubio fuit hoc probare, quàm quod Claudius notat ad Scauolam in *d. l. ult. de seru. export.* Vt enim quod de seruis veditis cōstitutū est trahatur ad donatos, itēque ad proprios pro quorū libertate precii acceptū sit, non potest fieri citra extensionem. Vt verò cōstitutio facta fauore seruorū venditorum qui manumissi non sunt cum manumitti debuerunt, locū habeat in seruis veditis quos voluit veditor sine manumissione liberos fieri, neque extensione neque ferè interpretatione vlla opus est. Nisi quis malit verbis omnino inhaerere, quàm legis vim & potestatem perpendere, quo nihil sane potest esse indignius. Id enim maximè est legi fraudē facere si quis falsis verbis legis sententiã eius circumueniat, & mentē. Sed nec illud probabile videtur, Scauolam adeò fuisse religiosum iuris, ut Diui Marci cōstitutionem de seruis veditis noluerit protrahere ad donatos. Cur enim deterioris conditionis sit seruus donatus quàm venditus? Aut cur agatur mitius cū donatio, qui seruum intra tempus manumittendum ex causa lucratia habeat, quàm cum emptore qui ex causa onerosa arg. *l. apud Celsum 4. si cum legitima 38. ff. de dol. except. l. omnes 17. l. ex promissione 19. ff. de verb. obl. & act. cum similib.* † Quare & quod idem Scauola in *d. §. Flauius.* sic loquitur quasi in seruis donatis non sit locus constitutioni, nō ad iuris religionem illam cōmentitiã referendū est, sed ad id potius quod dicimus, non peruenisse illū ad ætatem vsque Imperatorū Marci & Commodi, quæ nouū ius istud induxit. Cui rei argumento esse potest quod in Scauolæ respōsis, quæ tot habemus, nec Diuorum fratrum nec Commodi mentionem vllā reperias. At nec Diui Marci, si tollas legē Pamphilo 39. de leg. 3. de qua superiori capite disputauius, id est eam respōsi partē, quæ de Marci rescripto loquitur. Cum tamen, & Hadriani Imperatoris meminerit in *d. l. ult. de seru. export.* & Diui Pij, hoc est Antonini primi qui Diuorum fratrum pater adoptiuus fuit in *l. cum quis de cedens 37. §. pater de leg. 3. iunct. l. §. i. de cens. l. Antoninus 42. ff. de fideic. lib. l. c.* Nec sanè dubitandū est quin hodie post Marci constitutionē ocioſæ & inanes sint omnes ille quæstiones quas tã accuratè tractat Scauola in *d. l. Flauius.* quod & Cuiacius ipse fatetur *l. i. Obseru. c. 29.* & apparet ex *d. l. ult. C. si mancip. ita fuer. alie. l. causam 20. §. puellam. ff. de manumiss.* quod tamen à nostris interpretibus vulgo ignoratum est non bene distinguētibz tempora vt concordent scripturas. † Ceterum nunquam dubitasse Iureconsultos, quin

sententia cōstitutionis etiam in seruis donatis locum haberet, constat manifestè ex *d. l. causam in princ. & ex l. illud 16. §. i. ff. de manum. vindict. d. l. pen. ff. qui sin. manum. ad liber. peruen. C. si emancip. ita fuer. alien. ut manumit.* Idque ex sola prudentium interpretatione, ita vt nulla in eam rem opus fuerit noua constitutione. Quod idē subiicere lubet, vt eundem refellam Cuiacium existimantem fuisse hoc postea receptū. Quasi verò statim receptum non fuerit, & an recipiendum esset longo tempore inter Iureconsultos decertatum sit. † Vnus tantum iuris locus est in vniuerso iure, qui virum doctissimum & diligentem alioqui obseruatorem præcipitem egit, vt credidit peruenisse Scauolam ad ætatem vsque Marci Commodi, & supradictam constitutionem ignorasse. Nam ad legem Pamphilo, qua moueri potius debuerat, non animaduertit. Is est in *l. verum 11. §. quid si minor ff. de minor. qui tamen ad rem non pertinet.* Illa enim verba quibus decipitur & magis est vt sententia constitutionis Diui Marci ad Ausidium Victorinum hunc non complectimur. non sunt Scauolæ, sed Vlpiani. Quæ autē proximè antecedunt, idēo proposui maiorem quoniam & sic Scauola scribit, ita sunt accipienda, vt quæstionem illam de seruo à minore vendito ea lege vt manumittatur, Scauola conceperit de minoris annis viginti, quinque, sed maiore viginti, ac si scriptum esset, *quoniam & de minore viginti annis Scauola quæstionem proponit*, nimirum propter legem Æliam Sentiam, quæ prohibet ne minor annis viginti possit seruum manumittere. Hanc enim sic intelligendam Scauola putauit, & rectè, vt multo magis prohibeatur minor seruum ea lege vendere, vt manumittatur. Alioqui facile fraus fieret legi, adeoque maiore quodammodo minorum detrimento, cum talis pacti adiectio faciat vt minorato, hoc est longè minore precio seruus vendatur *l. si venditor 6. §. ult. & d. l. ult. ff. de seru. export.* Item seruus ea lege venditus & ab emptore manumissus fiat emptoris libertus. *l. si quis hac lege 13. ff. de oper. libert. l. si quis 30. ff. qui & a quib. manum.* qui tamen esset minoris libertus si eum manumittere minori ipsi liceret. Quod ius patronatus potest aliquando preciosius esse, quàm dominium ipsum, quod in seruo & in seruum dominus habeat.

CAPVT V.
Alia Triboniani nota in §. i. l. Pamphilo
39. de leg. 3.

S P M M A R I A.

- 1 Species & quæstio d. §. i.
- 2 Responsum quod Scauola in d. §. adtingitur Triboniani esse.
- 3 Speciem in d. §. propositam à precedente diuersam esse.
- 4 Responsum illud ad quæstionem non satis accommodatum esse.
- 5 Verba illa d. §. i. volo tibi prædia relinquere, destinationem fideicommissi, non fideicommissum inducere.
- 6 Aliud est destinatum quid esse vt fiat, aliud, factum esse.
- 7 In vltimis voluntatibus, quum de legato aut fideicommissi inducendo quæritur, nullius potestatis esse voluntatem siue destinationem qua in dispositionem non transferit.
- 8 Verbum relinquo, fideicommissi actionem parere non posse.
- 9 An si in d. §. testator dixisset vellem, fideicommissum induceretur?
- 10 Verbum volo ex se nihil disponere, sed tantum ratione adiuncti quod tale esse potest, vt inducat dispositio-

- 11 Dispositionem, tale etiam aliquando vt non inducat. Vterem illam in legatis & fideicommissis verborum obseruationem ab Imperatoribus paulatim sublātam fuisse.
- 12 Adeo vt omne verbum significans legitimum sensum testatoris legare vel fideicommittere volentis ad legatum vel fideicommissum inducendum efficiat & vile sit.
- 13 Non tamen hodie quibuslibet verbis, sed tantum idoneis ad exprimendam testatoris mentem legari vel fideicommittere posse.
- 14 Voluntate à verbis discrepante, nullam voluntatis rationem haberi.

Quando † in superioribus non infeliciter, vt nobis videmur, Scauola ab inciticia Triboniani vindicare cœpimus, potius obsecro, & videamus, an non eadē Tribonianæ audacia corruptum quoque sit aliud Scauolæ responsum quod in eadem *l. Pamphilo 39. de legat. 3.* de qua iam diximus, proximè sequitur in §. propositum. Propositum est, inquit Scauola, non habentem liberos nec cognatos in discrimine vitæ constitutum per infirmitatem accersitis amicis Caio Seio contubernali dixisse quod vellet ei relinquere prædia quæ nominatim dixerit, eaque dicta Caium Seium in testationem redegeisse etiam ipso testatore interrogato an ea dixisset, ac responso eius tali *ad. d. §. i.* inserto. Quærebatur an prædia quæ destinata essent pertinerent ad Caium Seium ex causa fideicommissi. † Respondit Scauola si Triboniano credimus, super hoc nec dubitandum esse, quia fideicommissum valet. Sic enim scriptū est, omnino insulsè. Scribendum namque fuerat Latine loquenti, *dubitandum non esse quin fideicommissum valet.* Sed & cum particula illa nec sit implicatiua negatiuè, quemadmodum particula etiam implicat affirmatiuè, videntur ea verba super hoc nec dubitandum esse, sensum hunc præ se ferre, ac si scriptum esset sicut superiore casu responsum est ex voluntate testatoris fideicommissum deberi, ita & isto dubitandum non esse quin fideicommissum valeat. † Quasi verò species illa ad quam responderetur in *d. §. propositum*, ex præcedente pendeat, non potius omnino sint diuersæ. At cum putaret Tribonianus in vtraque specie, inducendum fideicommissum ex voluntate potius Iustiniani in *l. 2. C. commun. de leg. quàm testatorū & vtriusque responsi eandem esse rationem, nimirum quod post eam Iustiniani legē verba quælibet videantur ad exprimendum fideicommissum idonea, facile illi excidit, parū ad id quod agebat attendenti, vt vtrumque respōsum vna manu corrigens perinde illè scripserit ac si duæ ille species Scauolæ simul propositæ fuissent. † At neque videtur responsum ad quæstionem satis accommodatum: Non enim quærebatur, an fideicommissum valeret, sed an relictum esset. Prius ergo erat vt responderetur relictum esse. Eo siquidem constituto nec dubitari poterat quin valeret. Denique vt ad rem ipsam proprius accedamus, non puto ex iuris ratione defendi posse quod in *d. §. propositum*, responderetur induci fideicommissum ex illis verbis, *volo relinquere tibi prædium Tusculanum.* Ea namque fideicommissi destinatio dicenda est potius quàm dispositio, vt & Scauola ipse fatetur illis verbis, *an prædia que destinata essent.* Atqui nemo bene dixerit sola fideicommittendi destinatione fideicommissum induci. Repugnans enim textus apertissimi in *l. fideicommissa 11. §. i. de leg. 3. l. ex ea scriptura 29. D. qui test. fac. poss. l. Titia cum testamento 34. de leg. 2.* Repugnat etiam sensus ipse dictionis. † Aliud enim longè est, destinatum quid esse vt fiat, Aliud factum esse, vt pluribus exemplis comprobari posset petendis ex *l. librorum 52. §. unde non male. & §.**

chartis. l. ligni 55. §. si lignum. de leg. 3. ubi scriptum est nec libros nondum perscriptos librorum appellatione contineri, nec lignum paratum ad carbonem coquendos, appellatione carbonum. Sic & destinata ad affigendum non habentur pro affixis *l. fundi. 17. §. pen. & ult. D. de act. empr.* & pecunia destinata societati non ex eo solo intelligitur esse societatis *l. si id quod 58. §. i. D. pro socio.* † Et quamuis aliquando sola destinatio magni sit momenti, vt in specie *l. si chorui 79. §. 1. de leg. 3. l. qui res 98. §. aream. D. de sol. in vltimis tamē voluntatibus, præsertim si de legato aut fideicommissio inducendo potius quàm interpretando quærat, certum est nullius potestatis esse voluntatem, quæ non transferit in dispositionem *l. vnic. §. si autem ad destinationem. C. de caduc. toll. l. quidam cum filium familias 46. de hered. insti.* Nec minū in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus locum habet quod dici solet, Propositum in mente retentum nihil operari *l. pen. §. insulam. de lega. 2. l. si repetendi 7. C. de cond. ob caus. dat.* Nulla ergo ratio suadet, vt destinata fideicommissio prædia censeantur hoc ipso per fideicommissum relictæ. † Accedit [& hoc nimirum est quo præcipue moueor] quod video Paulum scribere *lib. 4. sentent. iur. i. De fideic. §. fideicommittere*, verbum relinquo non magis fideicommissi actionem parere posse quàm verbum commendo, de quo nemo dubitat quin fideicommissarium non sit, vt probat *d. l. fideicommissa 11. §. si ita quis scripserit. de leg. 3. l. ex verbo 12. C. de fideicom. libert.* Nam si temporibus Scauolæ verba illa, *relinquo Titio fundum Tusculanum*, non inducebant fideicommissum, nisi vel additum esset generale caput fideicommissi de quo in *l. post emancipationem 40. §. vltim. l. quisquis 95. de legat. 3. leg. generalis 32. de usufruct. legat. vel specialia aliqua legati aut fideicommissi verba, vt in *l. Lucius 78. §. qui filium ad S. C. Trebell. dict. l. fideicommissa. §. si seruo*, in illis verbis, *cum per fideicommissum aliquid relinquatur* [ubi ponderandum est, quod lex ait, *per fideicommissum.* Sic enim ferè semper iuris auctores loqui videas cum quid relictum dicunt, *vt & in l. qui vxori 18. §. ult. de aur. & argent. legat.*] Quanto minū admississet Scauola ex illis verbis, *volo relinquere tibi fundum Tusculanum* induci fideicommissum? † Quod si ponas cum Bartolo non dixisse testatorem *volo*, sed *vellem.* An improbabilius est relictum esse fideicommissum? Siquidem verbum hoc *vellem* longè minū disponit quàm verbum *volo*, quod alioqui perfectum sensum facit & disponit *l. verbum volo. 10. Cod. de fideic.* sed ita demum si adiiciatur alteri verbo ex quo inferri possit actus ipse relinquendi quid per legatum aut fideicommissum: puta si scriptum sit, *volo mi heredes vt des Titio centum*, aut *volo Titio habere te centum*, aut *Volvo contentus sis centum aureis. leg. pto 69. de leg. 2.* At is qui ita scribit, *volo tibi relinquere*, si nihil præterea exprimat, nihil tamen relinquit. Et falsum sanè est hoc casu quod nimis indistinctè & generaliter Bartolus scribit ad hunc locum, verbum *vellem* in vltimis voluntatibus & aliis actionibus habentibus, vt illè loquitur, dependentiam de futuro, inducere dispositionem, quod & repetit in *leg. seru. electio. ne 6. de legat. 1.* distinguendo tamen plures casus qui ad rem nostram non pertinent. † Generaliter enim dicere potius debuerat, verbum *volo* ex se nihil disponere, sed tantum ratione adiuncti quod tale esse potest, vt inducat dispositionem, tale etiam aliquando vt non inducat. Nam quemadmodum fatente eodem Bartolo in *l. gerit 88. num. 10. de acquir. hered.* aliud est dicere *volo adire*, aliud dicere *volo heres esse*, nempe quia præcedere aditionem necesse est ad hoc vt quis**



heres sit, ita longè interest an quis dicat, *volo relinquere*, aut quod plus est, *volo dare tibi fundum Tusculanum*, an ita potius, *volo dari tibi fundum Tusculanum*. Nimirum quoniam non debet dari tibi ab herede meo, quin prius ego dederim, adeò vt non sufficiat quod dare voluerim. At hoc ipso quod dico *volo tibi dari* ego, qui non darem si hoc solum scriberem *volo tibi dare*. Habèturque hæc distinctio naturalem intellectum si bene intueare. Hæc cum ex iuris ratione verissimè disputentur, negari tamen non potest quin ex Imperatorum constitutionibus multum hac parte sit immutatum. Primum enim Constantini, Constantij & Constantis lege factum est vt in legatis vel fideicommissis non sit necessaria verborum obseruatio, ita vt nihil prorsus referat quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit, inquit lex in legatis 21. C. de legat. Quod & ad heredum institutiones idem Constantinus traxit in l. quoniam indignum 15. C. de test. quæ vult quod magis nimirum est, nihil etiam interesse an directis an obliquis verbis heres instituitur. Postea verò Iustiniani accessit constitutio in d. l. 2. C. com. de legat. quæ non solum ex æquauit legata fideicommissis, adeò vt quicquid legatum est censeatur fideicommissum, & contra, sed etiam induxit, vt omne verbum significans legitimum sensum testatoris legare vel fideicommittere volentis sit vtile atque efficax ad inducendum legatum vel fideicommissum. Sed non inde queas inferre Iustinianum constituisse, vt quibuslibet verbis fideicommissum relinqui possit. Quid ergo: iis demum quæ idonea sint ad exprimendam mentem testatoris legare vel fideicommittere volentis. Quare fateor esse verbum *relinquo* vt & *ilia de puto, assigno*, sed non illud *volo relinquere*. Alioqui dicendum esset vltimas omnes voluntates fideicommissorum iure censi, sublatamque penitus non verborum duntaxat sed etiam voluntatum distinctionem contra id quod scriptum est in l. non aliter. 69. de legat. 3. l. Labeo 7. in fin. de supell. legat. l. si idem 7. C. de iur. codicil. Et consequenter abrogatas ea Iustiniani constitutione tot veterum iuris autorum sententias in illis speciebus omnibus in quibus responderunt nihil de fideicommissis proponi, vt in l. pater 38. §. pen. l. testatorem 68. alias l. Iulianus. §. 1. de legat. 3. l. Titia cum testamento. 34. §. Caius Scius. de legat. 3. l. generali. 32. in princ. de vsufr. leg. Sustulit quidem Iustinianus scrupulosas illas legatorum & fideicommissorum differentias quæ ex directorum & precariorum verborum differentiis emanabant, vt nihil interest ad inducendum legatum, vel fideicommissum directisne verbis testator vsus sit, an precariis, sed tamen perpetuò requirit ille, vel legare vel fideicommittere testator voluerit, quod ipsum aliter apparere non potest, quam si ea voluntas aptis & idoneis verbis expressa sit. Ad eò vt si voluntas à verbis omnino discrepet, nulla voluntatis ratio habeatur, quia nec sit expressa nec ex verbis expressis concipi possit, sicut nec verborum quibus voluntas ipsa refragetur l. quoniam 9. in princ. D. de hered. insti. l. si pater. 4. C. eod. l. si quis in fundi vocabulo 4. de leg. 1. l. si alij 9. de vsufr. legat. idque est, quod dici solet, non præsumi testatorem voluisse quod non dixerit cum dicere potuerit d. l. vnic. §. sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll. l. Labeo 7. in fin. de supell. legat.

CAPVT VI.

Prohibita alienatione extra familia non esse prohibitam extranei heredis institutio-

nem. Et emendatur §. quindecim. l. pater 38. de legat. 3.

SVM MARIA.

1. *Simplicem alienationis prohibitionem non valere, adiecta verò causa valere.*
2. *Secuta posteriore casu contra prohibitionem alienatione, omnes eos fideicommissum petere posse, quorum fauore prohibita fuit alienatio.*
3. *Multum tamen eo casu interesse an fideicommissum ex sola testatoris voluntate, an verò ex discretis verbis inducatur.*
4. *Triplex ratione probatur inducto ex testatoris voluntate fideicommissum rem extranei prohibitam ad extraneum ex causa successione ab intestato, vel ex testamento transferri posse.*
5. *Species §. quindecim d. l. pater & questionis ibi proposita decisio.*
6. *Rogery & Accursij ad d. §. interpretatio.*
7. *Triplex circa d. §. auctoritas dubitatio.*
8. *Duplicem de duplicibus partibus in d. §. questionem proponi.*
9. *Partes emptorum qua vendita non sunt nec ad collibertos, nec ad Rempublicam pertinere.*
10. *Cur in d. §. de collibertos potius quam de Republica iure quod ad dictas partes queratur?*
11. *In specie d. §. quindecim. testatoris voluntate inspecta plus dictum aut saltem cogitatum, minus scriptum inueniri.*
12. *Duplex fideicommissum ibidem inducendum videri, vnum ex verbis alterum ex voluntate.*
13. *Deficientibus fideicommissi verbis & subsistente nihilominus, vt videbatur testatrix voluntate collibertos exclusa Republica vocatos videri.*
14. *Aliud Scauola esse hac parte iudicium.*
15. *Verba illa d. §. aliudve quid facere ad alienationem inter viuos factam referri.*
16. *Substitutia in casum alienationis inter viuos Republica in portionibus non venditis nullum in specie d. §. collibertos locum esse.*
17. *Cur in portionibus venditis Republica Tusculanorum non admittatur?*
18. *Idem in vtraque d. §. questione à Jurisconsulto responsum fuisse.*
19. *Summa huius capituli, & interpretationis ad d. §. proposita.*

Si testator heredibus suis, aut legatariis prohibuerit simpliciter, ne fundum alienent, constat non valere prohibitionem, quæ scilicet nudi præcepti iure censeatur l. filiusfamilias. 114. §. dicitur secundo. de legat. 1. l. pater 36. §. Iulius Agrippa. l. Lucius 93. de legat. 3. l. Titio centum 71. in princ. de cond. & demonst. Sed si prohibitionis causam adiciat, putà quod liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdā personis consultum velit, quomodo accidit cum extra familiam alienari prohibet, valet prohibitio, seruandaque est voluntas testatoris d. l. Titio centum. Ita vt secuta alienatione fideicommissum petere possint ij omnes, quorum fauore prohibita fuerat alienatio d. §. Dicitur, non quidem ex verbis prohibitionis (qui enim ita scribit prohibeo ne fundus extra familiam alienetur nullis fideicommissi verbis vitur.) Sed ex testatoris voluntate quæ cum seruanda sit quia neque contra leges est, neque contra bonos mores, aliter tamen seruari, effectumque sortiri non potest, quam si in pœna alienatis fideicommissum inducatur l. cum pater. 77. §. libertus. de leg. 2. Multum tamè interest, an ex sola testatoris voluntate fideicommissum inducamus, quod sit vt dixi

dixi cum fundū heres aut legatarius ex familiam alienare prohibetur, an verò ex discretis fideicommissi verbis cuiusmodi illa sunt si testator ita scripserit, *fideicommitto ne fundum alienes sed vt in familia relinquas*, vt in d. l. filiusfamilias. §. cum pater. de legat. 1. vel ita *Peto ne fundus de familia exeat vt in l. vnum ex familia. 67. §. sed et si fundum. ver. quod si alia. de leg. 2.* vel ita etiam *Peto ne fundus alienetur sed vt in familia relinquatur vt in l. pater. 69. §. fratre. eo. tit.* His enim omnibus casibus non tantum alienatio inter viuos prohibetur, sed etiam heredis institutio, & alia quælibet vltima voluntas in extraneum collata, quemadmodum supradict. locis apertissime scriptum est. Nepe quia contra testatoris voluntatem manifestè facit ille, quicquid in familia fundū relinquere iussus sit, legat eum aut institutionis nomine relinquit extraneo. In eoque nostri omnes consentiunt, secuti Bartolum in l. si ita quis promiserit. 135. §. ea lege. m. 7. de verb. oblig. At cū ex sola testatoris voluntate, hoc est ex sola alienationis extra familiam prohibitionem fideicommissum inducitur, magis esse puto vt alienare prohibitus transferre possit fundū in extraneum, non solum ex causa successione ab intestato quod omnes admittunt ex d. l. cum pater. 77. §. cum inter de leg. 2. de cuius tamen sententia dicemus infra. ca. 12. sed etiam ex testamento, siue institutionis siue legati iure, quauis interpretes quos mihi legere contigit, ferè omnes dissentiant. Mouet me primò, quòd quibus locis scriptum legimus, fieri contra voluntatem si fundus legetur extraneo, non tantum prohibita alienatio proponitur, sed præterea iussus heres aut legatarius fundū in familia relinquere, vt in d. l. 114. §. cum pater. de legat. 1. d. l. vnum ex familia. §. d. l. peto. 69. §. fratre. de legat. 2. vbi illud quomodo obseruandum est quod sic Papin. loquitur. *Si dominum alienauerit vel extero herede instituto decesserit.* Innuens non obscure quàm sint hæc differentia *Alienare & instituo extraneo herede decedere.* Disiunctionis siquidem proprium illud est, vt ponatur inter diuersa. Mouet me secundo, quòd si heredis institutio esset alienatio, vtique patrimonium suum alienare diceretur is, qui sibi testamento successorem eligeret, quod tamen quàm falsum & ridiculū sit, vel ex eo apparet, quod minori annis viginti quinque, cui rerū suarum immobilium alienatio absque pretoris decreto interdicta est, non ideò tamen prohibetur testamento facta. Sed me omniū maximè mouet, quòd Scauolam respondisse video in d. l. pater. 38. §. quindecim. de leg. 3. Nam cum patrona proponeretur quindecim libertis quos nominauerat legauisse prædiolum cum taberna sua, & adiectis hæc verba *sibi que eos habere possidere volo ea lege & condicione ne quis eorum partem suam vendere, donare aliudve quid facere alij velit.* Quod si aduersus ea quid factum erit, tunc eas portiones prædiūve cum taberna ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo, & ex libertis quidam portiones collegatariorum emissent ac postea Caius Seio extraneo herede instituto decessissent, negat tamen Scauola & qui ad eum notas scripsit Claudius extitisse condicionem fideicommissi Tusculani relicti: Tametsi verba illa prohibitionis aliudve quid facere essent generalissima. Verbum enim *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur l. verbum facere. 218. de verb. sign. Scio Rogeryum, & Accursium Scauolæ responsum illud sic intelligere, vt ad eas duntaxat portiones pertineat quæ fuerant venditæ non ad illas etiam quæ ex testamento peruenierant ad liberos ipsos à quibus institutus fuerat extraneus, Quasi de iis non dubitauerit quin per institutionem extranei heredis contra prohibitionem alienatæ viderentur. Sed vt mihi non probari

possit hæc interpretatio, illud facit, quod quamuis de veditis tantum portionibus tractet Claudius, cum ait, non possidetis qui nunc extraneus est personam respicienda esse, sed emptorum, qui secundum voluntatem defunctæ ex illis fuerunt, quibus permiserat testatrix venditari. Quod tamen subiicit, *nec conditio extitit dari fideicommissi Tusculanis* omnino generale est, nec aliter potest intelligi, quam vt ne possint Tusculani quicquid petere ex fideicommissis ob institutionem, in extraneum collata. At neq; mihi persuadere possum nihil quæsiisse Scauolæ de partibus, quas emptores illi ex patronæ testamento habuerant, cum de illis dubitandi saltem causa aliqua fuerit, aut si dicas fuisse nullam, planè non video, cur ex eo inferas, extitisse igitur pro iis partibus conditionem fideicommissi, potius quam quod volo, non extitisse. Sed & illud obseruandum est: duplicem apud Scauolam quæstionem proponi, Priorem illam vtrū partes quæ venierunt ad Caium Seium emptorum heredem pertineant, an ad superfites collibertos qui partes suas non vendiderunt. Alteram, vtrum partes venditæ ad rempublicam Tusculanorum pertineant. In quo mirum illud est, si non nisi de partibus venditis dubitabatur, cur non potius vna illa quæstione tota controuersia comprehensa sit, vtrum partes venditæ ad Caium Seium pertinerent, an ad collibertos, an ad rempublicam. Nam siquidem ad priorem dubitationem illud tantum Scauola respondisset, non pertinere eas ad collibertos, poterat sanè superesse quæstio, vtrū ergo ad Caium Seium, an ad rempublicam pertinerent: sed cum apertis verbis responderit, pertinere eas ad Caium Seium, quis obsecro dubitationi posteriori locus esse potest, vtrum ad rempublicam, & ad Caium Seium pertinere. Illud quoque obscurum mihi est cur dubitet Scauola, an partes quæ venierunt pertineant ad superfites collibertos, qui partes suas non vendiderunt. Cur enim de collibertis queramus, cum si peccatum quid esset contra voluntatem testatrix, non ipsi ad fideicommissum vocati essent, sed rempublica Tusculanorum? Denique non possunt intelligere quæ ob causam de partibus venditis duplicem quæstionem instituat Scauola, de non venditis verò inque extraneum heredem collatis, penitus nullam. Itaque vt dicam quod sentio, sit mihi verissimilius duplicem de duplicibus partibus quæstionem agitari, priorem de partibus ipsorum emptorum, hoc est quæ non venditæ sunt, sed institutionis titulo in extraneum trāsate. Posteriorem verò, de partibus venditis, hoc est ipsorum venditorum, vt in illis verbis prioris quæstionis, *partes qua venierunt*, legamus addita negatione, *qua non venierunt*. Sic enim apparebit de iis omnibus, circa quæ poterat incurrere dubitatio, eleganter Scauolam more suo respondisse. Partes igitur emptorum, quæ non sint venditæ, sed per institutionem extraneo delatæ, negat Scauola pertinere ad collibertos. Ad rempublicam autem an pertineant, ne quid quærit. Nimirum, quia non fuerat rempublica per fideicommissum substituta, nisi sub ea condicione, *si contra quam prohibuerat testatrix factum fuisset*, i. e. si quis collegatariorum partem suam vendidisset, vel donasset, vel quid aliud simile fecisset. Atqui nihil horum euenerat, quia nec venditæ erant partes istæ nec donatæ, sed per testamentum in extraneum heredem collatæ: quod omnino diuersum est. Merito igitur ab earum petitione excludi respub. debet, vtrumque illud est generaliter & indistinctè, hoc est non pro partibus duntaxat venditorum, sed etiam pro partibus emptorum, quod ad Scauolam Claudius notat, non extitisse con-

ditiohem fideicommissi dati Tusculanis. † Cur ergo, inquit, de collibertorum iure potius quærimus, cum in casum contrauentionis non ipsi substituti sint, sed sola respublica? Hoc enim est quod nec Rogerius intellexit, nec Accursius. Respondeo, dubitandi pro collibertis rationem illam fuisse quod ex voluntate testatricis, quæ prohibuerat libertos prædium illud vendere, donare, vel quid aliud simile facere, alij qui non esset de familia, perinde esse videretur, ac si prædium in familia retinere liberti iussi essent *arg. § fundum d. pater*. At iam diximus eum qui in familia fundum retinere, aut etiam relinquere iussus est, facere contra voluntatem, si in eo extraneum heredem instituat *d. § cum pater & d. § fratre*: eoque proculdubio casu, licet non sint substituti illi qui sunt ex familia, nihilominus fideicommissum petere possunt. Nec tamen videbatur ob stare collibertis, quod substituta esset respublica Tusculanorum. Erat enim verisimile ita factum à testatrice, non tã vt de republica bene mereretur, quàm vt eius pœnæ metu liberti ab alienatione coercerentur, vt in *d. l. fundum*, vbi prohibita alienatione sic testator scripsisse proponitur. *Quod si aduersus voluntatem meam fecerit fundum ad fiscum pertinere volo. Ita enim fiet vt de nomine nostro nunquam exeat*. † Igitur in specie *d. § quindecim* si voluntatem testatricis inspicias, plus dictum aut saltem cogitatum, minus scriptum inuenitur. Illud enim dictum videtur, aut certe cogitatum, vt fundus in familia relinqueretur. Scriptum verò duntaxat illud, vt si fundus venderetur, donaretur, aut aliter, simili tamen modo hoc est inter viuos alienaretur, ad respublicam Tusculanorum pertineret. † Duplex proinde fideicommissum inducendum videbatur, vnum ex verbis, alterum ex voluntate, ex verbis, in fauorem respublice, nominatim substituta in casum alienationis inter viuos, ex voluntate, in fauorem collibertorum quibus proculdubio prospicere testatrix voluerat ea dictione alij. Inter ipsos enim, vt lex ait, alienationem permiserat. Nemo autem dubitat quin prohibita in alicuius gratiam alienationem secutaque contrauentione, ei competat fideicommissi petitio cui prospectum testator voluit *d. §. Dim. 2. l. filiusfamilias. 114. de leg. 1.* † Itaque tametsi eo casu in quem disertis verbis substituta erat respublica nihil iuris colliberti habeant, quoniam, vt vulgo iactatur, expressum facit cessare tacitum [ideoque nimirum secundam quaestionem quæ est de partibus venditis sic concipit Scauola, an ad Caium Seium an ad rempublicam pertineat, de collibertis verò ne quidem dubitat] in eum tamè casum quo fideicommissi verba deficiebant, subsistete nihilominus, vt videbatur eadem voluntate testatricis, hoc est instituto herede extraneo, videri poterat exclusa manifestissime respublica, quæ scilicet non erat substituta si quid factum esset contra voluntatem, vt in *d. §. fundum*, sed si quid contra ea factum esset, hoc est contra quàm disertis verbis ne fieret cautum erat. Nam si fuisset substituta his verbis, *si quid contra voluntatem meam factum erit*, planè non video quænam pro collibertis dubitandi ratio esse potuisset. Vocati autem colliberti videbantur ex voluntate ac si ita testatrix scripsisset. *Prædium quod cum taberna legani libertis meis alienari prohibeo, sed in familia relinqui volo. Quod si quis eorum partem suam vendere, donare, aliudve quid facere alij velit, tunc eas portiones prædiumve ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo*. Finge. n. talia fuisse verba testamenti. Vtique in casum alienationis inter viuos admitteretur respublica ex fideicommissio, at non in casum institutionis collata in extraneum, quàm non testamentariam alienationem vocant, imò ad-

mitterentur colliberti qui partes suas non vendiderunt *d. §. fratre. iunet. §. libertis. l. cum pater. 77. de leg. 2.* Nihil siquidem vetat vtroque casu fieri contra voluntatem testatricis, sed vno tamen vocari ex verbis republicam, altero vocari ex voluntate collibertos, qui & nominatim in eum casum tãquam separatim substitui poterant. Idem ergo & in proposita specie respondendum videbatur. † Sed aliud tamen Scauola iudicium est, cui nempe perpetuum illud fuit, vt voluntates morientium non nisi ex verbis ipsis æstimaret, suppleret verò nunquã, interpretaretur etiam, vt alij Iureconsulti solent, perrarò. Illud enim duntaxat Scauola intuetur, quod verbis illis prohibitionis *vendere, donare* non quælibet alienatio prohibita erat, sed ea tantum quæ inter viuos facta esset. † His verò sequentibus *aliudve quid facere*, non nisi similes alienationis species continerentur, puta permutatio, oppignatio, & si quæ aliæ sunt eiusmodi, vt in *l. vlt. §. de rit. vin. & oleæ legat.* heredis autè institutio nequaquã. Nò enim iusserat testatrix, vt fundus in familia relinqueretur: quod si esset, sanè instituto extraneo admitterentur colliberti, si in casum alienationis duntaxat inter viuos substituta fuisset respublica, aut admitteretur respublica ipsa si substituta fuisset iis verbis, *si quid contra voluntatem factum esset*. † At si cõcepta prohibitione, vt alienatio sola quæ inter viuos fieret demonstrata esset, ac in casum istius contrauentionis substituta respublica, meritò negat Scauola in portionibus non venditis locum vllũ esse collibertis, qui scilicet nec testamenti verba pro se habeant, nec voluntatè testatricis. De republica iure non quærit, quia etiam constabat in casum hunc instituti heredis non fuisse respublicam substitutam. † Rursus in portionibus venditis, meritò negat Scauola admitti Tusculanos, quia vendita sunt illis de familia quorum vtrique persona inspicenda est, non extranei. cū de sua tantum portione rogatus quilibet ex libertis proponatur. Verum enim est, quod ad eum locum notat Bartolus, eum qui partem suam alienare prohibitus est, non videri prohibetum alienare partem quam redemit. De collibertorum verò iure in his portionibus non quærit, quia constabat in hunc alienationis casum si cõtra testatricis voluntatem factum fuisset, nominatim substitutam rempublicam, non collibertos. Itaque concludit rectissime in omnibus partibus tam venditis quàm non venditi admitti Caium Seium heredem extraneum. Claudius verò, qui ad Scauolam perelegantes notas scripsit, prioris responsi quod minorem dubitationem habere videbatur, rationem nullam reddidit, sed posterioris duntaxat, quia erat obscurus. Cū enim per fideicommissum nominatim substituta esset respublica, probabilis dubitari poterat an admittenda esset, quàm de iure collibertorum qui nuda voluntatis coniectura nitentur. † Sed tamen vt intelligamus idem vtroque casu responsum fuisse, subiicit ille *nec existit conditio dati fideicommissi Tusculanis*. Coniecturam meam illud etiam iuuat, quod in priore quaestione sic scriptum video, *an ad collibertos suos qui partes suas non vendiderunt*. Nam cū is qui Scauolam consulebat putaret factum esse contra voluntatem testatricis tam à venditoribus qui partes suas alienauerant, quàm emptoribus qui instituto extraneo herede decesserant [alioqui enim de quo poterat ille dubitare?] cur obsecro consultationi inferuisset verba illa si de venditis tantum portionibus ipsi quoque venditores admittendi essent cum ceteris collibertis. Atqui non nisi ridiculè id suspicari quisquam poterat. At in portionibus non venditis, sed in extraneum institutionis titulo collatis nò erat

erat id præmittendum, Ne dubitationi locus relinqueretur. An qui priores alienauerant admittendi essent cum ceteris ratione illa, quòd quantum ad eas portiones attineret, nihil fecissent ipsi contra voluntatem, tam est in propriis fecissent. Quamquam & illud verum est, prout quisque prior alienauerit, partem eum posterioribus non facere, vt pluribus tractat Papin. in *d. §. libertis*. Ceterum consulenti ea verba esse, non Scauolæ, ex illo apparet, quòd Scauola respondet, neque venditores neque emptores quicquam fecisse contra voluntatem, vt proinde si in aliquo peccassent emptores instituendo extraneum, non eo minus admitti deberent venditores ad ipsorum portiones. Illud denique mouet me quòd si prior quaestio esset de partibus venditis, posterior, quæ de iisdem est, non sic concipi debuisset, *idem quaesit an partes vendita ad rempublicam Tusculanorum pertinerent*, sed ita potius, *an eadem partes*. Quamuis vt iam dixi planè absurdum sit quærere an partes istæ vendita ad Tusculanos pertineant si ponas iam supra responsum eas ad heredem extraneum pertinere. † Hæc a. nos eo pluribus enarrare oportuit vt locum alioquin obscurissimum emendatione ac interpretatione nostra illustraremus & probaremus, quòd initio capituli proposuimus. Prohibita simpliciter in venditione & alia simili qualibet alienatione extra familiam, non esse prohibitam extranei heredis institutionem, proinde nec legatum aut fideicommissum, sed ita demum si petierit testator, vt fundus in familia relinqueretur, aut quòd idem est, ne de familia exeat. Superest, vt ad ea, quæ in contrariũ adduci solent respondeamus.

CAPVT VII.

Ad § fundum & §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de leg. 3. & ad §. prædium l. qui solidum. 78. de legat. 2.

SVM MARIA.

- 1 Prima obiectio aduersus sententiam superiore capite propositam & defensam.
- 2 Respondetur ad secundam obiectionem petitam ex §. fundum l. pater. de leg. 3.
- 3 Plus esse prohibere ne fundus exeat de familia quàm ne extra familiam alienetur.
- 4 Alienationis appellatione nec institutionem nec aliam vltimam voluntatis speciem contineri.
- 5 Prohibita à testatore alienatione, eum qui vendidit contra eius voluntatem facere non videri, donec actus traditionis secutus sit.
- 6 Latius patere prohibitionem testatoris ne res ad aliquem perueniat, quàm simplicem alienationis prohibitionem.
- 7 Tertia obiectio.
- 8 Prohibita alienatione multum interesse, etiam quòd ad extranei heredis institutionem attinet, an causa aliqua adiecta sit, nec ne.
- 9 Adiecta causa rursus d. singuendum esse quibus verbis expressa fuerit.
- 10 An in §. Iulius d. l. pater, verba illa, aut vllò modo alienaret, ipsam quoque intestati successionem comprehendam?
- 11 Postrema obiectio petita ex §. prædium l. qui solidum 78. de leg. 2.
- 12 De quo casu in d. §. disputetur?
- 13 Matrum interesse an simpliciter prohibita sit alienatio de familia, an vero verbis fideicommissi.
- 14 Ad impediendam extranei heredis institutionem, non sufficere prohibitam esse alienationem de familia, nisi

verbis fideicommissi hæc prohibitio facta sit.

- 15 Cur in d. §. prædium. Papinianus neget filium offendisse qui solum alienare fundum prohibitus, sed etiam in familia relinquere iussus, extraneum heredem iussit?
- 16 Quo ordine liberi in specie d. §. decessisse ponendi sint?
- 17 Vera dubitatio Papiniani in d. §. prædium quænam fuerit?
- 18 Non esse in d. §. parem omnium extraneorum heredum causam.
- 19 Cur ibidem Papinianus requirat ad vim prohibitionis tollendam, vt ipse quoque nouissimus sine liberis decesserit?

PRIMUM † illud obicitur quòd scriptum est in *d. l. filiusfamilias. 114. 6. cum pater de legat. 1. l. vnum ex familia. 67. §. sed et si fundum d. l. pater. 69. §. fratre de legat. 2.* Sed iam respondimus superiore capite, iis locis non tantum prohibitam fuisse alienationem, verum etiam additum, vt fundus in familia relinqueretur, aut ne de familia exiret. † Obicitur secundo *d. l. pater. §. fundum de legat. 3.* In cuius specie prohibita filiarum venditione, donatione & oppignatione quoad vixerit, negat Scauola prohibitam testamenti factionem in extraneum, propter verba illa, *quoad vixerit* contrarium vt videtur responsurus si simpliciter prohibita fuisset alienatio. Verum respondendum est non esse rectam consecutionem. Nam adiectis verbis illis, *quoad vixerit*, manifestior quidem est voluntas testatoris testamenti factionem in extraneum non prohibentis: Sed tamen iis etiam non adiectis nihil prohibet eandem quoque subesse voluntatem licet minus apertè declaratam. Deinde dici potest, tamen si recta esset consecutio illa, quæ a contrario sensu elicitur, non ea tamen ratione defendendam fore quòd sublatis iis verbis, *quoad vixerit*, pura remaneat alienationis prohibitio, quæ extranei heredis institutionem comprehendat, sed quia sic testator subiecerat. *Ita enim fiet vt fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat*, quibus verbis petiisse videbatur, ne vnuquam fundus de nomine exiret, atque ita extranei heredis institutionem prohibuisse. *arg. d. §. sed et si fundum, & l. is qui complures. 94. de legat. 3.* † Plus. n. est prohibere ne fundus exeat de familia, quàm ne extra familiam alienetur. Exit de familia etiam cū per vltimam quamlibet voluntatem confertur in extraneum, nec idcirco tamen alienatur quoniam alienationis nomen ad contractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet *arg. l. alienatio. 28. l. alienatum. 67. de T. §. l. vlt. C. de reb. alien. non alienan.* † vbi Iustinianus et si alienationis appellatione contractus omnes intelligi vult, de institutione tamen aut alia vltimæ voluntatis specie constituit: Nempe quòd alienatio dicatur ille demum actus per quem dominium transfertur *l. i. C. de fund. dot.* nemo autem dixerit per solam heredis institutionem aut aliam vltimam voluntatem transferri dominium, nisi sequatur mors testatoris. At nec secuta morte nisi sequatur etiam agnitio hereditatis *l. si tibi homo. 86. §. cum seruus de legat. 1. leg. ea quam 14. C. de fideicom.* Quo tamen tempore cū non super sit qui alienare possit, fatendum est fieri alienationem solum legis potestate, quæ defuncti hominis factum suppleat. *arg. l. Stichus. 39. D. de manum. testam.* Sicque intelligenda est *l. his verbis. 43. de hered. insti.* Indeque nimirum euenit vt alienare prohibitus, non eo minus possit in ea re heredem instituere *arg. l. ex hoc §. alienare. D. de alien. iudic. caus. fact.* quauis translatio illa que fit per heredis institutionem aliquando dicatur alienatio, largius scilicet minusque proprie

sumpto alienationis vocabulo d. §. alienare & l. si quis prioris. 8. §. 1. C. de secund. nupt. Alioqui si ex sola institutione, saltem secuta morte induceretur alienatio, non facerent verba illa, quoad vixerit, apud Scævola, ne alienare prohibitus extraneum quoque instituere prohiberetur, quia & tempus institutionis, & instans mortis vitæ adscribitur non morti; l. qui dicitur. 18. §. 1. ff. de manum. test. l. 3. ff. de condit. iur. † Imò, quod plus est, nec is qui vendidit censetur fecisse contra voluntatem testatoris prohibita alienatione, si non ipsa venditio nominatim prohibita sit, donec secutus sit actus traditionis; vt nostri tractant ad d. §. Dicitur, quia solus titulus quantumuis iustus & legitimus licet sit necessarius non tamen est sufficiens ad dominium transferendum. Porro traditio nulla fit à testatore, qui extraneum heredem instituit, ergo neque alienatio. Taceo quod vulgo dici solet, Multa esse quæ cum sola alienari non possint, tamen per vniuersitatem transeunt l. quadam. 62. ff. de acq. rer. domin. Nā quod ad hanc rem pertinet non tam mouet me vniuersalstitulus institutionis, quam nomen ipsum vltimæ voluntatis, nec in legato aliud iuris hac parte quam in heredis institutione constituo. † Sanè si cautum sit, ne res ad aliquem perueniat, fateor nec legati nec institutionis iure posse eam rem relinqui personæ prohibetæ, l. si ita quis. 135. §. ea lege de V. O. quia latius patet verba illa quam alienationis prohibitio: multumq. refert an res ipsa quodammodo efficiatur, an persona cuius factum prohibetur. Quod à nostris minus obseruatum fuisse miror. † Tertio potest obici d. l. pater. §. Iulius Agrippa. Vbi prohibita heredi alienatione qualibet, institutoq. herede extraneo, negat Scævola quicquam factum contra testatoris voluntatem, quia nudum præceptum esset: ita inuenis, si nudum præceptum non fuisset, aliud respondendum fore, hoc est non fuisse permittendam extranei heredis institutionem. Porro nudum præceptum non est, quoties extra familiam alienare quis prohibetur, d. §. Dicitur. † Respondeo, prohibita alienatione multum quidem interesse, etiam quod ad extranei heredis institutionem attinet an causa aliqua adiecta sit, necne, Non quod adiecta causā confestim vetum sit, prohibitam extranei heredis institutionem, quæ alioqui non magis prohibita esset, quam alia quælibet inter vivos alienatio. Sed quia nulla adiecta causā indistinctè verum est potuisse in eo fundo extraneum heredem institui, † Adiecta verò causā distinguendum omnino est quibus verbis expressa fuerit. Quid enim si Testator ita dixerit, Fundum Titianum vilo modo alienari prohibeo, quia in familia relinqui volo. Vtique censetur prohibita extranei heredis institutio dicit. §. fratre. & dicit. §. cum pater, sicut & si sic scriptum esset fundum Titianum de familia exire veto dicit. §. sed & si fundum. At si talia sint prohibitionis verba, fundum extra familiam alienari prohibeo non est quidem nuda prohibitio ideoque valet ad inducendum fideicommissum, si fundus inter vivos alienetur. Sed non facit tamen vt non perinde liceat heredi extraneum in eo fundo heredem habere, atque si nuda esset prohibitio. Hoc autem idcirco Scævola tacuit, quoniam nuda tantum prohibitio testatoris proponebatur, non quæ causam aliquam, hoc est fauorem alterius, quam ipsius prohibiti haberet. Solet. n. ille ad ea tantum quæ proponuntur respondere, cætera verò quantumuis proposita quæstioni finitima prætermittit. † Scio non deesse qui putent, responsum hoc Scævola rationem illam habere, quod prohibita erat alienatio iis verbis generalibus, aut vilo modo alienaret, quorum

tantam vim esse volunt, vt ipsa quoque intestati successio prohibita videatur. Sed mihi aliud iudicium est, nec institutionem extranei heredis iis verbis prohibitam censeri. Itaque nostra responsio & interpretatio magis arridet. † Obstat postremò videtur Papiniani responsum elegans in §. prædium. l. qui solidum. 78. de legat. 2. vbi ait ille si pater prædium de familia liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuerit, supremum ex liberis, qui fideicommissum petere potuit non ideò minus actionem in bonis suis reliquisse videri, quod heredem exterum sine liberis decedens habuerit. Illa siquidem dubitandi ratio erat, quod nouissimus hic defunctus fecisse videretur contra patris voluntatem, instituendo heredem extraneum, atque hoc ipso indignus factus, qui petendi à coheredibus fideicommissi ius vllum in hereditate sua reliquisset. † At obseruandum est, quod nostram sententiam confirmat elegantissimè, non de eo casu Papinianum tractare, de quo disputamus; hoc est, quod testator fundum extra familiam alienari simpliciter prohibuerit, sed quo prætereà proponebatur liberorum fideicommissum esse, vt prædium in familia vel relinquerent, vel retinerent. Id enim est quod Papinianus ait de familia liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuit. † Nam vt superioris capitis initio diximus, cum prohibita tantum est alienatio de familia fideicommissum quidem inducitur secuta alienatione, at ex sola testatoris voluntate, non quod vlla hic sint verba fideicommissi. Vt verò prohibeatur alienatio de familia verbis fideicommissi illud omnino requiritur, vt iusserit testator fundum in familia relinqui vel retineri. Quod cum accidit, sanè extranei heredis institutio prohibita intelligitur. † Porro si ita ius esset, vt ad impediendam extranei heredis institutionem, sufficeret prohibitam esse alienationem de familia, quid necesse erat Papinianum addere, verbis fideicommissi? Addidit ergo vt appareret, quam ob causam videretur nouissimus ille moriens extraneum instituendo fecisse contra patris voluntatem. Etenim si facta fuisset prohibitio alienandi extra familiam absque vllis verbis fideicommissi, nihil proponebatur propter quod dubitari debuisset an per institutionem extranei heredis offensus ille patris voluntatem: nec eo minus tamen inductum fuisset fideicommissum in casum alienationis quandiu aliquis ex liberis superfuisset. Quod minus rectè animaduertit, aut intellectum est à Cuiacio qui ad Nouell. 159. scripsit nudam videri prohibitionem, nisi quæ fideicommissi verba habeat. † Quod cum ita sit, dubitari magis potest, Cur ergo negat Papinianus, offensus filium qui extraneum heredem instituit, cum non solum alienare fundum prohibitus esset, sed etiam iustus eum in familia relinqueret. Respondeo, Quia nemo de familia supererat, cum alij omnes liberi præmortui essent sine liberis, institutisque heredibus extraneis, & post eos omnes nouissimus quoque. Sic enim Accursius, & post eum cæteri locum illum intelligunt, & rectè. † Si enim poneres decessisse priores liberos superstitibus quidem liberis, sed alienatis tamen partibus, quarum petitio decedenti nouissimo competiisset, nouissimum verò postea defunctum sine liberis instituto heredem extraneo, vti que fallum esset transmissam in heredem illum nouissimi extraneum fideicommissi petitionem. Admitti enim potius deberent præmortuorum liberi, qui essent ex familia dicit. §. fratre & l. cum ita. 32. §. in fideic. de legat. 2. Nec iis obesse posset, quod eorum parentes portiones suas alienassent, cum & ipsas parentum portiones

SVMARIA.

contra voluntatem aui alienatas reuocare possint d. §. fratre. Adeo vt in iis parentum portionibus coniecturâ pietatis præferendi sint patruo l. cum auus. 102. de condic. & demonstr. l. cum virum. 16. C. de fideic. Multo igitur magis in patruo portione extraneo heredi præferentur. Atqui, inquit, Si nemo supererat de familia, quænam dubitandi ratio esse poterat? aut à quo extraneus iste nouissimus heres fideicommissi controuersiam pati? Dico, nemine ex familia superstitibus non posse dubitationem illam superesse, An fideicommissum vllò obstrictus fuerit is, qui sine liberis nouissimus decedens extraneum heredem reliquit, quamuis hanc esse Papiniani sententiam vulgo creditum sit. † Sed dubitatio apud Papinianum ex eo nascebatur, quod nouissimus ille decesserat priusquam fideicommissum peteret, cuius tamen petitio ei competebat propter institutionem extraneorum heredum à præmortuis factas. Inde enim fiebat, vt non de illo quærendum esset An aliqua aduersus hunc extraneum nouissimi heredem fideicommissi petitio competere, sed de illo tantum An extraneus hic aduersus alios extraneos præmortuorum heredes eandem fideicommissi persecutionem haberet, quam defunctus habuisset. Videbatur namque morte nouissimi extincta actio, cum inter heredes omnes extraneos res ageretur, nec iste aliis fauorabilior crederetur. In pari siquidem causa, hoc est liberis omnibus defunctis post institutos heredes extraneos contra patris prohibitionem, Existimari poterat meliorem esse debere conditionem possidentium, quam auctoris, qui cum esset ipse extraneus, tamen aduersus cæteros agebat eo solo prætextu, quod essent illi extranei, exemplo eius quod aliàs dici solet, In pari iure potiorum esse causam possidentis l. vbi autem. 3. D. de condic. ob turp. vel iniust. caus. l. vlt. D. de acquir. poss. l. vlt. C. de rei vindic. † Sed subtiliter Papin. animaduertit, non esse hinc parem extraneorum omnium heredum causam. Qui enim præmortuis successerunt ius habent ab iis qui fecerunt contra voluntatem defuncti instituentes extraneum, cum deberent ei qui supererat ex familia fundum relinqueret. At is qui nouissimo successit habet ius ab eo cui liberum fuit heredem habere extraneum, cum nemo amplius superesset ex familia cui relinqueret posset. Proinde fideicommissi petitio quam instituerat, aut præparauerat, aut instituere vel præparare potuerat, (neque enim præparatio hinc vlla necessaria est) non idcirco extincta videri potest quod vel coactus extraneum heredem habuerit: Succeditque iuris regula quæ habet in heredem quemlibet transire omnia defuncti iura. † Propter quam causam requirit Papinianus vt ipse quoque nouissimus sine liberis decesserit. Nam si liberos habens instituerat extraneum fecisset proculdubio contra voluntatem, ideoque fideicommissi petitio in præmortuorum portionibus, non secus ac in parte ipsius nouissimi, non extraneo heredi competere, sed liberis superstitibus, quamquam exheredatis. Neque enim eo minus essent de familia dicit. l. filius familias 114. §. cum pater, sicut & si ex postfacto essent emancipati dicit. l. peto in fin. l. si cognatis. 19. D. de reb. dub. atque ad eod. concepti & editi, dummodo concepti essent tempore conditionis existentis, vt ex magis communi nostrorum sententia receptum esse testantur cumulatōres.

CAPVT VIII.

De sententia & commendatione §. libertis l. cum pater. 77. de legat. 2.

- 1 An si testator ita scripserit, peto ne fundum alienetis sed vt in familia retineatis, idem sit ac si heredem aut legatarios fundum in familia retinere iussisset?
- 2 Vera Papiniani sententia in d. §. libertis.
- 3 Accursius & aliorum ad eum locum interpretatio reijcitur.
- 4 Reprobatur viri cuiusdam doctissimi emendatio ad vltima d. §. verba.
- 5 Repetitur auctoris interpretatio ad d. §. libertis.
- 6 Aliud esse si testator heredes fundum in familia relinqueret, aliud si in familia retinere iubeat.
- 7 An in specie d. §. si ex pluribus libertis fundum in familia retinere iussis priores decedentes extraneum heredem instituerint, fideicommissi petitio superstitibus superfit?
- 8 Cur si non prior, sed nouissimus sine liberis decesserit, liberi qui ex præmortuis liberis superfuerunt, ad fideicommissum non admittantur?
- 9 Plus esse si collegatarij fundum in familia retinere iubeantur, quam si fundum dumtaxat extra familiam alienare prohibeantur.
- 10 Liberos ratione qui ex præmortuis liberis superfuerunt nihil in d. §. interesse vtro modo testator locutus sit.
- 11 Cur in fin. d. §. Papinianus requirat vt nouissimus libertus sine liberis decesserit?
- 12 Cur si libertus ille extraneo herede instituto superstitibus liberis decedat, fideicommissi petitio liberis illis supererit?
- 13 Petitorem illam non ex natura verbi retinere, sed veluti per accidens competere.
- 14 Vis differentie supra propositæ inter iussum fundi in familia retinendi, & præceptum fundi in familia relinquendi.
- 15 Testatore iubente vt fundus in familia retineatur fideicommissum reale non personale inducit.
- 16 Proximiorum, quum ad hoc fideicommissum admittuntur, cauere debere se restitutorum.
- 17 Cautione non præstita, si fundus quandoque ad extraneum peruenierit fideicommissi petitionem familia nihilominus competere.

AT † quid rursus si testator ita scripserit? *Peto ne fundum alienetis, sed vt in familia retineatis.* Videtur casus hic diuersus ab eo quo heredes aut legatarij fundum in familia relinqueret iussi sint. Nam vt in superioribus dictum est qui fundum in familia relinqueret iubetur non potest in eo extraneum heredem habere ex testamento, l. filius familias. 114. §. cum pater de legat. 1. leg. peto. 69. §. fratre leg. vnum ex familia. 67. de legat. 2. at neque ab intestato vt probauimus infra capit. 11. ex l. penult. eod. tit. At is qui fundum in familia retinere iubetur, satisfacere voluntati credendus est si modò viuus non alienet, cum paria ferè sint Prohiberi vendere & liberi retinere leg. pater. 32. §. fundum de legat. 3. Qui verò prohiberetur vendere non prohibetur instituere §. quum decim d. leg. pater, de quo scripsimus cap. 6. Ergo nec qui iubetur fundum in familia retinere. † Et hæc mihi videtur Papiniani esse sententia in l. cum pater. 77. §. libertis de legat. 2. in postremis illis verbis. *At si nemo vendiderit & nouissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit*, quorum sanè vix est vt verior & accommodatior vlla possit adferri interpretatio. † Etenim si ponas decessisse libertos omnes sine liberis neminemque super-

resse ex familia, quomodo intellexisse videtur Accursius, & post Accursium ceteri, planè ridiculum facias Papinianum, qui moneat petitionem nullam superesse vbi nemo superest, qui petere possit. Quod si sic intelligas, vt nec superest petitio fideicommissi extraneo, qui nouissimo sine liberis decedenti heres extitit, facias Papinianum sibi ipsi contrarium, qui in §. pradium l. qui solidum. 78. eodem tit. contra scribit. Imò verò heredi nouissimo quantumuis extraneo petitionem fideicommissi superesse. Sed neque dici potest cur ponat Papinianus nomen ex libertis vendidisse, si sic intellexit vt omnestamen extraneis heredibus institutis decesserint. Si enim fatendum esset perinde fecisse illos contra voluntatem instituendo extraneos heredes, atque si extraneo vendidissent, quid attinebat verba illa adiciere *si nemo vendiderit*. † Scio virum quendam doctissimum cuius nomini hinc parcendum arbitror, in ea fuisse sententia vt diceret corruptum esse contextum, & legendum potius *si omnes vendiderint* aut quod esset tolerabilius *si nemo non vendiderit*. Vt sensus sit liberis omnibus proprias portiones vendentibus nullam nouissimi extraneo heredi petitionem superesse, quasi sit hæc restrictio quædam, & exceptio ad id quod scriptum est in d. §. pradium. Extraneo siquidem heredi eius, qui nouissimus defunctus est superesse petitionem fideicommissi, si priores sine liberis decedentes reliquerint heredes extraneos, siue antea vendidissent, siue non vt in d. §. pradium. Sed hoc ita demum si non nouissimus quoque cum cæteris vendiderit. Eo namque casu nullam fideicommissi petitionem reliquam esse. Verum neque emendatio hæc probabilis est, neque video qua ratione vera esse possit. Vel enim ponis libertos omnes pariter vendidisse, vel diuersis temporibus. Si pariter, iam dixerat Papinianus absurdum esse, vice mutua petitionem induci, vt ab alio partem alienatam quis petat, cum suam alienando perdidit, Quod & Iustinianus probat *Novell. 159. vt restituat. fideicommissi*, vltque ad vnum grad. consist. paullo ante finem princip. vers. & *leges nostras*. Sin diuersis temporibus, falsum est eum qui prius venditas portiones petere potuit, si nouissimus decedat sine liberis non vendita parte sua, eandem petitionem non posse in heredem suum transmittere. Cur non enim perinde transmittat, ac si præmortui nullis venditis partibus extraneos heredes instituisse dicit. §. pradium. Quod si nouissimus quoque portionem suam vendiderit post cæteros, vel fingis alios superesse de familia vel nullos. Si nullos, cur dicas extinctam petitionem fideicommissi aut cuius fauore d. §. pradium Si alios, Cur neges iis qui superest ex familia superesse petitionem? d. §. fratre cum similib. † Ea igitur sola restat interpretatio quam nos inducimus, vt si nemo ex libertis vendiderit, sed omnestamen decesserint, priores quidem superstitibus liberis, nouissimus verò sine liberis (id enim est quod non obscure Papinianus innuit, cum ponit nouissimum sine liberis decessisse) ac proinde quod omnino consequens est relicto herede extraneo siue ex testamento siue ab intestato, fideicommissi petitio non superest præmortuorum liberis quamuis sint illi de familia libertorum. † Ideò quia non in familia fundum relinquere iussu sunt liberti, sed in familia retinere. Si relinquere iussu essent, faceret nouissimus contra voluntatem instituendo extraneum d. §. fratre. Sed quia retinere tantum iussu sunt, non facit contra voluntatem qui fundum illum extraneo heredi relinquit. Ratio dissimilitudinis apertissima, nec ta-

men omnino insubtilis, ex ipsa verborum potestate propriaque significatione deducitur. Relinquendi enim verbum demonstrat faciendum aliquid, Retinendi verò faciendum nihil, dummodo ne quid contra fiat per quod impediatur retentio. Inde fit vt qui fundum in familia relinquere iussus est non tantum rogatus censetur vt nihil faciat quod impediatur voluntatem testatoris, sed etiam vt ea omnia curet ac faciat, per quæ voluntas testatoris effectum sortiri possit, fundumque in familia relinquitur. Quæ ratione illud etiam admittimus vt nec ab intestato extraneum heredem habere possit. Sed qui retinere iubentur in familia hoc tantum rogati videntur, ne alienent extra familiam. † Quid ergo, inquit, si ex pluribus libertis fundum in familia retinere iussu priores decedentes extraneum instituerint, An non supererit fideicommissi petitio superstitibus? Dico superfore. Non quod prior ille alienare prohibitus & retinere iussus fecerit contra voluntatem extraneum heredem instituendo [si enim solus in familia retinere iussus esset, valeret institutio, nec fideicommissi petitio aliis de familia competeret] sed quia ex iis verbis ad omnes libertorum personas directis *Petone fundum alienaris sed vt in familia retineatis* ac proinde ea voluntate ipsa testatoris ius sit superstitibus libertis fundum retinendi acsi præmortuos superstitibus restituere rogati essent, vt in l. 2. C. quando dies legat. vel fideic. cedat. Cum enim plures vnica oratione fundum in familia retinere rogati sint, non tantum de sua quisque portione, sed etiam de coheredum aut collegatariorum partibus retinendis, iussu singuli videntur. Nec nouum est vt quis coheredis quoque sui portionem retinere iubeatur, ex eoque fideicommissum inducatur. l. post emancipationem. 40. §. vlt. de leg. 3. secundum ea quæ de illius loci sententia scriptum est lib. 1. c. 14. l. in quartam. 91. D. ad leg. Falcid. l. deducit. 58. §. acceptis vers. Diuersa D. ad S. C. Trebell. dist. l. cum pater. 77. in princip. de legat. 2. † Dices fortasse, Cur ergo diuersum admittimus si non prior sed nouissimus sine liberis decesserit, hoc est, Cur non liberos qui supersunt ex præmortuis libertis ad fideicommissum admittimus cum sint illi de familia? Id enim est quod sibi vult Papinianus in d. versic. at si nemo vt iam diximus, non esse admittendos. Respondeo rationem illam esse quod ad eos porrigi non possit vis & potestas verbi *retinendi*. Ij enim demum retinere fundum possunt quibus fundus relictus est. At libertis duntaxat relictus est non etiam eorum liberis. Soli ergo liberti fundum in familia retinendi ius habent, non etiam eorum liberi. Sicut nec præmortuorum liberi ius vllum habent in fideicommissum quod non nisi superstitibus relictum est, si nulla liberorum mentio facta sit. Quæ sententia est dist. l. 2. C. quando dies legat. Nam qui præmortuorum liberos ad fideicommissum vocare velit, re prohibere ne fundus extraneo per legatum aut fideicommissum vel institutionem relinquatur, eum necesse est præcipere coheredibus aut collegatariis vt fundum in familia relinquant, non vt simpliciter retineant. † ex quo apparet quod ad ipsos collegatarios pertinet maiorem esse vim eorum verborum quibus iubeantur illi fundum in familia retinere, quam si prohibeantur duntaxat fundum extra familiam alienare. His enim verbis qui præmortuorum non prohibentur in eo fundo extraneum heredem instituere, licet alij collegatarij supersint, illi verò non minus prohibentur, quam si superstitibus restituere iussu essent. † Sed ratione liberorum qui supersunt ex præmortuis libertis quamuis sint illi ex

illi ex familia, nihil tam men interest, vtro modo testator locutus sit. Vtroque enim casu, si fundus inter viuos alienatus sit, fideicommissi petendi ius habent propter imperatam retentionem & prohibitam fauore familie alienationem d. versic. at si nemo vendiderit a contrario sensu. Sin ad extraneum hereditario aut legatarij, aut fideicommissi petitione excluduntur, quia nihil hic factum sit contra voluntatem, siue ex eo capite quo prohibita est alienatio, siue ex illo etiam quo iussu erant liberti vt fundum in familia retinere. † At cum ita sit illa adhuc dubitatio superest cur ergo in d. versic. at si nemo, requirat Papinianus vt nouissimus sine liberis decesserit. Ita enim satis aperte significat, Si nouissimus relictis liberis decesserit, & extraneum heredem instituerit, fideicommissi petitionem superesse. Ac sanè ita est. † Sed cur ita? An quod pater fundum illum legando aut per institutionem relinquendo extraneo fecerit contra prohibitam alienationem? Minime. An quod retinendi ius datum videatur iis nouissimis liberis quibus fundus relictus non est? Ne hoc quidem. Sed quia pater qui iussus fuerat fundum illum in familia retinere, videatur fecisse contra voluntatem, hoc ipso, quod cum posset nihil faciendo hoc est si modo intestatus decessisset retinere eum in familia per liberos futuros sibi ab intestato heredes, maluit tamen testari vt præferret extraneum. Cum enim per vim successionis intestati possit satisfieri iudicio testatoris ab eo, qui liberos habet vt scilicet fundum in familia retineat, facit proculdubio contra voluntatem qui idcirco testatur, vt eum relinquat extraneo. Non quod videatur prohibita testamenti factio quæ nec prohiberi potest dist. l. cum pater §. mando. Sed quia nihil vetabat hunc ita testari vt tamen fundum liberis suis relinqueret. Quo casu quod ad fundum pertineret perinde fuisset acsi intestatus is decessisset Fundus enim ad liberos peruenisset. † Nec est contrarium, quod proximè diximus eum qui in familia retinere iussus est non videri iussu in familia relinquere. Hoc enim fit in proposito non ex natura verbi *retinere* sed veluti per accidens vt ita loquar, propter testamentum ab eo factum qui decedere noluit intestatus. Nam cum non satisfecerit iudicio defuncti eo modo quo satisfacere poterat, vel nihil faciendo, hoc est moriendo sine testamento, non est quod conquatur si facto testamento cogatur plus facere quam ab initio debuisset, hoc est fundum illum liberis suis per expressam voluntatem relinquere, ne alioqui minus faciat, quam facere debeat. † Et in hoc nimirum apertius differentia illa cernitur quam nos inducimus. An fundum quis in familia retinere iussus sit an in familia relinquere. Nam qui retinere iussus est si intestatus moriatur, relicta herede matre aut alia persona extranea, fortassis cognato, qui hodie succedit ex iure ciuili & Iustiniano non, vt olim, tantum ex prætorio, nihil facit contra voluntatem testatoris. Quomodo enim, aut quo colore imputare possis ei, qui intestatus moritur, cur non retinuerit fundum in familia? Nisi fortè hoc imputare velis cur non perpetuò vixerit. Vrgere siquidem eum non possis, vt testetur vel codicillos faciat, qui non in familia fundum relinquere iussus sit, sed tantum retinere. At is qui relinquere iussus est testari etiam cogitur si alio modo facere nolit cum possit, vt fundum in familia relinquat. Alioqui vt sæpius dictum est, offendit ille voluntatem. † Diuersum esse puto si testator iusserit vt fundus in familia retineatur. Tunc enim fideicommissum induci non personale sed reale, id est non in

fauorem tantum collegatariorum superstitum, sed etiam liberorum qui ex præmortuis superest adeo, quod omnium qui sunt de familia. Ordine tamen, id est ita vt proximiores remotioribus præferantur dist. l. peto §. fratre. Nam quid interest, an iusserit testator vt fundus in familia retineatur, an vt remaneat, an vt relinquatur, an vt ne de familia exeat? His vtique casibus omnibus cum fundus ipse afficiatur, admittendum est induci fideicommissum reale & perpetuum, hoc est tandiu duraturum quandiu a fundi possessore ostendatur iudicium testatoris aliquo ex familia superstitum. † Ideoque cum ad huiusmodi fideicommissum proximior admittitur, cauere debet se familie restitutum inquit Papinian. dist. §. fratre. Vbi tamen subiicit quod notandum est, si non fuerit cautio desiderata ab eo qui primo loco admittus fuit, nullam quidem, eo nomine nasci conditionem, quasi indebito, soluto fideicommissum vt aliis perierumque euenit leg. heres. 21. D. ad S. C. Treb. & contingeret si usufructus nomine res tradita fuisset nulla interposita stipulatione leg. & si usufructus. 7. D. usufr. quemadmod. caueat. † Sed si domus ad exterum quandoque peruenit, fideicommissi petitionem familie competituram. Hanc porro cautionem ratione doli mali exceptionis desiderari, Nempe quod dolo facere videatur is qui ex fideicommissum petit fundum, tanquam contra prohibitionem testatoris alienatum, quem ipse quoque alienare velit, quomodo velle merito credendus est si cauere recuset, eum se familie restitutum.

CAPVT IX.

Ad §. fratre. l. peto. 69. de legat. 2.

SUMMARI A.

- 1 Cautionem de fundo familie restituendo non frustra in d. §. desideratam videri, licet nemo ex familia superstiti cui restitui possit.
- 2 Responderetur ad leges contra allegatas.
- 3 De materia l. si in persona 21. C. de fideicom.
- 4 Remotiores, vel pares in gradu qui viuo testatore concepti sunt, cæteris postea conceptis in d. §. præferri.
- 5 Non tamen requiri vt qui ad fideicommissum admitti volunt viuo testatore concepti sint.
- 6 Non idem esse si proximioribus testator fideicommissum reliquerit.
- 7 An in d. §. fratre frater qui fundum contra testatoris voluntatem alienato fideicommissum restituere coactus est is qui ex familia superest, ydem fundum alienantibus de nouo ad fideicommissum admitti possit?
- 8 Quo sensu dicatur, eos ad huiusmodi fideicommissum inuitatos videri qui iudicio testatoris paruerunt, non qui alienauerunt?
- 9 Fratrem illum à fideicommissum arceri quandiu aliqui ex familia etiam gradu remotiores superest.

Illud tamen subobscurum est quod apud Papinianum sequitur in d. §. fratre, *quamuis nemo alius vltior ex familia superest*. Videtur enim frustra desiderari cautio de fundo familie restituendo, cum nemo ex familia superest, cui restitui possit. Frustratoria autem & superuacua cautio quem onerari, æquum sanè non est leg. non cogendum. 45. §. vlt. D. de procurat. leg. hac suppl. 14. §. 1. D. vt legat. seu fideic. namin. caueat. l. 1. §. penult. & vlt. l. 2. & 3. D. vt in possess. legat. Quam ob causam sic eum loquuntur

intelligit Accursius, & post eum ceteri, nec male ut ratione doli mali exceptionis desiderari possit cautio quamuis nemo alius ex familia superfit si modò aliquis fore speretur. Cum enim fideicommissum illud fundi in familia relinquendi sit perpetuum, consequens est ut ad ipsum admittantur, quotquot vnam in familia nascuntur, & nati natorum & qui nascuntur ab illis, quia sufficit ut natus sit vel conceptus fideicommissarius eo tempore quo condicionalis fideicommissi condicio existit leg. cum pater. 77. §. hereditatem filius de legat. 2. † Nam quod nonnulli contrà putant moti ex l. Titius. 6. D. de suis & legit. l. prima §. Si quis proximior D. vnd. cognat. l. si cognatis. 19. D. de reb. dub. faciunt sanè parum subtiliter, cum iis locis tractetur de successione, quam lex defert aut de legato purè relicto, non item de legato aut fideicommissio condicionali, cuius sanè longè diuersa ratio est. Sufficit enim talem quem esse qualis esse debet ad legatum aut fideicommissum consequendum, quando dies relicti cedit l. interdict. 59. l. men. res. 98. leg. eum qui post. 104. de condic. & demonstr. l. 1. §. sed & eius de leg. 3. l. interuenit. 24. de legat. praest. quia huiusmodi fideicommissa non iure cognationis acquiruntur, sed ex dispositione testatoris. l. Paulus respondit D. de bon. liberr. † Nolim tamen in hanc rem adduci legem si in persona. 21. C. de fideic. qua plerisque moueri video ex iis, cum quibus & ego sentio. Loquitur enim de fideicommissio quod postea nato acquiritur iure transmissionis, & ex alterius, non ex propria successione persona. † Illud sanè non improbo quod quidam tradiderunt eos qui viuo testatore concepti sunt præferri ceteris postea conceptis, quasi qui magis dilecti videantur tanquam cogniti ex l. qui filius. 14. in princip. de legat. 1. Idque intelligo etiam si sint remotiores aut pares in gradu, alioqui non tanquam cogniti præferentur, sed tanquam proximiores. Multo igitur magis præferentur qui in eodem aut pari gradu sunt, ceteris paribus. † Ceterum non requirimus, ut qui ad fideicommissum admitti volunt concepti sint viuo testatore, præferim si ut plerumque fit, testator fideicommissum infinitum extendi voluerit, aut digressus sit ad plures gradus substitutionum. Quinimò descendentes etiam ultra quartum gradum substitutos intelligi placuit. † Non idem est si testator proximioribus suis fideicommissum reliquerit. Eos namque solos tum videtur inuitasse qui se viuo concepti fuerint, nec extenditur fideicommissum ad vltiores gradus, nisi favore agnationis & familiae conseruandæ relicto proponatur. Nimirum quia nomen proximiorum collectiuum quidem est plurium personarum quæ sint eiusdem gradus, sed non plurium graduum quomodo nomen familia, ut nostri tractant ad §. in fideicommissio l. omnia. 32. alias l. cum ita de legat. 2. † Tentemus tamen an dici etiam possit, Papiniani in dict. §. fratre eam esse sententiam ut ratione doli mali exceptionis iustè desideretur cautio de fundo in familia relinquendo, etiam si nemo alius vltior ex familia superfit, nec superfore speretur. Nimirum eo casu quo is ipse, qui cautionem desiderat & à quo debetur fideicommissum est ex familia, Quomodo erat frater in specie dict. §. fratre. Finge enim fecisse fratrem contra testatoris fratris voluntatem, non in eo quod extraneo herede relicto decesserit (nam in extraneo herede tractari hoc non posset) sed in eo quod fundum què in familia relinquere iussus erat, extraneo inter viuos vendiderit, aliave qua ratione alienauerit. Di-

co non ideo minùs manere cum de familia ac proinde de admitti debere ad fideicommissum familiae relicto si quando contingat, ab iis qui nunc admittuntur, postea alienari fundum, nec alios vltos eo tempore ex familia superesse. Nam cum fideicommissum perpetuum sit favore familiae, nouum non est ut qui, semel fundum perdidit ob alienationem à se factam admittatur iterum velut ex nouo fideicommissio. Magisque esset contra voluntatem, si isto ex familia superfit qui prior fundum habuisset ac amisset, fundus ille ad extraneum perueniret. Imo faceret aperte dolo malo is qui fundum ex fideicommissio peteret tanquam alienatum contra prohibitionem testatoris, si cauere nollet eundem se restitutum, non quidem ei nominatim, qui amiserit, sed generaliter familiae ex qua ille etiam sit qui amiserit. † Nec est contrarium quod diximus in superioribus; Eos videti ad huiusmodi fideicommissum inuitatos qui iudicio paruerunt, non qui alienauerunt d. §. libertus d. l. cum pater de legat. 2. l. nihil proponi. 120. §. omnibus de legat. 1. l. quoties ab omnib. 11. C. de fideicom. Id enim tum verè dicitur cum fideicommissum vnum est & simplex, puta quod ex alienationis prohibitione sola inducitur. At cum tractamus de fideicommissio quod perpetuum sit & reale, nec solùm graduale, sed etiam reciprocum, cuiusmodi illud est, cum præcepit testator ut fundus in familia relinqueretur, tot sunt fideicommissa quot sunt alienationes extra familiam. Ac proinde verum est, quandiu aliquis ex familia superest, quisquis ille tandem sit, tamen iam eum ipsum fundum semel alienauerit, admitti eum debere potius quam extraneum quasi repetito fideicommissio arg. l. sicut. 3. & l. repeti. 5. D. quib. mod. usufr. amitt. l. licet. 23. de usufr. legat. l. sed & si quid. 25. §. si operas D. de usufr. Aut potius, quasi succedat ille sibi ipsi ex nouo iure ut aliis plerisque casibus, non omnino dissimiliter contingit. l. 3. l. creditor. 12. §. Papinianus D. qui potior in pignor. habeant. l. 1. §. sed videndum D. de success. edit. l. iure marit. 6. C. ad leg. Isl. de aduer. † Sanè quandiu supererunt aliqui ex familia licet remotiores in gradu, fateor præferri eos debere, nec posse cum ipsis concurrere eum qui semel fecerit contra voluntatem, ut saltem quantum fieri potest, seruetur voluntas testatoris. Id enim est, quod scribit Papinianus in dict. §. fratre, nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum ladi debet. Siquidem admittendo sequentes excludit utique eum, qui prior admissus fuerat, quandiu sequentium gradus aliquis supererit, Ut in eo deterior, condicio sit illius, qui defuncti iudicio non paruit, quam eorum qui non offenderunt.

CAPVT X.

Explicatio & emendatio §. sed et si fundum. & §. ideò l. vnum ex familia.

67. de legat. 2.

SVM MARIA.

- 1 Legi propositæ argumentum, & species in ea examinata.
- 2 Species & questio. d. §. sed & si fundum.
- 3 Quomodo Castrensis illud interpretetur quod in d. §. Papinianus respondet extraneum fideicommissum petere posse si præterea electo tantundem relicto sit quod fundi precium efficiat?
- 4 Electum in specie d. §. non solum ex iudicio prioris testatoris, sed etiam aliquomodo ex voluntate eligentis fundum habere videri.

- 5 Cur fideicommissum non valeat, si electo qui fundum restituere rogatus est, nihil præterea legatum sit?
- 6 Electum illum præter legatum repudiare non posse, ut fundum habeat?
- 7 An si minus ei legatum sit quam quanti fundus est, fideicommissum valeat?
- 8 An eo casu permittendum ei sit ut legatum petat, nec tamen extraneo fundum restituat?
- 9 Distingnendum esse in specie d. §. cum Papiniano quibus verbis testator fundum in familia relinqui iusserit.
- 10 Quid iuris si ita testator scripserit, Rogo fundum cui, aut quibus voles ex familia relinquant, & quid significent verba illa Papiniani, rem in expedito esse.
- 11 Multum interesse an iussus cui volet ex familia fundum relinquere heredem ex familia instituat, & fundum leget extraneo, an vero alicui ex familia leget adiectione onere fideicommissi in fauorem extranei.
- 12 Cur si heres qui iussus est vnum ex familia eligere, vnum ex familia instituerit, & de fundo extraneæ persona restituendo granauerit fideicommissum illud non valeat?
- 13 Differentiam inter legata & fideicommissa perpetuam illam fuisse, ut legatorum dominium recta via à testatore in legatarum, fideicommissum vero in fideicommissarium non nisi facta restitutione transferri.
- 14 Cur Prætor in interdicto quod legatorum, nullam fideicommissarium mentionem fecerit.
- 15 An post sublatam legatorum & fideicommissorum differentiam æque testatoris voluntatem offendat is qui vnum ex familia eligere iussus vnum ex familia heredem scripsit, eumque fideicommissum ut eum fundum extraneo restitueret, ac si eum fundum legaret extraneo?
- 16 Cur testatoris voluntatem non offendat ille qui vnum ex familia eligere iussus vni ex familia fundum reliquit, eiusque fideicommissum ut extraneo restituat?
- 17 Summa eorum quæ ad primum distinctionis Papiniane capui dicta sunt de his verbis, Rogo cui voles ex familia fundum restituas.
- 18 De altera distinctionis parte, quum prior testator ita scripsit, Peto ne fundus de familia exeat.
- 19 An fideicommissum extraneo relicto eo casu valeat, si alij ex familia superfit?
- 20 An electo mortuo, & ceteris deinceps ex familia fundum euincens aliqua eo nomine actio, & aduersus quem extraneo competat?
- 21 Communis Interpretum de hac questione sententia reuocatur.
- 22 Quis in d. §. iussus sit fundum extraneo restituere?
- 23 Re aliena per legatum vel fideicommissum relicta, in qua testator ius aliquod habuit, illud tantum relicto videri quod habeat, licet morte eius extinctum iri certum sit.
- 24 Si vero ius illud morte testatoris non extinguatur, præter ius illud nihil deberi, non adhibita distinctione an testator sciuerit, ius illud tantum sibi competere, an ignorauerit.
- 25 Non censeri secundum testatorem voluisse, ut mortuo quoque electo ceteris de familia fundum euincens, heres suus fundi assumptionem extraneo præstaret.
- 26 Quibus casibus aliena rei per legatum aut fideicommissum scienter relicta estimatio debeatur?
- 27 Heredis heredem ad hoc non teneri ut fundum redimat ab illis qui sunt ex familia, & redemptum extraneo præstet.
- 28 Illud quoque induci non posse ut post electi mortem fundi estimatio extraneo præstetur, quæ penes eum perpetuò sit remansura.
- 29 Quem sensum habeant verba illa Papiniani, heredis heredem propter sequens fideicommissum quod in exterum collatum est, oneratum intelligi?
- 30 Papinianum ibi tractare de fundi fideicommissio ijs qui ex familia sunt præstando, propter alienationem ab herede factam.
- 31 Quando superstites illi ad fideicommissum admittantur?
- 32 Euito fundo per eos qui sunt ex familia, non idcirco ius vltimum extraneo competere petende estimationis.
- 33 Verba illa §. ideò, d. l. vnum ex familia, si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur absque negatione legenda esse.
- 34 Rectam esse in d. §. ideò, de cautionibus interponendis estimationem.
- 35 An, si vno ex familia electo fundi fideicommissum in extraneum collatum non fuerit, interponi cautiones debeant?
- 36 Speciem l. 3. §. si quis ita. ff. de adimen. leg. differre à specie d. §. ideò.
- 37 Cur in specie §. fratre l. peto. 69. de leg. 2. proximus ex familia qui ad fideicommissum admitti vult, de restitutione cauere debeat, electus vero in specie d. §. ideò, cautione de fundo restituendo non oneretur?
- 38 Aliaratione probatur negationem è d. §. ante sublatam abundare.
- 39 Quomodo Rogerius & Accursius dictum §. intellexerint?
- 40 Refellitur Azonis & aliorum sententia, existimantium fideicommissum in exterum non collato, cautionem præstandam esse.
- 41 Aliud esse postulare cauere de fundo simpliciter non alienando aliud vero cautionem hanc exigere, Fundum quum electus morietur, si non in familia relinqueretur, cum effectu restitui.
- 42 Cur fideicommissum in extraneum collato fundus post electi mortem restituendus sit?
- 43 Reprobatur Cuiacij interpretatio ad d. §. ideò.
- 44 Cur permittendum sit secundo heredi quum dat electo fundum, ut stipuletur fundum quum morietur restituui, si non in familia cum effectu relinqueretur?
- 45 Cur fundi fideicommissum in extraneum collato, fundus ipse, non eius estimatio restituui debeat.
- 46 Heredem heredis duplici fideicommissio onerari non posse.
- 47 Effectus cautionis quam heredis heres ab electo exegit.

Conueniens est superioribus ut coniecturam nostram subiiciamus de sententia & emendatione §. sed et si fundum l. vnum ex familia. 67. eodem tit. De legat. 2. quia & de interponendis cautionibus tractat, & perobscuram habet interpretationem. Tota ferè ea lege de illo agitur, qui fundum in familia relinquere, & vnum ex familia eligere iussus erat, variæque species Papinianus profequitur, ut sciamus quibus demum casibus videatur ille fecisse ex voluntate, aut contra voluntatem. † Inter ceteras verò hanc præcipuam in dict. §. sed et si fundum, si fundum heres vni ex familia reliquerit, eiusque fideicommissum ut extero illum restituat. Quærit autem, an huiusmodi fideicommissum extraneus ille petere possit. Ac primum respondet posse si præterea tantundem electo relicto sit quod fundi precium efficiat. † Quod ita accipiendum

ANTONII FABRI

Castrensis credit, si electus pretij legatum agnouerit, Quasi in eius potestate sit ut fundi electionem agnoscat, pretij verò legatum repudiet, quo tamen agnito fideicommissum fundi extero præstare teneatur sibi imputaturus cur non repudauerit. Ego verò nec repudiare posse arbitrò si electionem accipiat. Quamuis enim post factam perfectamque electionem videatur electus fundum habere non ex testamento eligentis, sed ex iudicio prioris testatoris *d.l. vnum in princip. §. 1.* nisi facta sit electio per institutionem vniuersalem, quò casu transit in ius hereditarium vt & Castrensis fatetur *ex §. si duos eiusd. legis in vlt. verbis, quas iure hereditario retinent.* Negari tamen non potest quin habeat etiam aliquomodo ex voluntate eligentis, in cuius scilicet potestate fuit ut alium eligeret siue proximiorum siue remotiorum de familia *l. vtrum. §. cum quidam de reb. dub. adeoq. indignum, l. cum quidam. 24. de legat. 2.* Ac proinde si rogetur eum fundum alteri restituere nec quicquam ipsi prætereà legatum sit, admittimus quidem fideicommissum non valere ex regula legis *ab eo. 9. C. de fideicom.* quemadmodum nec valeret legatum si idem testator ei quem elegisset fundum ipsum legasset *d. §. 1.* Sed si præter fundum tantum ipsi legatum sit quod fundi pretium efficiat, æquum sanè est valere omnimodo fideicommissum, quasi fundum quoque ipsum effectu retinere videatur is, qui fundi pretium iustum habeat *l. quia qui pretio. 39. l. si usufructus. 35. in princip. D. de usufruct. §. l. si rem. 22. in fin. D. de petit. here. l. sed si quis ieruum. 33. cum seq. D. de pecul. ¶ Nec si fundum habere malit quam pretium, ideòque precij legatum repudiet, id ipsi indulgendum est, quia non patitur iuris ratio vt legatario liceat inducere diuisionem voluntatis *l. cum qui. 18. §. vlt. D. de his qua vt inat. n. præsertim ad repudiandam eam voluntatis partem, quæ onus habeat l. sed duobus. 5. de leg. 2. l. si legatario. 22. l. Lucius. 40. D. de fideicom. libert. l. 6. l. 13. C. eo.* Sicut nec ei concedendum est, vt precij legatum consequatur, & fundum nihilominus retineat. ¶ Sanè si minùs ei legatum esset quam quanti fundus esset, his etiam verbis adiectis *pro pretio fundi* quamuis dici possit videri electum tanti fundum æstimasse *l. sed si non seruus. 36. ad l. Falcid.* crediderem tamen fideicommissum non valere, quoniam alioqui facilè fraus fieret voluntati testatoris nec fundus in familia cum effectu relictus videretur. ¶ An igitur permittendum erit electo vt legatum petat nec tamen fundum extraneo restituat? Minimè. Quin repellendus erit exceptione doli si vtrūque vellet cõsequi. Effet enim id contra voluntatem testatoris, qui nõ nisi ea mente legauit precium vt fundus extero restitueretur *arg. l. generaliter. 24. §. si quis alienum & seqq. D. de fideicom. libert.* Atque hæc quidem indistinctè vera essent si de electi duntaxat iure quæreretur. ¶ Sed quoniam fieri potest vt aliorum quoque intersit, subtiliter animaduertit Papinianus distinguendum esse quibus verbis primus testator fundum in familia relinqui iusserit. Multum enim refert an ita scriptum sit, *Rogo fundum cui voles aut quibus voles ex familia relinquo* an sic potius *Pero ne fundus de familia exeat.* ¶ Priore casu ait Papinianus rem in expedito esse, hoc est, vt Accurs. rectè interpretatur, id ipsum sine dubio obtinere, quod iam dixerat, esse fideicommissum fundi, si modo tantundem prætereà electo relictum sit, quantum possit fundi pretium efficere. Non enim simile est quod in contrarium paullo antè idem Papinianus scribit *in d. §. sed si vno*, Si vno ex familia herede instituto fundus ille extraneo relictus sit, perinde ex priore testamento fideicommissum peti posse, ac si ne-*

mo de familia heredis heres extitisset. ¶ Nam qui heredem instituit vnum ex familia, & fundum nihilominus legat extraneo, non satisfacit voluntati, cum ita faciat vt nullo tempore videatur fundus in familia relictus. Quod secus est cum alicui ex familia legatur, quamuis adiecto onere fideicommissi. Tunc enim tametsi purum sit fideicommissum, videtur tamen satisfactum imperio testatoris, cum ex legato fundus ille ad vnum ex familia rectè pertineat, nec nisi per eius manus ad fideicommissarium peruenire possit. Porro sufficit vt fundus in familia relictus sit, quamuis in familia non remaneat si modo electus precium retineat, vt in effectu fundum ipsum retinere videatur. Illis siquidem verbis *o cui ex familia voles restituas* vnum duntaxat fideicommissum est, non habens tractum temporis, vt loquuntur, successiuè, ideòque electo vno ex familia protinus fideicommissum extinguitur *dicit. l. vnum. §. primo. in fin. ¶ Quod si is qui eligere debuerat instituerit vnum ex familia eiusque fidei commiserit vt fundum illum extraneo restituat, æquè admittam cum Accursio & Cuiacio lib. 15. obser. cap. 2. fideicommissum hoc non valere.* An ratione illa qua mouetur Accursius, quod per omnia iam olim exæquata fuerint legata fideicommissis? *l. 1. de leg. 1.* Nequaquam. Habet enim illa lex longè aliam strictiorè sententiam quam nos docuimus *lib. 6. cap. 3. ¶ nec dubitandum est Pandectarum ius perpetuum illam fuisse inter legata & fideicommissa differentiam, quod quamuis omnium dies ab ipso die mortis aut conditionis cederet, adeò vt etiam ab ignorantibus legatariis & fideicommissariis petio in heredes transmitteretur, quæ eo nomine competeat in personam actio *l. vltim. Cod. quand. dies leg. vel fideicom. cedit. l. si a furioso. 24. de obligat. & action. legatorum tamen dominium rectè via transibat à testatore in legatarium, velut numquam factum heredis, Non sic fideicommissum in fideicommissarium nisi facta restitutione. l. si partem. 19. §. 1. Digest. si seruit. vendic. l. Titio. 34. & seq. ad legem Aquiliam. l. si seruus legatus. 40. de noxal. act. l. proinde. 8. D. si certum petatur. l. sed si damnus. 9. §. sed & creditor. de pecul. l. cum seruus. 39. alias l. apud Iulianum. §. fructus de legat. 1. l. cum pater. 77. §. surdus. l. legatum. 80. de legat. 2. l. quadam. 15. de rebus dub. l. 1. vtrum. D. si quid in fraud. patron. l. magis puo. 6. §. fundum autem de rebus eorum qui sub iur. leg. si dominium. 47. leg. à Titio. 64. D. de furt. iunct. l. facta. 63. D. ad S. C. Trebell. §. restituat. Instit. de fideicom. hered. Vnde illud etiam fit vt nullo Digestorum loco reperias dari vindicationem fideicommissario pro fideicommissio nondum restituto, quæ passim datur legatario pro legato. ¶ Sicut nec vllam fideicommissarii mentionem Prætor fecit in interdico quod legatorum, nempe quia si fideicommissarius auctoritate propria fideicommissum cepisset, potuisset heres tanquam dominus ab eo rem vindicare, non etiam à legatario, quippe qui factus fuisset ipso iure dominus, vt proinde necessarium esset heredi auxilium interdicti ad auocandam possessionem *l. 1. D. quod legat. ¶ Quid ergo est quod me mouet, vt cum Accursio sentiam? Id vnum, quod à Iustitiano constitutum video *in l. 2. D. commun. de legat. & fideicom. vt legatorum & fideicommissorum vique adeò vna eademque hodie sit natura, vt quicquid legatum est censetur fideicommissum, & contrà. Proinde transfusum sit in fideicommissa, quicquid erat olim plenius in legatis, & vicissim in legata quicquid erat plenius in fideicommissis. Itaque si hodie is, qui vnum ex familia eligere iussus est, vnum ex familia heredem scripserit, eiusque fidei-****

commissum vt eum fundum extraneo restituat, non minus ostendit voluntatem, quam si eum fundum legaret extraneo, quia æquè facit ne fundus ille vnquàm in familia relictus dici possit. Et perinde igitur dicendum est fideicommissum non valere sicut nec legatum. Tametsi longè aliter ni fallor Papinianus respondisset, nec adhibita ea distinctione, An ex hereditate tantundem electus ipse consequeretur quantum ad fundi pretium satis esset. Constat enim hereditatè quantumuis damosa sit, videri tamen soluendo esse quæ heredem habeat, viderique heredem secum compensasse quod sibi debeatur *l. que dotis. 33. D. solutio matrimonii. leg. 3. D. ad legem Falcidiam. l. libertus. 36. de bon. libert. ¶ Ceterum, non quemadmodum facit contra voluntatem is qui vnum ex familia eligere iussus instituit vnum ex familia, & ab eo legatum vel fideicommissum relinquit extraneo, ita & ille qui fundum vni ex familia relinquit, eiusque fidei committit vt extraneo restituat. Media namque legatarij, aut fideicommissarij persona impedit, ne possit fideicommissum transire rectè via in secundum fideicommissarium, aut legatarium. Adde legatarium, quoniam etsi iure veterè ita obtinebat, vt à legatario legari non posset, sed fideicommissum tantum *§. 1. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict. Caus. lib. 2. Inst. tit. 7. §. 4. P. p. Tit. 24. qui est de legat. §. à legatario, hoc tamen hodie immutatum est *d. l. 2. m. fin. C. commun. de legat. ¶ Ergo quod ad primum distinctionis Papinianæ caput pertinet, si prior testator ita simpliciter scripserat, Rogo cui voles ex familia fundum restituas, res vt diximus est in expedito. Fundum enim vni ex familia relictum secundus heres præstabat electo, ac prætereà fundi pretium, vt valeat fideicommissum quod ab electo primus heres dedit extraneo. Electus verò fundum extraneo restituet, Extraneus porò acceptum retinebit, atque ita cedent omnia commodissime. ¶ Sed si prior testator ita scripserit, quæ secunda distinctionis pars est, *Pero ne fundus de familia exeat.* Res non adeò erit expedita. quid enim si alij supersint ex familia, qui fundum illum ab extraneo euicturi sint saltem post obitum electi? Nam utique poterunt illi euincere, & ex priore testamento fideicommissum petere, quotiescunque contra prioris testatoris voluntatem fundum extra familiam alienatum inuenient, cum habeant illi ius antiquius, quod nec primi nec secundi heredis nec alterius illius facti impuni, aut tolli potuissent *d. §. fratre. & §. prædium eiusd. leg. peto. ¶ An igitur valebit fideicommissum relictum extraneo? Valebit sanè quemadmodum & superiorem casu. Idque aperte Papinianus docet, cum ait, Carteros deinceps ex familia non rectè fideicommissum petitorios ex priore testamento nisi post mortem electi, vt intelligamus viuo electo relinquendum esse fundum penes extraneum, Nec alio sanè id iure quam fideicommissi. ¶ At dubitatio illa manet, an electo mortuo, ac ceteris deinceps ex familia fundum euincantibus, aliqua eo nomine actio, & aduersus quem extraneo competat. Nam aduersus eos qui cum sint ex familia fundum petunt ex priore testamento competere nulla potest, quando euincunt eum proprio iure, Aduersus electum verò multo minus. Quamquàm enim ita comparatum est, vt cum aliena res per fideicommissum scienter relinquitur, necesse sit ei qui rogatus fuit vt vel ipsam redimat & tractet, vel præstet eius æstimationem *§. cum autem Instit. de sing. reb. per fideicommissi relict. l. cum alienam. 10. C. de legat. ¶ In proposito tamen electus hic quem extraneo fundum restituere testator voluit, cogi non potest vt pretium quod suo iure ab herede habet, extraneo quoque restituat. Non*****

enim pretij sed fundi fideicommissum ab eo relictum est, & sicuti non potuisset primus heres grauari illum in fundo, si nihil prætereà ipsi reliquisset, ita nec eum onerare potuit in pretij legato, sine quo futurum erat inutile fideicommissum fundi, vsque adeò vt nec æstimationem petere extraneus potuisset. Perpetuum namque illud est vt ex inutili legato vel fideicommissum ne quidem æstimatione debeat. *l. quod in rerum. 24. §. 1. l. cum seruus. 39. §. vltim. de legat. 1. §. non solum Instit. eodem.* Non est igitur permittendum extraneo, vt ex fideicommissi causâ pretium fundi ab electo exigat, cum si pretium electus non habere, fideicommissum omne ab eo datum hoc ipso intercederet, sicque incidere quæstio in eam difficultatem, & implicationem de qua tractat Africanus *in l. qui quadringenta. 88. Digest. ad legem Falcidiam. ¶ Restat ergo vt cuius fundi æstimationem ab heredis herede extraneus consequatur. Atque ita vno ore nostri omnes sentiunt post Accursium. Quasi scienter relictio fideicommissi rei alienæ, *ex dicit. l. cum alienam.* Idque esse quod Papinianus ait *heredis heredem propter sequens fideicommissum quod in extraneo collatum est, oneratum intelligi.* Mihi tamen subtilius intuenti opinio hæc & interpretatio probari nullo modo potest. Primum quia nullo iuris loco scriptum reperio, alienæ rei quæ per legatum aut fideicommissum relictæ sit, æstimationem deberi, nisi ab eo ipso à quo relictæ fuerit *dicit. §. cum autem de sing. reb. per fideicommissi relict. dicit. leg. cum alienam. l. si domus. 71. §. qui consuetur de legat. 1. l. non dubium. 14. de legat. 3. ¶ In ea verò specie quam tractamus, non heres heredis oneratus est vt fundum extraneo restituat, sed electus, cui ob eam causam fundi quoque pretium legatum fuit, vt fideicommissa grauari posset. Igitur absurdum est dicere, cogendum heredem heredis vt fundi qui non à se sed ab alio relictus sit, extraneo inferat æstimationem. Deinde iniquissima mihi videtur, & profusè improbabilis ea voluntatis coniectura quæ hunc heredis heredem duplici præstatione precij eiusdè fundi oneret *argumen. l. Titia. 34. §. qui inuita de legat. 2. l. vxor. 41. §. 1. de legat. 3.* Pōnimus enim iam ab eo solum electo pretium fundi per fideicommissum relictæ extraneo. Pōnimus præstitisse prætereà fundum, atque ita satisfacisse in omnibus iudicio sui testatoris. Cur ergo iterum obligari eum volumus vt eiusdè fundi aliud pretium præstet extraneo, cui nihil ipse dare rogatus sit? Postremò me illud maximè mouet, quod apud omnes in confesso est, Testatorem qui alienam rem legat aut per fideicommissum relinquit, in qua tamen ius aliud quod habeat, id solum legare, aut fideicommittere videri quod habeat, non quod sit alterius, quamuis ius illud morte legantis vel fideicommittentis extingueretur certum sit, potiusque ea sumitur interpretatio quæ legatum aut fideicommissum inutile faciat, quam quæ honoret heredem *dicit. l. quod in rerum. 24. §. 1. de legat. 1. l. Stichus. 36. de usufru. legat. ¶ Tractant nostri ad l. vxor. patrui. 20. licet longè diuersa eius loci sententia sit *C. de leg. ¶ Quod si testatoris ius in re legata aut per fideicommissum relictæ tale sit, vt ipsius morte non extinguatur, Nemo dubitat quin præter ius illud nihil debeatur *dicit. l. si domus. §. vltim. de legat. 1.* Adeo vt hoc casu nullus sit distinctioni locus, An sciuerit testator ius illud tantum sibi competere, an ignorauerit, si Castrensis credimus *in dicit. §. sed etsi fundum; ratione illa quod neque necessaria distinctio sit, cum vtrouque casu relictum valeat. Et generaliter verum est quoties alicui certa res relinquatur, talem ab herede dari eam debere qualis est, l. si a substituto. 45. §. vlt.*****

im. l. si legatus. §. l. si servus. 70. l. legatum. 116. §. ultim. de legat. 1. Atqui in proposito secundus testator idemque primus heres prioris testatoris, ius habuit rogandi electum, cui fundum fundique precium legauerat, vt eum fundum restitueret extraneo tandiu retenturo, quandiu electus viueret. † Non igitur censendus est voluisse vt mortuo quoque electo ceteris de familia fundum illum euincerebatur praeferret heres suus aestimationem extraneo. Cui certe satis esse debet quod viuo electo fundum habuerit ex vtili fideicommissio *argum. l. si mulier. 3. §. penultim. de legat. 3.* quodque accidere potuerit [in quo alia etiam huius fideicommissi utilitas est] vt nunquam fundus hic ab eo auferretur, nempe si viuo electo ceteri omnes de familia decessissent *dict. l. cum quidam. 24. d. l. vnum. 67. §. rogo. d. l. cum pater. §. hereditatem. 1. de legat. 2.* aut si viuo electo fundum ille vni ex familia vendidisset. Tanti sane momenti haec obiectio est, vt Castrensis ipso communem errorem secutus, fateatur in genua ad *d. l. vxor patri. in fine.* non habere se quid respondeat. Quam ob causam, & a Baldo, qui nihil ignorasse dicitur, & ab aliis minus candide agentibus consulto praetermissam eam credibile est. † Nec ad rem pertinet, quod alienae rei fideicommissum a sciante testatore relictum valeat *d. l. cum alienam.* Neque enim ex eo recte inferre possis, obligatum esse heredis heredem, vt extraneo fideicommissario praestet aestimationem fundi, quem prior testator in familia relinqui voluit, non solum quod non ab isto herede relictus sit fundus extraneo, sed ab electo, alius autem rei alienae aestimationem debere non possit, quam a quo res ipsa relictus est, vt diximus, verum etiam, quia quod placuit vt alienae rei per legatum aut fideicommissum scienter relictus aestimatio debeatur, eo demum casu admissum est, quo rem ipsam alienam praestando heres liberaretur *d. l. si domus. §. qui confuetur de leg. 1. d. l. non dubium. 14. de legat. 3.* Heredis enim eo casu electio esse debet, vtrum relictam rem praestare velit, an aestimationem *l. non amplius. 26. §. cum bonorum de legat. 1. leg. generali. 32. §. ultim. de usufruct. legat. l. tria. 35. in princip. de auro & argent. legat.* neque in culpa videri heres potest, si rem ipsam praestare & possit, & velit, *argumen. l. 2. D. depositi.* Imo absurdum esset, ac iniquum cogi illum eo casu praestare aestimationem quo rem ipsam praestare vellet *l. fideicommissa. 11. §. si seruo de legat. 3.* † Neque id Accursius ipse negat qui in proposito heredis heredem ad hoc tantum obligatum esse ait, vt fundum redimat ab illis, qui sunt ex familia. Sic enim & Castrensis interpretatur. Atqui etiam si fundum illum heres redimeret ab omnibus de familia, & praestaret extraneo, non ideo tamen liberatus censetur, quoniam si alios postea in familia nasci contingeret, possent proculdubio fideicommissum petere, nec ipsis consensus aliorum noceret *d. §. fratre.* Perinde igitur admittendum esset petentibus illis fideicommissum ex primo testamento, heredem heredis denuo obligari ad eiusdem fundi redemptionem, atque admittunt nostri obligari eum vt electo mortuo fundum ipsum iam electo datum & ab eo veluti redemptum rursus redimat in fideicommissarii extranei vtilitatem, vnde fieret vt quemadmodum fundi in familia relinquendi fideicommissum esset perpetuum, ita nascentibus quocumque nouis fideicommissarii perpetuo eius redimendi onere hic heredis heres illiusque successores tenerentur, quod tamen fuerit prorsus improbabile *d. l. fideicommissa. §. si quis decem. 18. de leg. 3. l. 1. §. si cui ita. 11. vt legat. nomm. caueat.*

† Neque est quod quis respondeat, posse huic incom-

modo remedium illud afferri vt post electi mortui praestetur extraneo fideicommissario non fundus ipse, sed fundi aestimatio quae scilicet penes eum sit perpetuo remansura. Generaliter enim verum est, quod Marcellus scribit *in leg. si mulier. 59. §. ex affe. D. de iudicium.* Ita aequum esse obligari quem ad praestandam aestimationem rei debita si id ipsum quod debetur accipere creditor possit. Vt intelligamus, quoties id quod debetur tale est, vt quamuis id ipsum solueretur, non posset tamen liberatio contingere, multo minus cogendum debitorem, vt praestet aestimationem. Cui consequens est, vt quemadmodum in specie *d. §. sed et si fundum,* noluit primus heres obligatum esse suum heredem, vt post mortem electi fundum redimeret a ceteris de familia, ne alioqui perpetuum redimendi onus inflixisse videretur, ita nec voluerit obligari eum ad praestandam extraneo aestimationem: ne alia fundi ipsius, alia aestimationis ratio constituitur, cum non aestimatio per fideicommissum relictus sit vt iam dictum est, sed fundus. † Quid ergo illud est, quod Papinianus ait, *heredis heredem propter sequens fideicommissum quod in exterum collatum est, oneratum intelligi.* Hunc, ni fallor, sensum habet, vt post mortem electi, si qui supersint ex familia, non possint illi petere fideicommissum ab heredibus electi, quasi electus ipse alienauerit, qui fideicommissum extraneo praestitit, sed ab herede heredis, quia quod electus alienauit accidit facto primi heredis qui fideicommissum huius fundi perpetuo in familia relinquendi contulit in extraneum. Itaque contra heredem heredis agendum est ex fideicommissio tanquam contra heredem alienantis. Quis enim alius obligari fideicommissio possit ex testatoris voluntate, quam qui facit contra voluntatem? Illa siquidem verba, *Peto ne fundus de familia exeat,* non ad heredem solum, cuiusve successores directi videri possunt, sed ad quemlibet fundi possessorem. † Tractat igitur Papinianus non de fideicommissionatione praestanda extraneo, vt vulgo creditum est, sed de ipso fundi fideicommissio, ad quod proculdubio admittuntur, qui supersunt ex familia, propter alienationem, quae tum facta est, cum is fundus extraneo per fideicommissum relictus fuit, & praestitus. † Admittuntur autem post mortem videlicet eius qui primo electus est vt Papinianus subiicit. Nimirum quia quandiu electus viuit quem ponimus fundi precium habuisse vt se fideicommissio onerari pateretur, dici potest videri eum habere fundum ipsum, & consequenter in familia fundum remanere. Qua etiam ratione non male quis cum interpretibus dixerit si electus hic qui fundi precium pro fundo habuit alium ex familia heredem reliquerit, non possit ceteros de familia ex primo testamento fideicommissum petere, quandiu heres ille viuet, sicut nec viuo electo poterant: quasi adhuc is fundus in familia remanere, & retineri censeatur, cum eadem electi eiusque heredis sit persona. Sic enim Bartolus ad dictum *§. pradium in fin. dict. leg. peto & Castrensis ad dict. §. sed et si fundum.* † Ceterum euicto fundo per eos qui tum erunt ex familia, non idcirco ius vltimum extraneo competet petendae aestimationis, & ridiculi sunt nostri, qui hic disputant, An aestimatio quae in poenam alienationis praestatur, debeatur ab alienante an ab herede. Nam in proposito, iis qui supersunt ex familia non aestimatio debetur in poenam alienationis, sed fundus: extraneo vero cui fundus per fideicommissum relictus fuerat, neque fundus neque aestimatio post euictionem, cum ex suo fideicommissio fundum ipsum habuerit, & tandiu retine-

retinuerit, quandiu passa est voluntas primi testatoris vt possit ille retinere. † Et adeo, inquit Papinianus *si electo vno fideicommissum in exterum conferatur, non alius electus est fideicommissum praestandum erit, quam in ei qui electus est cautionibus Fundum cum morietur si non in factu eius effectum relinqueretur restitui.* Sic enim Papinianum legendum arbitror sublata negatione quae in prioribus illis verbis est, *si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur.* Nam cum illatio ea sit ex praecedentibus, fatendum est eam ipsam quaestionem concludi quae prius fuerat instituta de eo qui vnum ex familia elegerat, eique fundum reliquerat tum eius fideicommissum vt eundem fundum extraneo restitueret. † Illatio autem rectissima est de cautionibus interponendis. Cum enim iis verbis *peto ne fundus de familia exeat* obstrictus sit fideicommissio, quisquis ex familia fundum illum a se possessum extra familiam alienauerit, vt diximus, apparet heredem eius qui fideicommissio in exterum collato eum fundum alienauit, tanquam heredem alienatoris ex priore illo fideicommissio contineri & vrgeri posse ab aliis qui supersunt ex familia, vt eum fundum praestet, quem iam semel electo praestitit. Ita fit vt oneretur, & magno incommodo afficiatur, ni sibi diligenter prospexerit, cum electo fundum dedit, interpositis videlicet cautionibus de eo fundo sibi restituendo ab electi heredibus si non in familia cum effectu is fundus relictus erit, cum electus morietur. Alioqui nulla cautione interposita, non poterit actionem vllam habere, aut contra electi heredem, aut contra fideicommissarium exterum, neque tamen eo minus ceteris, qui ex familia supersunt, fundum petentibus tenebitur. Tam enim qui ex electione, quam qui ex fideicommissio secundo fundum habuit iure suo habuerunt. † Quod si poneret vno ex familia electo non fuisse collatum fundi fideicommissum in extraneum, quae vulgaris lectio est, dicerem sane nullas interponi debere cautiones. Si enim electus alienauerit inter viuos ille ipse fideicommissio tenebitur, si in vltima voluntate, ab eius herede fideicommissum praestandum erit. Ab herede vero heredis nullo modo, quia nec ipse alienauit, nec eius autor. Proinde cum neutro casu heredis heres oneratus intelligitur, nihil causae est cur ei cauere oporteat cessante nimirum ratione, quae sola inducere posset praestanda cautionis aequitatem, & necessitatem. † Nec similis species illa est quam Vlpianus tractat *in lege tertia. §. si quis ita. de adimen. legat.* vbi ait, *Si quis ita scripserit Heres meus vni ex familia fundum dabo, & si ille eum fundum alienauerit eundem tu alius de familia dabo,* oneratum esse heredem nec videri secundum fideicommissum a priore fideicommissario relictum, si is fundum alienasset, sed ab herede, vtrumque, videlicet primum pure, alterum vero sub conditione. Ideoque doli exceptione opposita cum ab eo primum fideicommissum petetur prospicere sibi illum debere cautione a fideicommissariis prioribus exacta de fundo non alienando. Nempe quia ipse interest non alienari, ne eo quocumque alienato futurum sit vt fideicommissarii secundis ex eodem testamento teneatur. At in ea specie quam Papinianus proponit cum testator ita scripsit *Peto ne fundus de familia exeat* si heres primus vnum ex familia elegerit, nec vllum exterum fideicommissum reliquerit, nihil omnino interest secundi heredis an electus fundum illum alienet extra familiam, necne, quoniam supradictis verbis non alius fideicommissio obstrictus videri potest ex causa tectae alienationis, quam is ipse qui alienauit, eiusve heres, vt iam di-

ximus. Nec dubius ille casus est vt putat Bartolus, sed apertissimus, verbis testamenti simpliciter, & in rem ipsam, non in heredis aut alterius vllius personam conceptis. † Neque rursus simile est quod in *dict. §. fratre. leg. peto. 69. de legatis. 2.* scriptum est ita admittendum esse proximum si paratus sit, cauere se familiae restitutum. Illa enim cautio desideratur vt lex ait, ratione doli, exceptionis ab eo qui non aliam ob causam admittitur, quam quod iam factum sit contra voluntatem. Qui proinde recurare non potest quominus caueat se satisfacturum voluntati, vt culpacareat, qui in alium dicere paratus est. At apud Papinianum nulla ratio est, vt electus caueat se fundum familiae restitutum, quem ille ex mero legato habeat non in poenam aliquam praecedentis alienationis. † Et sane abundare negationem quam tollimus, vel ex eo maxime apparet, quod si eo quoque casu, quo fideicommissum in exterum non conferatur, interponendis tamen cautionibus locum esse Papinianus credit, quanto magis exprimere debuit iisdem locum esse cautionibus collato in exterum fideicommissio? † Idque iam olim animaduertit Rogerius quem Accursius refert, qui Papinianum sic intelligebat, ac si scriptum esset, interponendam huiusmodi cautionem etiam si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur. Quasi Papinianus senserit, multo igitur magis interponendam, si fideicommissum in exterum conferatur. Quam interpretationem Castrensis quoque secutus videtur. † Sane longe melius quam Azo fecerit, qui versiculum hunc sic intellexit, vt eo tantum casu interponendae cautioni locus sit, quo fideicommissum in exterum non conferatur. Sed omnes male in eo quod putant, cum in exterum non est collatum fideicommissum aequae praestandae esse cautionem, quam non probauimus praestari nullam debere. Ratio autem qua mouebatur Azo probabilis videri non potest. Etenim putabat ille, eo casu, quo fideicommissum in exterum collatum sit, non licere heredi petere cautionem de fundo non alienando, quoniam ita faceret contra voluntatem sui testatoris, qui electo praeeperit vt fundum illum extraneo restitueret. † Obseruare namque debuerat, longe aliud esse, postulare cauere de fundo simpliciter non alienando vt in *dict. §. si quis ita leg. 3. de adimen. legat.* quod sane facere hic heres non posset salua defuncti voluntate, cum viuo electo nihil possint ceteri de familia petere, Aliud vero cautionem hanc exigere *Fundum cum electus morietur si non in familia, cura effectum relinqueretur restitui.* Hac enim cautione interposita satisfit voluntati secundi testatoris, saltem quantum fieri potest. In eo nimirum, quod viuo electo fundus peruenit ad extraneum, & penes eum remanet quandiu electus viuit, perpetuo remanitur si viuo electo ceteros omnes de familia praemori contingeret. † Nec ad rem facit quod post mortem electi restituendus sit. Id enim accidit propter graduale illud, & perpetuum fideicommissum relictum a primo testatore qui petierat ne fundus de familia exiret. Atqui prioris testatoris voluntatem ab heredis herede seruari non minus aequum est, quam posterius, cum sit verissimum quod iactari solet heredem heredis heredem esse primi testatoris, *l. pater sam. 46. in fin. de vulg. & pupil. substit. l. vltim. Cod. de hered. instit.* Imo prioris testatoris voluntas eo favorabilior est, quo antiquior, nec valere debet, quod a primo herede contra primi testatoris iussum, aut prohibitionem, factum est, sedatenus duntaxat quatenus prioris testa-

menti ratio patitur: credendisque est primus heres, qui electum rogauit ut exero fundum restitueret voluisse non diutius penes extraneum remanere fundum, quam quanto tempore ex testatoris sui iudicio manere posset, non autem id animo agitasse, ut ceterorum ex familia iam primo testamento vocatorum ius laderet, quod nec si voluisset laderet potuisset ar-
 43 *rum. l. Cerdonem. 42. de oper. liberr.* † Omnium verò pessimè Iacobus Cuiacius Papinianum interpretatus mihi videtur: Scribit enim ille libro decimoquinto, capite secundo, heredem heredis oneratum intelligi quòd non solum teneatur præstare fundum electo nulla interposita cautione de fundo restituendo familia, ita ut possit electus impunè fundum hunc fideicommissario extraneo reddere, sed etiam ceteris ex familia eundem fundum dare ex causa fideicommissi priore testamento relictæ. Nam si ita est, ut ille putat, Quæro, Postquam fundus hic ad electum per manus secundi heredis peruenerit, deinde ab electo ad extraneum, quid tandem post electi mortem secundus heres præstare debeat aliis de familia fideicommissum ex primo testamento petentibus? An fundi æstimationem duntaxat? Sic sanè sentire Cuiacium dixeris. † Etenim si negat ille permittendum secundo heredi cum dat electo fundum, ut stipuletur *fundum cum morietur si non in familia cum effectu relinquere, restitui.* propterea quòd ut ipse quidem existimat, id fieret contra voluntatem primi heredis eiusdemque secundi testatoris, An non multo magis negare possit auferendum ab extraneo fundum quem ille ab electo habuerit, nulla restituendi necessitate obligato? Cur enim repetitionem citra stipulationem daret ei, quem neget stipulari posse, *fundum restituere*? At qui iam probauimus, Possit ceteros ex familia post electi mortem ex primo testamento agere, ut consequantur non æstimationem fundi sed fundum. Nam & idem contingeret, etiam si necessaria facta esset alienatio dummodo si propter æs alienum heredis non primi testatoris *d. §. prædium. l. peto. unct. §. Diu. l. filiusfamilias. 14. de leg. 1.* Siquidem ponimus petiisse testatorem ne de familia exiret fundus, non autem fundi æstimationem. † Cumque propter prohibitam alienationem impedita sit translatio dominij, tametsi viuo electo, qui precium pro re habet nulla dum fideicommissi petitio competat, consequens est post electi mortem debere fundum ipsum non eius æstimationem aliis de familia restituere. Alioqui exisse dicerem fundum de familia contra voluntatem testatoris, & postquam semel exitisset fideicommissi conditio in fauorem proximiorum, numquam posset iterum existerè in utilitatem ceterorum sequentium in gradu, quorum tamen ius ex proximiorum persona ladi non debet, *dict. §. fratres.* Non enim in fundi precio graduale & perpetuum fideicommissum factum est, sed in fundo ipso. † Rursus non possis dicere pro Cuiacio, oneratum esse heredem heredis duplici præstatione eiusdem fundi, tum quia non potest idè fundus pertinere ad extraneum fideicommissarium ex secundo testamento, & ad proximiores de familia ex priore fideicommissio *l. si ve certo. §. si duobus vehiculis. D. commod. nec rursus utriusque in eo fundo possunt concurrere, in quo ius habeant ex diuersis causis, tunc etiam, quia quod electo præstatur fundus, non secundi heredis onus est, sed primi, quem iustum ponimus ut vnum ex familia eligeret *d. leg. unum. 67. §. 1. de leg. 2.* Anigitur admittendum erit oneratum censeri heredis herede ut iis qui supererunt ex familia post mortem electi præstet fundum, Extraneo autem qui eum fundum ab electo habuerat non nisi eiusdem fundi æsti-*

mationem? Ita putat Accursius & logè rectius quam Cuiacius, sed malè tamen in eo, quòd heredis herede à quo nullum fideicommissum relictum est extraneo obligatum vult ut præstet æstimationem. Pessimè verò vterque, quòd existimant si vno electo fideicommissum in extraneum conferatur non posse heredis heredem ab electo stipulari *Fundum cum morietur si non in familia cum effectu relinquere, restitui.* Potest enim imò & debet cautionem hanc exigere, ut supra probauimus. † Cuius effectus non ille erit ut fideicommissarius vindicare fundum possit ab extraneo possessore, (nam & cautione nulla præstita vindicationem haberet saltem nouo iure) sed ut fideicommissarius agere malit aduersus secundum heredem, habeat heres pro sua indemnitate paratam actionem aduersus electum aut eius successorem. Itaque simili stipulatione & cautione sibi prospicere electus debet aduersus extraneum, qui nec recusare potest quominus eodè iure fundum habeat, quo haberet electus si de eo restituendo rogatus non esset. Neque enim res pluribus ordine per fideicommissum relictæ meliore conditione esse potest penes secundum fideicommissarium, quam futura esset penes primum. Idque tanto æquius ferre extraneus fideicommissarius debet, quòd etiam nulla eiusmodi interposita stipulatione fundum æquè amissurus sit, vindicantibus eum ut interpretes volunt, aut quod malo ex fideicommissio exincentibus illis, qui ex familia supersunt, si eam actionem instituire malint, quam agere in personam secundi heredis, à quo diximus deberi fideicommissum fundi, etiam si fundum, quem electo tradidit, possidere desierit. Quòd à Papiniano prætermisum sanè miror.

CAPVT XI.

An prohibitus alienare & iustus fundum in familia relinquere possit extraneum heredem habere ab intestato, ad §. pen. l. pen. de leg. 2.

S V M M A R I A.

- 1 Cur is qui extra familiam simpliciter alienare prohibitus est, in re alienari prohibita extraneum heredem ab intestato habere possit?
- 2 Requiritur & refutatur communis Interpretum sententia in proposita initio questione.
- 3 Eum qui extraneum heredem ab intestato relinquit in re prohibita & quam in familia relinquere iustus erat, contra testatoris voluntatem facere.
- 4 Cum in alienationis prohibitione nulla fideicommissi verba interueniunt, non censeri prohibitam intestati successorem.
- 5 Necessariam alienationem, in proposita questione cam dici non posse, quæ sit per viam successionis intestati.
- 6 Eum cui fideicommissum datum est ea lege ut illud relinquat in familia, non idcirco testari cogendum, sed omnimodo compellendum ut testatoris voluntati satisfaciatur.
- 7 Probatur auctoris sententia per §. matre. l. penult. de leg. 2. eiusque §. textus examinatur.
- 8 Eum qui fundum alienare prohibetur & in familia relinquere iubetur in personas certas licet non singulares extraneorum omnium alienare prohiberi.
- 9 Verba illa Scauola in d. §. matre, habes filios sororum tuarum quibus relinquas nullum fideicommissum continere in fauorem filiorum sororis.
- 10 Superstites ex familia in specie §. fratres. l. peto. de leg. 2. deterioris conditionis esse non debere quam si sororum in d. §. matre.

- 11 Declaratur Nouell. 159. §. nos vero. eiusque ratio asseritur.
- 12 An in proposita initio questione valeat institutio extraneus heredis qui ab intestato sit successurus?
- 13 An ratio propter quam prohibitus non potest ab intestato transferre in extraneum, quod in familia relinquere iustus est.

Am in superioribus diximus, eum qui extra familiam alienare simpliciter prohibitus est nullis fideicommissi verbis adiectis, non idè prohibutum videri heredem instituire extraneum. Multo igitur facilius admittemus, quòd nostri volunt, posse eum habere extraneum heredem ab intestato, siue quòd quicumque intestatus moritur censeatur hereditatem suam legitimis heredibus sponte relinquere *leg. conficiuntur. 8. ff. de iur. codicill. siue quòd minus faciat contra testatoris voluntatem, qui intestatus decedens nihil facit ut extraneum heredem habeat, quam qui extraneum instituit.* † Sed talis casus contingat in quo prohibita videatur extranei heredis institutio, puta si testator alienationem de familia verbis fideicommissi prohibuerit hoc modo *Peto ne fundum alienetis sed in familia relinquatis* quæ fideicommissi verba sunt, non possum probare quòd ab interpretibus magis communiter probatum video, ut nihilominus in re prohibita extraneum ab intestato heredem habere prohibitus possit. Quid enim obsecro interest an quis heredem instituat extraneum, an verò successorem eum sibi eligat ab intestato? Siquidem dici solet verumque est patremfamilias qui testamenti factionem habet si intestatus moriatur, perinde haberi debere, ac si omnes ex testamento heredes eius essent ad quos legitima ipsius hereditatis vel bonorum possessio peruenit, *l. 3. in princip. d. conficiuntur. 8. de iur. codicill. l. vel singulis. 37. D. de vulg. & pupill. substitutis.* † Nec est quòd quis dicat, eum qui intestatus moritur cum nihil faciat, nec videri posse quicumque facere contra voluntatem. Nam imò verò hoc ipso facit contra voluntatem, quòd non facit ea omnia, quæ ex voluntate testatoris facere & posset, & deberet, hoc est quòd eum fundum non relinquit in familia *l. qui non facit. de reg. iur. Arg. l. posthumus. 6. Digest. de iust. testam. Et generaliter verum est in eum qui alienare prohibetur ab iis quoque omnibus prohiberi, ex quibus sequatur alienatio etiam ex legis vel statuti dispositione, quasi nihil intersit an alienes, an ita rem gerat ut sequatur alienatio *l. penult. §. matre. vbi Bart. de legat. 2. l. ult. C. de legit. iutel.* Tractant nostri ad *l. si ita quis. 35. §. ea lege de verb. obligat.* Vnde illud etiam fit ut qui alienare prohibitus est si patiat rem vsu capiat præscribi, quamuis nihil faciat hoc ipso tamen censeatur facere contra prohibitionem *arg. l. alienationis. 28. de verb. signific. leg. 3. §. 1. D. que in fraud. credit.* † Quamquam ne ratio hæc mihi probetur, illud obstat, quòd si in alienationis prohibitione nulla fideicommissi verba interueniunt, non puto prohibitam intestati successionem, quoniam ut dictum est in præcedentibus alienatio quæ sit per causam successionis testamentariæ aut legitimæ solum legis potestate fit non aliqua hominis voluntate. Illud sanè nostræ sententiæ non obstat, quòd prohibita generaliter alienatione, censeatur tamen excepta causa alienationis necessariæ, *l. alienationes. 13. D. famul. ercisc. leg. Diuus §. de pet. hered. l. item si res. 4. alias leg. non solum §. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact. leg. filiusfamilias. 114. §. Diu. de leg. 1. d. l. peto. 69. §. prædium de leg. 2. l. pater. 38. Diu. de leg. 2. l. 1. D. de fund. dot. leg. 2. C. eod. leg. cum in princip. de leg. 2. l. 1. D. de fund. dot. leg. 2. C. eod. leg. cum fidei. De fideicom. liberr. l. rogo. 21. cod. l. 1. Cod. de iust. iof.**

† Nam alienatio quæ sit per viam successionis intestati, necessaria dici non potest, sicut nec necesse est ut moriatur quisquam intestatus, cum intestati proprie appellentur, qui cum possent facere testamentum testati non sunt *l. 1. de ius & legit. d. l. conficiuntur.* Porò necessariam alienationem cum dicimus, eam intelligamus, quæ inspecto initio talis sit, non quæ ex postfacto *d. l. alienationes.* Imò nec ex alienatione necessaria, quæ ab herede causam habeat extingui fideicommissum quod familia relictum est, constat *ex d. l. peto. §. prædium.* † Quòd si quis dicat, Non esse cogendum quempiam ut testetur, Respondebo, Eum cui fideicommissum datum est illa lege, ut ipsam relinquat in familia non idcirco testari cogendum, sed tamen si fideicommissio se liberare velit, omnimodo compellendum ut testatoris voluntati satisfaciatur, hoc est ut fundum in familia relinquat siue testamento siue codicillis aut aliquo etiam contractu inter viuos, nec ei permittendum, ut ad fraudandam defuncti voluntatem patiat se mori intestatum, & ab intestato extraneum sibi successorem eligat, *d. l. 3. §. 1. que in fraud. credit.* † Facitque pro hac nostra sententia textus nec in legas nec obscurus *in l. pen. que est l. Lucius. 88. alias l. codicillis §. matre de leg. 2.* vbi cum quidam matre & vxore heredibus instituitis, ita caussit *At vxor charissima peto ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquas: Habes filios sororum tuarum quibus relinquas.* Vxor defuncta intestata, eiusque legitima successione ad solos fratres superstites deuoluta. Respondit Scauola posse defendi, sororis filiis fideicommissum deberi. Nam quòd nostri tradunt id fieri propterea quòd vxor in singulares certas personas fratrum scilicet, alienare hereditatem prohibita erat: Secus autem esse si non nisi in certum genus personarum prohibita sit alienatio iuxta distinctionem Bartoli *in leg. si ita quis. 135. §. ea lege de verborum obligat. & in dict. §. matre ad rem meo iudicio non pertinet.* † Etenim cum quis fundum alienare prohibetur, ac in familia relinquere iubetur, An non satis prohibetur alienare in personas certas licet non singulares, nimirum extraneorum omnium? Aut quid refert, An certas personas singulares testator demonstrauerit, an certum genus personarum si modò constet de quibus personis testator senserit? *argum. l. certum. 6. Digest. de reb. credit.* An non utroque casu eadem voluntas & potestas est testatoris alienationem prohibentis? Quinimò fauorabiliorem puto esse eum, qui cum sit de familia petit fideicommissum à legitimo prohibiti herede extraneo, quam sint apud Scauolam filij sororis. Non enim solius prohibitionis, licet causam iustam habentis, rigore nititur, sed etiam expressa voluntate testatoris, disertisque verbis fideicommissi, quibus petitum est, ut fundus in familia relinquere-
 9 tur. † At apud Scauolam verba illa *habes filios sororum tuarum quibus relinquas* nullum fideicommissum continent in fauorem filiorum sororis, in quo plerosque ex interpretibus errasse video Quid enim si testatoris vxor non intestata decessisset, sed extraneum fortassis heredem instituisset? Nihil ut puto, sororis filij petere potuissent. Satisfactum siquidem fuisset voluntati testatoris eo solo, quòd ad vxoris fratres nihil peruenisset. Quid rursus si nulla de sorori filijs mentione testator habuisset? An ex eo solo, quòd petierit ille ab vxore, ne quid post mortem suam fratribus suis relinquere, prohibiti fuissent fratres intestata sorori succedere in bonis testatoris? Minimè verò. Non enim odium ipsorum sufficeret, si non expressa fuisset persona cuius fauore facta esset prohibitio *d. §. Diu. l. 114. de legat. 1.* Itaque concurrere vtrumque necesse est, ac præterea

intestata morti uxorem, id est non instituto alio herede extraneo, ad hoc ut fororum filij ex fideicommissio admittantur. Atqui cum institutus est extraneus ab eo qui fundum in familia relinquere iussus erat, fideicommissum omnimodo petere possunt ij omnes, qui sunt ex familia, ita tamen ut qui gradu proximiores sunt, ceteris preferantur. *dist. l. peto §. si atri de leg. 2.* ¶ Cum ergo in hoc sint illi melioris conditionis, quam filij fororum apud Scævola, non debent esse deterioris in eo ut si ad extraneum fundus ille alienari prohibitus perveniat iure legitimæ successionis, fideicommissum petere non possint. Denique probat optimè locus ille Scævola, Eum qui in personam aliquam quid alienare testamento prohibetur, nec ab intestato posse quicquam ei relinquere, sed curare debere ne quid ad prohibitum perveniat, *ut in specie l. is qui complures. 98. de legat. 3.* Nempe quoniam ut prædixi, & qui ab intestato succedit defuncti voluntate nititur, sicut & qui ex testamento, nisi quod hic voluntatem expressam, ille tacitam duxat habet ¶ Idque probatur etiam non malè ex Iustiniani *Novell. 159. ut restit. fideicommissi. ut que ad unum grad. consist. §. nos vero vers. quin ut maxime.* Vbi non alia ratione movetur Iustinianus, ut putet Constantem in ea specie nihil fecisse contra testatoris voluntatem in eo, quod filia suæ impuberi matrem quæ ab intestato successura erat, substituit, quàm quod quatuor iam generationes præterierant, ita inveniunt non obscure, si intra quartum gradum facta fuisset ea matris institutio futurum fuisse ut contra voluntatem fuisset videretur. Cui etiam conveniunt verba illa *ultima Nouella sed & reliquarum in quibus alienatione facta tot successiones præterierunt, & ultimus heredes per interuentum aliquam impuberis personam hereditatem capessat.* Ut intelligamus Nouellæ illius sententiam suis esse limitibus concludendam, non ad alias species facillè protrahendam. Quod & vir inter Gallos doctissimus Iacobus Cuiacius monuit in expositione. ¶ Porro sicuti non putamus permittendum ei qui fundum in familia relinquere iussus est, ut extraneum sibi heredem ab intestato eligat, ita neque admittimus valere institutionem extranei heredis qui sit ab intestato successurus, quamvis ea sit receptissima nostrorum sententia post Accursium *dist. §. iatro.* Parum enim hac parte interest an decedat quis intestatus, an vero heredem instituat, cum qui esset ab intestato successurus, cum dici soleat expressionem eorum quæ tacite insunt nihil operari, certè non immutare conditionem iuris *l. non restit. 2. C. de fideiuss. l. aliquando. 107. de cond. & demonstr. ¶ Et hoc est quod magis me movet ut sentiam nec ab intestato posse prohibitum transferre in extraneum quod in familia relinquere iussus sit, qui scilicet tot locis scriptum videam fideicommissi conditionem existere, quoties extraneus heres instituitur, non adhibita ea distinctione, An esset ille ab intestato successurus, necne. *ut in d. l. filius familias §. cum pater d. l. peto §. si atri §. prædium, & similibus.* Nulla enim alioqui ratio esset prohibendæ institutionis, quæ scilicet favorabilior esse solet *l. 1. & 2. D. si quis omis. cur. testam. l. posthumus. 12. D. de inuis. rupt. & irrit. fact. testam.**

CAPVT XII.

Ad §. cum inter l. cum pater. 77. de legat. 2. & §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de legat. 3.

SVMARIA.

Argumentum contra superiorem sententiam petitur ex d. §. cum inter.

- 2 *Filium matris liberta non esse ex familia testatoris in specie d. §.*
- 3 *An illa specie ponendum sit hunc libertæ filium cum ipsa matre manumissum & ita testatoris libertum factum fuisse.*
- 4 *An in d. §. Papinianus responderit favore filij quasi aliter fuerit responsurus in alio quolibet intestata mulieris successore.*
- 5 *Coniectura an pietatis aut erga nepotes in specie l. cum auus. 102. de cond. & demonstr. ad pietatem paternam extendi debere.*
- 6 *Cur is qui extra familiam alienare prohibitus est, extraneum instituere non possit, nequidem si cognatus ille sit proximior, & ab intestato successurus?*
- 7 *Papiniani responsum in d. §. cum inter. specialem rationem habere ipsis Papiniani verbis expressam.*
- 8 *Sensus verborum rationem illam exprimentium.*
- 9 *Si in specie d. §. inter. prædium libertis simpliciter legatum fuisset, & ab ipsis petitum ne prædium de nomine exiret, non debuisset libertam ad legatum petitionem admitti.*
- 10 *Testatorem in d. §. animum conservandi in familia prædij non habuisse.*
- 11 *An si in specie d. §. liberta intestata abque liberis relicto herede fratre, aut alioque ex liberis legataris relicta herede ab intestato matre vel sorore decessisset fingatur, ceteri colliberti fideicommissum petere possint?*
- 12 *Non eam esse in d. §. sententiam Papiniani, quam ipsi Bartolus & Castrensis adfingunt.*
- 13 *An Papinianus aliud responsum fuisset, si alienationem prædij in extraneum ex causa quoque successionis intestati patronus diserte prohibuisset?*
- 14 *Fideicommissum familia relicta in eum casum, non magis nocere successioni intestati, quam si simpliciter post mortem grauari relicta proponeretur.*
- 15 *Liberta filium in specie d. §. ad matris portionem admitti non iure fideicommissi, sed retentionis quasi defecta conditione fideicommissi quod alijs datum fuerat.*
- 16 *Tres Bartoli nota ad d. §. inter.*
- 17 *Respondetur ad §. Iulius Agrippa. l. pater. 38. de leg. 3.*

Obitare ¶ tamen huic nostræ sententiæ maxime creditur textus quo passim nostri abutuntur in *dist. l. cum pater. 77. §. cum inter de legat. 2.* ubi Papinianus scribit heredem libertæ filium eam prædij partem retinere posse, quæ ad matrem suam perveniat, tamen si petisset testator ne prædium illud de familia nomine exiret. ¶ Non enim possis dicere cum Accursio, ita respondisse Papinianum, quoniam filius libertæ connumeretur in familia libertorum. Nam, ut verissimè Bartolus disputat, si libertæ filius non est de familia matris, quia mulier familiam nullam habet, idèoque familiæ suæ caput & finis esse dicitur *l. promissio. 195. §. ult. & l. seq. de verborum significat.* quomodo fieri potest, ut per matris personam sit ille ex familia testatoris? Nec quod propter matris ingratitude possit ipse quamvis ingenuus reuocari in servitutem viua saltem matre *ex l. ult. Cod. de libert. & ear. liber.* ad rem quicquam facit, ut eo magis de libertorum familia esse credendus sit. Iure enim singulari ita receptum est favore patronorum, ut non solum à libertis debita patronis reuerentia præstetur, sed etiam ab eorum liberis, tamen si liberti non sint. Sicut & ex contrario interdum manet operarum petitio, etiam si ius patroni non super sit *l. ult. D. de oper. liber. ¶ Rufus si ponas hunc libertæ filium, cum ipsa matre fuisse manumif-*

numissum, & testatoris quoque libertum, facies quidem aperitissimam Papiniani sententiam, sed planè inelegantem & de casu omnino indubitabili, quod tamen ridiculum fuerit, & Papiniani elegantia inditamen ridiculum dicemus ita respondisse Papiniani. ¶ An igitur dicemus ita respondisse Papinianum favore filij, quasi aliter fuerit responsurus in alio quolibet intestatæ mulieris successore? Ita credit Salicet. *ad legat. ea lege Cod. de condit. ob caus.* Cuius sententiam probabilem facit coniectura pietatis, quæ non patitur ut in parentis portione liberis alios anteponeat testatorem voluisse interpretemur, nec si in ea portione nominatim alios substituerit nulla libertorum facta mentione *l. cum auus. 102. de condit. & demonstr.* ¶ Sic enim intelligo quod eo loco Papinianus scribit de coniectura pietatis, ut scilicet non de pietate solum aui erga nepotes senserit, quomodo videtur intellexisse Iustinianus in *l. cum acutissimi. 30. C. de fidei.* sed etiam de pietate paterna, quæ quicquid fuit patris intestati defert liberis ex communi parentum omnium voto, quemadmodum explicauimus lib. 7. Coniect. Quæ ratione motum eundem Papinianum credibile est in *d. §. cum inter.* admisisse filium libertæ ad portionem matris eadem coniectura pietatis quod inhumani videretur in ea parte præferri filio extraneos, quamvis alioqui condicio fideicommissi extitisset: ut nihil intersit an ab auo ab extraneo fideicommissum relicta fuerit, licet non ignorem contrariam sententiam interpretibus passim probatam esse. Et sanè non aperit Papinianus in *d. §. cum inter.* An filius matri successerit ab intestato, an ex testamento. Nec tamen facillè admitteret Bartolus, potuisse filium hunc quamvis ab intestato successurum à matre heredem institui. Putavit enim facillè prohibendam institutionem legitimi heredis quam intestati successionem *ad l. peto. 69. §. fratre de legat. 2. & ad l. si ita quis §. ea lege de verbor. obligat.* Tamen in eo reprehendatur à ceteris, non distinguentibus an legitimis heres ex testamento succedat, an ab intestato. Quibus & ego libentissimè accederem, si possem credere id quod extra familiam alienari prohibitum est, posse in extraneum ab intestato transferri. ¶ Sed quemadmodum hoc non probo, ita & cum Bartolo sentio ut qui extra familiam alienare prohibitus est numquam instituere possit extraneum, nec si cognatus ille sit proximior, & ab intestato successurus. Non illa ratione Bartoli, quod minus delinquat qui intestatus moritur relicto extraneo herede, quam qui legitimum heredem instituit, sed quod utroque casu faciat contra voluntatem istius, qui fundum extra familiam alienare fuit prohibitus, eumque in familia relinquere iussus. Non enim curat ne fundus de familia exeat, qui intestatus moritur, sciens futurum sibi extraneum legitimum heredem. Atqui curare id ipsum debet ne exeat *l. his qui complures. 93. de legat. 3.* ¶ Puto ego Papiniani responsum in *d. §. cum inter.* habere specialem omnino rationem, quam à nostris interpretibus non obseruatam fuisse eo magis mirandum est, quod ipsis Papiniani verbis ex ore ista est. Sic enim ille præfatur; *Cum inter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuisse admissa, quod patronus petiit ut de nomine familia non exiret.* ¶ Sensus autem est, ni fallor, testatorem qui petiit ut in prædium de nomine familia exiret, videri quidem ea mente fuisse ut in extraneum id conferri nullo modo posset, siue ex testamento, siue ab intestato, sed in proposita specie non idcirco videri libertam, quæ filio herede relicto decessit, rogatam esse ut partem suam prædij collegataris restituerit. Nempe

propter coniecturam voluntatis testatoris, ex eo colligendam, quod inter libertos ad prædij legatum libertam quoque ipse admiserat, per quam tamen sciebat non posse familiæ nomen conservari *dist. l. promissio. 195. §. ult. & l. sequent. de verborum significat.* Quasi dicat, esse quod imputari patrono debeat, qui cum nollet exire prædium de nomine familia, nihilominus libertam ad legatum admiserat. Fecit enim perinde stultè, ac si quis nollet exire bona de agnatione sua, & filiam tamen cum masculis sibi heredem scriberet. Nam & eo casu admitti essent nepotes ex filia, licet non sint de agnatione, ad portionem matris, quoniam scilicet fieri nequeat ut pro ea parte testator rationem habuerit ullam agnationis conservandæ. Tamen si namque filia ipsa sit agnata, non potest tamen per eam aut eius liberos conservari agnatio. ¶ Propter quam causam receptum est, ut si appareat curam fuisse testatori conservandæ familiæ, filiorum vocatorum appellatione non contineantur filia, quæ alioqui continerentur. Quo etiam exemplo dicerem si apud Papinianum legatum fuisset prædium libertis simpliciter, & ab ipsis petitum ne prædium de nomine exiret non debuisset ad legatum petitionem admitti libertam per quam scilicet futurum erat omnimodo ut de familia pars illa prædij exiret. Idque est meo iudicio, quod Papinianus ait, Moueri se ut pro libertæ filio respondeat ex eo, quod inter libertos ad prædij legatum liberta quoque admissa fuerat. ¶ Nempe verbis disertis testatoris quem ideo constabat non habuisse animum conservandi pro ea parte in familia prædij. Itaque debuerat, si collibertos præferre filio libertæ volebat in ipsius libertæ portione, non solum inter libertos omnes fideicommissum illud generale & reciprocum exprimere quo petierat, ne prædium de nomine exiret, sed etiam à liberta nominatim fideicommissum relinquere, nec hoc solum sed libertæ liberos aperte excludere, ad remouendam coniecturam illam pietatis, quæ Papinianum perpetuò mouit, ut grauari liberos in portione parentis cuiuslibet fideicommissario putauerit præferendos *d. l. cum auus.* Alioqui vix est ut videatur unquam testator voluisse liberis adimere quod dederit parentibus quantumlibet extraneis, præsertim vero amicis, præcipuo necessitudinis vinculo coniunctis. Atqui libertos patrono amicissimos esse negari non potest quos & ad libertatem perduxerit, & in familiæ suæ nomen adsciuerit. Tanto magis ergo credendum est, noluisse patronum quod libertæ dederit adimere libertæ filio tamen ingenuo & extra testatoris familiam constituto. Ex quo intelligimus responsum illud Papiniani in *dist. §. cum inter.* non illa solum ratione niti, quod inter libertos patronus ad legatum prædij libertam quoque admiserat, sed illa potissimum quod filium siue ex testamento siue ab intestato heredem liberta hebuerat. ¶ Finge enim decessisse illam intestatam absque liberis relicto herede fratre, aut defunctum aliquem ex libertis legataris relicta herede ab intestato matre vel sorore, dicam non idcirco prohibendos collibertos fideicommissum petere ex iis testamenti verbis, quibus petitum est ne fundus de nomine exiret. Cessat enim hic coniectura pietatis, quæ faceret pro filio, nec sufficit admissam ad legatum prædij libertam, ut sibi liceat partem suam legatum in alium heredem, quam filium siue ex testamento siue ab intestato transmittere. ¶ Itaque non probo quod vulgo creditur post Bartolum, eam esse Papiniani sententiam ut qui decedit ab intestato relinquens extraneum heredem, non videatur alienare, nec quod specialius Castrensis notat in quocumque intestato

Successore extraneo idem respondendum esse quod in libertate filio: sed potius id Papinianum sensisse arbitror, testatorem qui fundum in familia relinquit iussit, prohibendo ne exiret, non videri cogitasse de excludendo filio libertate, quam ipsam ad legati portionem admiserat. Imò verò qua ratione admiserat libertam quamuis sciret non posse per eam conseruari nomen familie, eadem penitus censeri ad eandem portionem admisisse filium licet ingenuum. † Nec aliud credo Papinianum respondisset, tametsi alienationem prædij in extraneum ex causa quoque successionis intestati patronus diserte prohibuisset. Semper enim subsisteret coniectura illa pietatis, quæ non patitur ut credamus ex testatoris voluntate præferendum filio fideicommissarium in parentis portione, nisi cum id nominatim expressum est. Illa siquidem expressa prohibitio alienationis ex causa successionis intestati, maiorem vim habere non potest, quam si in illum ipsum casum, quo extraneus aliquis ab intestato succederet fideicommissum familie relictum esset. † Nec rursus fideicommissum familie relictum in eum casum, magis obstat successioni intestati, quam si simpliciter post mortem grauatæ relictum proponeretur. Constat enim potius semper esse causam fideicommissarij ex testamento succedentis, quam legitimi heredis: Atqui non obesse liberis grauatæ, quod fideicommissum post mortem patris relictum fuisset, nempe quia propter liberos ex eo superstitibus videretur condicio defecisse coniectura pietatis, de qua in dict. leg. cum annis. Ergo nec obesse deberet quod à liberta relictum esset fideicommissum familie sub ea condicione, si extraneum illa heredem haberet ab intestato, defuncta illa quancumque superstitibus liberis, quamuis eos liberos testatori extraneos esse constaret. Tacite enim excepti viderentur ad excludendum fideicommissum, quasi quorum & parentum vno sit persona eademque proinde ratio arg. l. vlt. C. de impub. & alijs substit. leg. cum scimus 22. Cod. de agricol. & cens. lib. 11. Atque ita dictum §. cum inter, cum dicta l. cum annis coniungendum arbitramur, & illius loci ex isto vicissimque istius ex illo sententiæ querendam esse. † Admittimus igitur libertæ filium ad portionem matris, non iure fideicommissi quasi sit ille ex familia, (neque enim admitteremus inuita matre si alium forte sibi heredem ipsa elegisset, sicut nec ad aliorum collibitorum portiones villo modo admittendus esset, nec si alius nemo de familia superforet) sed tantum iure retentionis quasi defecta condicione fideicommissi quod alijs datum fuerat. Ideòque sic Papinianus loquitur heredem libertæ filium partem prædij quam mater accepit retinere visum est. † Sanè quod ad eum locum Baldus notat matræ quæ filio vendit non videri alienare extra familiam, licet filium in familia sua verè non habeat ostendit satis aliud iuris eum constituisse in filio, aliud in quolibet alio matris successore. Nec valde alienum est quod idem Baldus scribit ad d. l. ea lege 5. C. de cond. ob caus. eum qui prohibitus sit alienare in potentiorum, posse tamen alienare in filium licet potentiorum, quia continuatum magis videatur quam translatum quod odin filium collatum est arg. leg. in suis 11. de liber. & posthu. l. cum miles 30. D. ex quib. caus. maior. l. vnic. C. de impon. lucrat. de script. lib. 10. d. l. cum scimus §. vlt. C. de agricol. & cens. lib. 11. Cogitare enim, inquit Baldus, debuit is qui patri reliquit parare nos omnia filijs. l. 2. C. de bon. qua. libert. Idemque putat, non male, etsi filius alienauerit in patrem ex d. l. vnic. Cod. de impon. lucrat. de script. præterquam in feudis quorum natura illa est ut nunquam ascendat lib. 2. feud. tit. 50. d.

natur. success. feud. & tit. 84. Patrem in feud. filij non succed. † Obiici etiam fortasse possit pro communi sententia, responsum Scauolæ in §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de leg. 3. In cuius specie prohibuerat testator filiam heredi instituta ne domum villo modo alienaret. Nec tamen dubitat Scauola, quin eilicuerit filiam suam neptem testatoris heredem instituere: Sed quærit tantum an alius heres extraneus ab ea nepte institui vtiliter potuisset. Tametsi neptem quoque testatori extraneam esse constaret, si nomen eius & familiam inspicias. Respondeo non fuisse cur dubitaretur de nepte, quia non erat verisimile prohibitam filiam heredem scriptam ne filiam suam neptem testatoris institueret, arg. d. l. cum annis. & d. §. cum inter. Ideòque non vocat Scauola neptem extraneam, quomodo extraneos dicit heredes à nepte institutos, quamuis quod ad testatorem pertinet, non sit illa minus extranea. Facitque non eleganter locus ille pro eorum quæ proximè diximus confirmatione. Nam si in ea specie filia heres matrem fortasse heredem instituisset, perinde sanè dubitari poterat, An in eo fecisset contra voluntatem ac penitus extraneum scripsisset. Fecissetque dicerem, si proponeres iussisse testatorem ut prædium illud in familia relinqueretur, quamuis contra putet Accursius à nostris adprobatus.

CAPVT XIII.

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare.

S V M M A R I A.

- 1 Venditionis verbo proprie ac striete loquendo donationem non continetur.
- 2 Casus quo in statutis, legibus vel contractibus prohibita venditionis appellatione donatio quoque significatur.
- 3 Baldi distinctio ad hanc questionem faciens.
- 4 Non ideo quod lex XII. tabularum venditionis verbo omnem alienationis speciem complexa sit, prohibita extra familiam venditione donationem prohibitam censeri.
- 5 Non eandem rationem esse prohibende donationis, quæ est prohibenda venditionis.
- 6 Cur lex Julia fundi dotalis oppignorationem etiam consentiente muliere prohibuerit, venditionem vero mulieris consensu accedente permisit?
- 7 Cur in multis iuris locis testator prohibita heredi venditione, donationem quoque expresse prohibeat?
- 8 Prohibita venditione prohibitam quoque videri locationem ad longum tempus.
- 9 Respondetur ad l. voluntas 4. C. de fideicommiss.
- 10 Duplicem esse in ea lege decidendi rationem.

PROBARE † non possum quod vno ferè ore nostri omnes tractant, Eum qui extra familiam vendere prohibitus sit, donare etiam non posse, nec alio quouis modo alienare, quasi venditionis verbo omnis alienatio contineatur. ex leg. statuliberi. 29. §. vltim. de statut. lib. l. voluntas. 4. C. de fideicom. Nam imò verò constat venditionis appellatione proprie ac partite loquentibus non contineri donationem l. sent. 3. §. sed si permisit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si quis fundum. 37. & seq. de contr. empt. † Ideòque nec in statutis quæ sunt correctoria, & strictè accipienda, nec in contractibus, nec in legibus, illa vnquam recipitur interpretatio, ut vendidisse videatur qui donauit, ut & Baldus fatetur in dict. l. voluntas. Nisi donatio in fraudem probi-

prohibita venditionis facta proponeretur: quod in dubio sanè præsumendum non est. Cui simile illud est quod dicimus, in quorū finibus quis emere prohibetur pignus accipere non prohiberi l. in quoru. 24. D. de pign. Nimirū quia sunt ista longè diuersa emere, & pignus accipere, licet verū sit inutile pignus esse quod diltrahi non potest. † Et quod supradicto loco Baldus distinguit. An actui de quo tractatur adnexa sit pœna, an fauor aliquis, ut posteriori casu venditionis appellatione omnis alienatio significetur, priore non item, nostram potius confirmat sententiam. Cum enim prohibitioni venditionis annexa sit pœna, scilicet fideicommissi, quod in odiū contra facientis inducitur, consequens est ut prohibita venditione extra familiam non ideo censeri debeat prohibita donatio, quamuis non ignorem fauorabile censeri eiusmodi fideicommissum, quod conseruandorū in agnatione & familia bonorū causam habet. † Nec quod lex duodecim tabularū venditionis verbo omnem alienationis speciem complexa sit, ad rē facit. Nam & legandi verbum usurpauit pro actu ipso testandi, & pro qualibet vltima voluntate l. verbis legis. 120. de verb. signif. Neque tamen ideo quis dixerit, legati appellatione testamentū significari. Quod si quis ex rationis paritate, & ut nostri loquuntur, identitate prohibitionem venditionis trahere velit ad prohibitionem donationis, quoniam hac parte voluntas testatoris ex causa finali prohibitionis diiudicanda sit arg. l. cum pater. 77. §. auclissimis de leg. 2. l. pater. 38. §. fundum de leg. 3. non parum meo iudicio etiā aberrauerit: † non enim quæ ratio est prohibende venditionis, eadem quoque semper est prohibende donationis, cum faciliores sint homines ad vendendū, quam ad donandū l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig. post. 3. §. si seruus de donat. int. vir. & vxor. l. filius familias. 7. in princip. de donat. Itaque eo minus prohibenda est heredi donatio quo minus verendum sit ne accidat ut donet. † Sic enim & olim lex Julia prohibebat oppignorationem fundi dotalis etiam consentiente muliere, venditionem verò permittebat, si mulieris consensus accederet §. 1. Instit. quib. alien. licet vel non: propterea quod facilius videretur mulier consensura oppignerationi, quam venditioni. † Neque aliā ob causam videas tot locis, testatorē prohibita venditione heredi, prohibere etiam donationem d. §. fundum & §. quidecim d. l. pater de leg. 3. Nouell. 159. Et res. fideicom. nisi quod sola venditionis prohibitio non sufficeret ad impediendā donationem, quod & probat manifestè lex vlt. Cod. de reb. alien. non alienandis quæ non venditionis verbo comprehendi vult quamlibet speciem translationis domini, idemque iuris hac parte constituendum esse siue lex, siue testator, siue pactio inhiuerit alienationem. † Sanè prohibita venditione censeri quoque prohibitam locationem ad longū tempus, puta in deceniū, verius est, quoniam venditionis instar obtinet, quippe per quam vtile dominium transferri intelligatur l. 1. & 3. D. si ager veltig. vel empty. est. dicat. leg. 1. §. quod ait de superf. Bart. & ceteri ad l. pen. §. instituto de leg. 2. † Obstare tamen opinioni nostræ videtur quod scriptum est in d. l. voluntas. 4. C. de fideic. Eum qui extra familiam vendere prohibitus erat non posse videri prohibitum donare sorori. Sic enim locum illum nostri intelligunt, ut non fuerit vilitura donatio si in extraneam personam collata esset. At ego contra puto, valere in ea specie donationem, non ideo solum quod sorori facta proponeretur, sed quod venditionem duntaxat pater prohibuisset, non etiam donationem. Quod n. sororis mentio sit in quam collata donatio fuerat, non continuo efficit ut in alte-

rius persona diuersum ius constituendum putare debeamus arg. l. miles ad sororem. 75. de leg. 2. Et quicquid dicant nostri, lex illa aut est de indubitabili, cuiusmodi sunt & aliæ pleræque leges Codicis, Aut aliam dubitationem non habet quam quæ à nostris decisio esse creditur, quod ex verisimili mētē patris qui venditionem prohibuerat, videretur prohibita etiam donatio in sororem, ex cuius persona fieri non poterat ut fundus in familia conseruaretur, tametsi esset illa ex familia. † Sed decidendi ratio duplex est, & vtraque percuidens, nempe quod prohibita tantum esset venditio non etiam donatio, & quod soror in quam facta erat alienatio esset ex familia in quam proinde venditio quoque conferri potuisset. Alioqui si venditione prohibita admittamus prohibitam videri quamlibet alienationem ex coniectura illa voluntati, quæ mouentur interpretes, quod qui venditionem extra familiam prohibuit videatur prouidere voluisse ne fundus de familia exiret, alienationis autem prohibitionem heredis quoque extranei institutionem contineri, quod nostri etiam volunt, consequens erit dicere, Eum qui extra familiam fundum vendere prohibitus est, nec posse in eo fundo extraneum heredem instituire, ut ita venditionis nomine etiam extranei heredis institutio comprehendatur. Quod tamen & ridiculum prorsus fuerit & inauditum. Ita error ex errore profluit.

CAPVT XIV.

An fideicommissum reciprocum quod ex iusta alienationis prohibitionem inducitur sit semper conditionale an etiam aliquando purum.

S V M M A R I A.

- 1 Quid per sustam alienationis prohibitionem intelligatur?
- 2 Alienatione extra familiam simpliciter prohibita fideicommissum quidem reciprocum ex testatoris voluntate induci, sed eius vnā esse conditionem, si fundus seilicet alienetur.
- 3 Explicatur §. in fideicommissio. l. omnia. 32. de leg. 2.
- 4 Eum qui propter alienationem ab alio factam fideicommissum illud consecutus est, impune posse fundum quem consecutus est alienare.
- 5 Testatore fundum in familia relinquit subente, fideicommissum non solum reciprocum, sed etiam graduale multiplex & perpetuum induci.
- 6 Nō sufficere in proposita questione Interpretum distinctionem, an prohibitus quis sit alienare partem suam, an rem ipsam simpliciter.
- 7 Proposita questione tunc demum locum esse, quum testator petijt ne fundus de familia exiret, aut ut in familia relinqueretur.
- 8 Testatore nude alienationis prohibitioni hæc verba aduocente, quia volo ut in familia relinquantur, conditionale tantum fideicommissum induci si voluntati non pareatur.
- 9 Soluuntur duo argumenta in contrarium allata.
- 10 An si alienatione his verbis prohibita, ne fundus extra familiam alienetur, verba hæc testator adiecerit, quia volo fundum in familia remanere, fideicommissum purum & absolutum alienatione secuta inducatur?
- 11 Questionem hanc ab Interpretibus frustra agitari.
- 12 In quo posterioris huius fideicommissi plenior sit vtilitas, quam superioris?
- 13 Multum interesse an prohibita alienatione extra familiam testator hanc rationem subiiciat, quia volo ut in familia relinquantur, an ita scribat, fundum in familiam relinquo.

14 Nihil in proposito a quaestione referre an prohibita extra familiam alienationis rationem testator sic conceperit, ut in familia relinquatur, an ita, quia volo ut in familia relinquatur?

15 Species & quaestio Nouell. 159.

16 Vltam alienationis prohibitionem cum dicimus eam intelligimus que causam aliquam habeat, hoc est fauorem alterius quam ipsius prohibiti, ut illam excludamus, quae nuda est & ex qua fideicommissum nullum inducitur, ideo quod nudi praecipit iure censetur, quemadmodum a nobis supradictum est capite sexto. Ex quo loco repetendum est quod ad propositam quaestionem omnino pertinet, multum referre, an testator simpliciter prohibuerit alienari fundum extra familiam, an vero iusserit etiam ut fundus in familia relinquatur. Quamquam enim utroque casu valet prohibitio ad inducendum fideicommissum lege filiusfamilias. 114. §. Dini de legat. 1. † Constat tamen si tantum prohibita sit alienatio extra familiam, induci quidem fideicommissum reciprocum ex voluntate testatoris, sed conditionaliter duntaxat, hoc est, si contra prohibentis voluntatem facta sit alienatio leg. cum pater. 77. §. libertis de legat. 2. Et huius fideicommissi quemadmodum unicum est, ita vnam esse putamus conditionem, si fundus alienetur. Adeo ut si is, qui propter alienationem ab alio factam fideicommissum consecutus est, eundem fundum postea alienauerit, impune id faciat, quia cum vna tantum sit fideicommissi condicio, non nisi semel potest existere: & quamuis non tantum proximus in gradu ad huiusmodi fideicommissum admittatur, sed etiam ceteri omnes de familia, ordine successiuo, censentur tamen vocati in casum vulgarem non agniti fideicommissi, non etiam in casum fideicommissarium, quo eodem modo vocarentur et si fideicommissum familiae relictum esset. l. cum ita 32. alias lege omnia §. in fideicommissis de legat. 2. † Et si enim fideicommissum quod familiae relictum est videtur relictum de vno in alium, ac si post mortem priorem vocati essent sequentes, ut Castrensis defendit ad d. §. in fideicommissis ex illis verbis post eos omnes extinctos quasi verbum ipsum familiae importet, ut loquuntur, tractum temporis, perpendendum tamen est quod Iurisconsultus eo loco non ita scribit & post eos omnes extinctos sed per disunctionem aut post omnes eos. Sic enim videtur innuere, nunquam omnes admitti posse ne quidem successiuè, sed aut hos aut illos, quod euenit in casum vulgarem non in fideicommissarium. † Nam & fideicommissariis sicut heredibus substitui potest vulgariter l. ut heredes. 50. D. eod. Ideoque nec cauere cogitur de fundo restituendo aut in familia relinquendo is qui prior ad fideicommissum admittitur. Res enim quae primum fuit inalienabilis, postquam semel alienata est, fit remanetque semper alienabilis, leg. pater 38. §. quindecim de leg. 3. etiam si prior alienatio nullum effectum sortita sit ut nostri probant ex l. tutor rerum 56. D. de admin. & peric. tutor. licet textus ille tractet de re pupilli quae sine decreto alienari non potest. Sanè si cui coniuncto ea pars coheredis aut collegatarij alienari prohibita accresceret, utique cum onere suo accresceret, ne alienari posset. Sic enim Bald. in l. si in testamento 5. de vulg. & pupill. substit. ex l. 2. nic. §. pro secundo C. de caduc. tollend. † At cum iussit testator fundum in familia relinquere, fideicommissum eo casu inducitur, non solum reciprocum, sed etiam graduale, reale, & perpetuum, ac proinde non vnum sed multiplex, ut posteaquam in priorum persona fideicommissi condicio extitit, non ideo tamen sequentium in gradu ius perimatur, si

quando fundum extra familiam alienari contingat. l. vnum ex familia. 67. §. peto. 69. §. fratre de legat. 2. † Quod non satis diligenter à nostris obseruatum est, distinguuntibus duntaxat, an prohibitus quis sit alienare partem suam ut in d. §. quindecim. An rem ipsam simpliciter ut in d. §. fratre: Cum tamè illa quoque distinctio necessaria sit, An testator alienationem extra familiam prohibuerit solum, An etiam adhibitis verbis fideicommissi, iusserit ut fundus in familia relinquatur. † Hoc igitur duntaxat casu, cum petiit testator, ne fundus de familia exiret, ut in d. l. vnum ex familia. §. sed et si fundum, aut in familia relinquatur ut in d. §. fratre, propositae quaestioni locus est, An fideicommissum sit conditionale tantum, an aliquando etiam purum & simplex. Aut quod idem est, An his verbis duplex fideicommissum contineatur conditionale vnum in casum contrauentionis, purum alterum, id est, in casum mortis licet nulla contrauentio praecesserit. † Et si quidem nuda alienationis prohibitio interueniret, deinde testator adiecerit, quia volo ut in familia relinquatur receptor nostrorum sententia est, nonnullis licet dissentientibus, non nisi conditionale fideicommissum induci, si voluntati non parebitur. Illa enim verba, quia volo ut in familia relinquatur censentur adiecta vestiendae, ut aiunt, & confirmandae prohibitionis gratia, quae alioqui nuda esset, potius quam ad inducendum purum & absolutum fideicommissum d. §. Dini. d. §. fratre. † Nec obstat quod contrariae opinionis assertores obiiciunt, verba enunciatiue prolata per modum causae inducere dispositionem, si Bartolo credimus in l. si fover. 44. §. Lucius. D. solut. matrimon. & in l. ex hac scriptura. 16. D. de donat. Satis enim inducunt dispositionem hoc ipso, quod faciunt, ut ex alienationis prohibitionem inducatur fideicommissum quod alioqui non induceretur manente nuda eiusmodi prohibitionem. Sicut nec ad rem pertinet quod dici solet rationem appositam per modum dispositionis non regulari à dicto, sed dictum à ratione ex leg. regula. 9. §. cum quis de iur. & fact. ignor. Tradit Bartol. ad d. l. pater. §. fundum de leg. 3. per illum textum & per legem cum pater in §. dulcissimis de legat. 2. Id enim procedere non potest eo casu, quo ratio adiecit non tam ad inducendam aliquam dispositionem, licet exprimat per modum dispositionis, quam ut confirmet ac validet id quod prius dictum fuit, ut in proposito, Praecedente siquidem nuda prohibitionem, tametsi poneret nolle te testatorem fideicommissum absolutum inducere, sed conditionale duntaxat, cogeret tamen rationem illam subiicere, fundi in familia conseruandi. † At si prohibitio valida praecesserit, puta ne fundus extra familiam alienaretur quo casu apparet prohibitam alienationem fauore familiae, putant nostri probabilius dici posse ex iis verbis testatoris quia volo fundum in familia remanere induci fideicommissum purum & absolutum ut aliquid operentur arg. l. si quando. 109. in prin. de legat. 1. Atque ita magis communiter nostros sentire video praesertim recentiores post Bar. & Aretinum in §. coheredes. l. qui Roma. 122. de verb. oblig. Ea potissimum ratione quod facillimè & ex nuda voluntate inducatur fideicommissum l. pen. de legat. 1. l. cum proponeretur. 64. de leg. 2. l. fideicommissa. 11. §. ut si quis de leg. 3. l. heredes mei. 57. §. cum ita ad S. C. T. reb. Item quod repetitum nomen familiae exuberantius ostendat voluntatem testatoris & adfectionem, ut proinde enixa voluntas illa multo magis debeat inducere fideicommissum simplex & absolutum arg. J. Ballista. 32. eo. d. l. cum pater. §. filius marie de leg. 2. † Ego vero fatebor ingenue, aut non intelligo quid sibi velint, aut quaestione hanc qua

tantis

tantis agitant contentionibus, penè ociosam ne dicā planè ridiculam esse arbitror. Esto enim quod illi voplane debere ratione illa esse superuacua nec regulari à dicto, sed dictum potius à ratione, quae & generalior sit & per modum dispositionis prolata, Quaro An non hoc etiam casu permittatur ei qui fundum extra familiam alienare prohibitus est ut eum fundum relinquat alicui de familia licet remotiori in gradu? Vtique fateri cogentur permittendum esse, viderique prohibentem hunc, satisfecisse voluntati testatoris si modo fundum in familia reliquerit d. l. filiusfamilias §. cum pater de legat. 1. d. l. vnum ex familia. 67. §. 1. & d. §. fratre l. peto de leg. 2. Ergo dici non potest fideicommissum induci purum & absolutum, cum si tale fideicommissum familiae relictum esset, proximiores in gradu omnimodo praefereudi essent remotioribus d. §. in fideicommissis l. vlt. C. de verb. signific. † Dices fortasse, plenior huiusmodi fideicommissi utilitas in eo elucere, quod si ab intestato perueniret fundus cum hereditate ad legitimū heredem extraneū, possent proximiores fideicommissum petere tametsi nihil prohibitus fecisset contra voluntatē, si vera est illa nostrorum traditio quā in superioribus retulimus, Ac proinde hoc saltem casu fideicommissum videri purum & absolutum, quippe cui locus sit etiam non existente prohibitionis conditione. Sic enim ab Alciato & aliis nonnullis proditum est ad dict. §. Dini. At iam ostendimus, voluntatem eum ostendere qui cum in familia fundum relinquere iussus sit, patitur tamen ut ad extraneum perueniat ab intestato ex l. penult. §. marie de leg. 2. l. 3. l. conficiuntur. 3. D. de iur. codicill. Sed finge si voles ita esse ut prohibita alienatione extra familiam non censetur prohibita successio intestati, nisi eo demum casu quo adiecta sit ratio illa quia volo fundum in familia remanere, nego tamen rectam esse conclusionem, si quis ex eo inferat, fideicommissum ergo purum esse. Nam si purum esset, non sufficeret relinqui in familia, nisi proximioribus relinquere ut diximus. Quid igitur inferre possis? Hoc vnum duntaxat, Adiectam rationem illam facere ut augeatur, vel ut ita dicam multiplicetur fideicommissi conditio, hoc est, ut huic fideicommissis quod perpetuam illam conditionem habet, si testatoris voluntati non parebitur, non ea tantum condicio inesse videatur, quae alioqui sola inesset, si fundus in extraneum ex contractu alienabitur, aut si ex testamento, vel qua alia vltima voluntate transferetur in extraneum ab intestato non successurum, sed illa etiam, si ad extraneū quemlibet fundus perueniret siue ex testamento, siue ab intestato, ut omnibus his casibus fideicommissi petitio familiae competat. Ceterum non ideo minus conditionale est fideicommissum, imò eo magis quo pluribus abundat conditionibus. † Et tanè multum interesse fatendum est, in prohibita alienatione extra familiam an testator rationem illam subiiciat, de qua nostri tractant, quia volo ut in familia mea relinquatur, an potius ita scribat quia fundum illum familiae relinquo. Hoc enim casu admittam libentissimè videri fideicommissum purum & absolute relictum familiae ita ut post nominatos quibus testator alienationem prohibuit omnimodo admittantur proximiores, in casum scilicet, ut diximus, vulgarem, nec sit in potestate prohibentem eum ordinem quem à testatore praescriptum lex interpretatur peruertere, id est facere quin proximior succedat cum verbis disertis fideicommissum familiae relictum proponatur d. §. in fideicommissis d. l. vlt. C. de verb. signific. l. codicillis. 18. in princip. de annuis legat. d. l. heredes mei. 57. §. peto. D. ad S. C. T. rebell. l. cum pater. 77.

§. penultim. de legat. 2. At cum testator ita scribit quia volo ut fundus in familia relinquatur, etiam si nulla praecedat alienationis prohibitio, non ideo relinquit ipse fundum familiae, sed heredis fidei committit ut relinquat, ac proinde in eius arbitrio ponit cui velit relinquere dummodo vni ex familia relinquat quantumlibet remotiori, ac si vnum ex familia eligere iussus esset ut in d. leg. vnum ex familia. 97. de legat. 2. † Quam distinctionem à nostris animaduersionem non fuisse mirandum est, quos videas in quaestione ista tractanda tam diligentes extitisse, & subtiles, ut distinguendum crediderint, an prohibita extra familiam alienationis rationem testator sic conceperit ut in familia relinquatur, an ita potius quia volo ut in familia relinquatur, quasi plenior & exuberantior sit haec scriptura quam illa. Quod tamen profus improbabile & absurdum est. Si quo enim casu fideicommissum purum induci posset ex prohibitionem alienationis, induceretur utique in ea specie quam Scaeuola tractat in d. l. penult. §. institutio de legat. 2. vbi testator ita dixerat Volo ad eas meas non vendi neque fenerari super eas, sed manere eas firmas simplices filijs & nepotibus per vniuersum tempus. Et tamen non nisi conditionale fideicommissum esse apertissimè scribit Scaeuola cum negat fideicommissi nomine teneri patre filijs, nisi fideicommissi conditio extiterit. † Adde Iustiniani constitutionem Nouell. 159. vbi restit. fideic. usque ad vnum gradum, quae hoc ipsum euidentius comprobatur. Nam cum proponeretur quidam testamento prohibuisse alienationem fundi extra familiam & codicillis id confirmasse expressa clausula his verbis, propterea quod hoc suburbium & ad eas situm sita, quae intra portam, & c. per omnia & perpetuo velim permanere in familia mea neque unquam de nomine meo egredi, negat Iustinianum ex iis verbi induci fideicommissum, nisi secuta alienatione. Ideoque nimirum contendebatur in ea specie, An qui permissu Principis alienauerat videretur fecisse contra voluntatē necne, ut sciretur an posset alij voluntarias alienationes obicere. Indequè illud etiam, quod ibidem Iustinianus disputat. An qui testamento substituerat impuberi filiae matrem, videretur offendisse iudiciū testatoris, quasi non reliquisset in familia. Id enim significant verba illa §. nos vero, quamuis nemo successorum gloriosa memoria Hierij circa voluntatem eius deliquisset. Sed & Iustiniano placet admittendas personas matris & uxoris tanquam quae sint de familia, adeoque praefereudas Alexandro qui solus supererat de nomine defuncti. Cū tamè si familiae relictum esset fideicommissum purum, non esset illa admittendae quādiu alij superessent de nomine testatoris. Non enim sunt de nomine, quamuis constitutum sit à Iustiniano ut computentur in familia & possint ex fideicommissis succedere sicut & gener & nurus post ceteros omnes extinctos d. l. vlt. C. de verb. signific. Itaque concludendum est nunquam ex alienationis prohibitionem induci praecitum fideicommissum purum & absolutum, quibuscumque tandem verbis iuberat testator, ut fundus in familia relinquatur. Nisi relinquat ipsemet familiae.

CAPVT XV.

Prohibitus extra familiam alienare an post denuntiationem alienare impune possit.

SVM MARIA.

- 1 Varia differentia inter purum & conditionale fideicommissum.
- 2 Propositam initio quaestionem per distinctionem ab Inter-

est fundum ubi scriptum est eiusmodi verba inducere fideicommissum non modo reciprocum, si forte plures simul essent vocati ut in dict. §. libertis, sed etiam graduale in fauorem proximorum de familia si ab eo fundus alienetur qui solus prior admittus fuerat ut & in dict. §. fratre. † Pontentius enim est ius fideicommissi quam ad crescendi: nec cum testator iubet præmortuorum partes ad reliquos pertinere ut in dict. l. cum pater §. volo de leg. 2. idcirco inducit ius ad crescendi, tamen si ad crescendi verbum vsutpet ut in l. codicillis. 34. de vsufruct. legat. sed potius ius fideicommissi, ut ex supradictis locis apparet iunct. l. verbum volo. 10. C. de fideicommiss. §. ult. Institut. de singulis rebus per fideicommiss. tit. Non enim facere testator potest ut in portionibus agnitis ius ad crescendi locum habeat, contra naturam & receptissimam regulam iuris ad crescendi l. vnic. §. his ita diffinitis C. de caduc. tollend. l. 1. §. interdum de vsufruct. ad crescend. nec nisi per viam fideicommissi potest grauari legatarius aut fideicommissarius ut rem sibi iam acquiritam alteri restituat: qua ratione inductum erat iam olim ut à legatario legare non liceret, sed tantum fideicommittere Tit. De singul. reb. per fideicommiss. relict. apud Instir. † quod etiam hodie correctum est ut videtur ex leg. 2. in fin. C. commun. de legat. non in eo tamen inducta correctio est, ut hoc obiter moneamus, quod legatari à legatario nunc possit, quasi immuta natura ipsa & substantia legati, sed quod ex illa Iustiniani constitutione factum sit, ut quicquid legatum est, fideicommissum censetur quoties fideicommissi natura amplior est, & ad conseruandam defuncti voluntatem aptior: quomodo videtur sanè aptior in proposito, cum ea fuerit testatoris voluntas ut in legato iam acquisito legatarii oneraret, ac proinde in re ipsius legatarij propria: quod tamen cum per viam legati & imperatiue fieri non possit, consequens est ut fiat per viam fideicommissi & verbis precariis. Quod verè ne à nostris non satis bene perceptum sit. Sed & cum testator iubet eligi vnum ex familia, & fideicommissum, nemine electo, totum peruenit ad eum qui solus de familia superest moriente eo qui eligere debuerat, non fit id, quod huiusmodi fideicommissum sit reciprocum, sed quia fit familiæ relictum: familiæ autem appellatione alius contineri non possit, quam qui solus superest eo tempore quo condicio existat d. l. vnum ex familia §. rogo. & d. l. cum pater §. hereditatem filius de legat. 2. † Igitur respondendum est ad dict. §. filiam. Multum interesse, an testator ita scribat Vero adificium de nomine meo exire sed ad vernas meos pertinere volo. en ita potius volo ut adificium meum ad vernas meos pertineat nec vnquam de nomine meo exeat, aut quod idem est ipsi quoque de nomine meo exire veto. His siquidem posterioribus casibus induceretur sanè inter collibertos vernas fideicommissum reciprocum, ita ut ad eum qui solus ex ipsis superesset totum peruenire deberet, etiam si à præmortuis pro ipsorum partibus agnitum proponeretur, hoc est non in casum vulgare duntaxat, sed etiam in casum fideicommissi, quantumuis nominati vernæ fuissent, quoniam specialis ea nominis expressio impedire quidem ius ad crescendi fortasse potest [quod tamè an perpetuo verum sit satis obscurum est, & alio loco susius tractandum] sed non ius reciproci fideicommissi, quod vel inter disiunctissimos quosque locum habere potest. Priorè verò casu non censetur ea verba apposita ad inducendum perpetuum reale & reciprocum fideicommissum inter collibertos, quibus scilicet nihil testator prohibuit, sed potius ad grauandam filiam heredem

de adificio illo post mortem suam vernis restituendo. Verum enim est quod & Cuiacius supradicto loco obseruauit, videri in ea specie ad fideicommissum vocatos vernas libertos, post mortem filia, ut & in l. species. 25. D. de aur. & argent. legat. † Ceterum ut in familia vernarum perpetuo fideicommissum remaneat, non idcirco iubet testator, quomodo sanè iussisse videretur, si ab ipsis vernis petiisset ne vnquam de eorum nomine adificium exiret d. §. sed est fundum. † & hac ipsa l. pater §. duobus, ubi cum duobus heredibus institutis Stichus & Erotes libertis, testator ita cauisset Fundum Cornelianum de nomine meo exire veto, Respondet Scæuola Si vnus ex heredibus Stichus ancillam testamento liberam esse iusserit eidemque partem suam fundi legauerit, posse Erotem & ceteros Stichi collibertos ex causa fideicommissi eius fundi partem à Stichi herede petere propterea quod non contineatur liberta illa liberti appellatione libertorum testatoris l. aliment. a. 16. §. 1. De alm. legat. Hos enim solos ad fideicommissum inuitate intelligitur arg. d. §. fratre in fin. & l. si cognatis. 19. de reb. dub. Nisi poneret libertum liberti ex prioris testatoris voluntate libertatem consecutum d. l. cum pater §. fides heredes meorum 11. de leg. 2. Sic enim & rectissime locos illos Accursius, Bartolus, & ceteri intellexerunt. † Illud tamen summo per notandum est, quod dicimus ex his verbis veto adificium de nomine meo exire induci fideicommissum & graduale & reciprocum, ita accipiendum esse, ut nihilominus, qui ex reciproco admittuntur præferantur ceteris ex graduale admittendis, si non apertissima sit contraria voluntas testatoris. Nempe quod ex reciproco tacito ij demum admittantur, qui simul vocati sunt, hoc est qui vel in eodem aut pari gradu constituti sunt, vel simul nominati, quos proinde ceteris in gradu remotioribus nec æquè nominatis præferri æquum est arg. l. coheredi. 41. §. qui discretas de vulg. & pupill. subdit. Neque obstat quod scriptum est d. §. duobus, ad partem Stichi admittendos cum Erotes ceteros collibertos non nominatos. Id enim fit quia perinde erant illi de familia, nec remotiores in gradu, cum inter plures e iusdem testatoris libertos graduum distinctio nulla esse possit.

CAPVT XVII.

Ad l. hac edictali C. de secund. nupt.

SVM MARIA.

1. *Utrum præcipuam legitimam habere debeat filius prioris matrimonij, cum in relique hereditatis partem admitti pro virili? ubi tres casus ab Interpretibus distinguuntur.*
2. *De tertio casu, quum scilicet filio minus relictum est quam secundo coniugi, non tamen minus legitima.*
3. *An secundo casu, quo tantundem filio quantum secundo coniugi est relictum, filius legitimam præcipuam habere debeat?*
4. *Quænam sit in hac questione receptior Interpretum sententia eiusque ratio?*
5. *An filius, à quo fideicommissum in diebus vel sub conditione relictum est, duas quartas detrabere possit?*
6. *Refusatur recepta illa circa secundum proposita questionis casum sententia, & mens Imperatorum in d. l. hac edictali aperitur?*
7. *Filius qui ex semisse institutus est tantundem habere quantum vitricus ex alio semisse scriptus aut nouerca, licet in semisse filij legitima ipsius portio confundatur.*
8. *Dicta constitutione non id egisse Imperatores ut per secundi coniugis personam filij legitima aueretur, sed tantum ne minueretur.*

9. *Versiculum ita tamen d. l. hac edictali, non pro filio sed pro vitrico & nouerca facere, contra receptam Interpretum sententiam probatur.*
10. *An legitima quam filio pater in testamento reliquit, ex iudicio patris, an verò ex legis prouidentia ad filium peruenire censenda est?*
11. *Cum nonissima Iustiniani lege iubeatur pater filio legitimam institutionis tunc relictæ relinquere.*
12. *Alia ratione probatur, omni omnino casu filij legitimam in eam partem imputari oportere quam habere debeat æqualem cum vitrico & nouerca.*

IN † huius constitutionis tractatu elegans illa occurrit quæstio magnis inter nostros contentionibus agitata, vtrum præcipuam legitimam habere debeat filius prioris matrimonij, tum in reliqua hereditatis partem admitti pro virili. In qua magis communitè probatum est, distinguendum esse An filio nihil relictum sit aut minus legitima, An tantum quantum secundo coniugi, an denique minus, supra legitimam tamen. Sic enim adiciendum est, ut differat casus hic tertius à primo. Si nihil filio relictum sit, aut minus legitima, vix est ex interpretibus qui neget legitimam prius detrabendam esse. Ratione illa quod dubitari non possit quin hoc casu legitimam habeat filius ex dispositione legis, non ex iudicio testantis. Proinde cum lex prohibeat ne plus pater materve donet secundo coniugi quam filio prioris thori, absurdum putant imputari in portionem filij id quod vel inuito parente ex solo legis beneficio consequatur. † Tertio casu ad primum proximè accedit hoc est cum filio minus relictum est quam secundo coniugi, non tamen minus legitima, altercatio est, quibusdam existimantibus filium cui nullam pater in legitima iniuria fecerit, non posse de iudicio patris conqueri, nec proinde reculare quominus in eam portionem quam cum vitrico aut nouerca æqualem habere debeat, imputet quicquid habet ex iudicio parentis. Frequentiore tamen nostrorum calculo receptum est, ut hoc etiã casu legitima prius detrahatur, non solum quod vitricus aut nouerca minus sit fauorabilis, sed etiam odio parentis, qui ad secunda transgressus vota, secundum coniugem plus quam filium prioris thori dilexerit: quæ res facit ut nouercalibus delinimentis aut vitricibus odiis eam voluntatem extortam esse suspicandum sit. † Secundus superest casus multo dubitabilior, si tantundem filio quantum secundo coniugi fuerit relictum. Plerique enim putant, legitimam quoque filio præcipuam esse debere, hac vna ratione quod perpetuo verum sit deberi eam filio ex legibus, potius quam ex iudicio testatoris, videaturque beneficium istud legis ipsi adimmi, si in suam portionem cogatur legitimam imputare, nec plus auferat ex bonis parentis quam cõiunx, cui nulla legitima debetur. Et sanè fieri non potest ut cõputata legitima æquales sint coniugis & filij portiones, quin filius aut à lege aut à parente minus quam vitricus vel nouerca consequatur. Atque huc sensum esse arbitratur illius versic. ita tamen ut quarta pars que eidem liberis debetur ex legibus nullo modo minuat. † Sed tamen receptior est contraria sententia. Cuius illa potissimum ratio asseritur, quod hoc casu non possit filius cõqueri ratione legitimæ, quam integram habeat, & plus quam legitimam, qui scilicet, si solus sit institutus cum vitrico, vel nouerca, semisse hereditatis obtinet, nec tutius agere cõditione ex l. hac edictali, quia nihil à parente qui filium cum secundo coniuge ex æquis partibus heredes scripsit, factum videri potest contra legem, quæ

aliud non exigit, nisi ut ne plus secundo coniugi quam filio prioris matrimonij detur. Quæ ratio cessat, cum inæqualiter & minore ex parte instituto filio, & secunda vota contrahentis nuptias, & coniuncta secundi coniugis odia inducunt potestatem cõstitutionis. Tunc enim cum certum sit constitutioni locum esse, sola illa quæstio superesse potest, vtrum in legitimam imputare sibi filius debeat quod accipit ex beneficio legis non. In qua quæstione verius est ut imputare non debeat, quod à sola lege accipit in odium & contra voluntatem parentis. † Cui nostrorum traditioni non valde dissimile illud est quod vulgo tractant filium à quo fideicommissum in diem vel lub conditione relictum est, duas quartas detrabere, qui si purè grauatus esset, non nisi vnam detrabere posset, Propterea quod purè relictum fideicommissum, nesciri possit vtram quartam prius detrabere filius debeat, altera alteram concursu præpediente, quod non contingit cum fideicommissi conditionalis vel in diem relictæ ratio suspendit Trebellianicæ detractionem, sola adhuc debita legitima. Atque ita nostri ut dixi ratiocinantur. † Mihi tamè iuris rationem legisque verba inuenti hæc distinctiones placeant numquam potuerunt. Video enim & Imperatorum Leonis & Antemij in d. l. hac edictali. & Iustiniani in §. optime Nouell. 22. De nupt. mentem illam esse, ut liceat marito secundam uxorem ducenti, vel mulieri secundo nubenti, donare secundo coniugi siue inter viuos siue in vltima voluntate tantum quantum filio ex prioribus nuptiis suscepto, prohibeatur autè duntaxat ne plus secundo coniugi quam filio relinquatur. Itè ut si parens contra fecerit & secundo coniugi plus quam filio reliquerit, reuocetur quod immoderatè gestum esset hæcenus, ut legis potestate reducatur omnia ad eam æqualitatem quam obseruare parens debuerat. Atqui negari non potest tantundem habere filium, qui ex semisse institutus est quantum vitricus ex alio semisse scriptus aut nouerca. Habent enim singuli semissem. † Nec quod in semisse filij legitima ipsius portio confunditur, facere potest ut à parente minus habere videatur, cum haud dubiè hoc ipsū quod pro legitima habet à parè habet, sitque absurdissimū dicere, ob hoc solum quod parens filio legitimam relinquere cogatur ex legibus, non esse imputandam eam portionem quæ eidem cogitur parens filio relinquere ex leg. hac edictali. Alioquin eveniret ut duplicis portionis filio relinquendæ onere parens ad secunda vota transiens grauaretur, Vnius quæ ad legitimam quantitatem ascenderet, alterius quæ supra legitimam cõstituenda esset, maior minorve ex comparatione portionis quæ secundo coniugi data proponeretur. In quo sanè fieret iniuria parati, cum quo satis seuerè in eo agitur, quod non solum inuitus legitimam filio non ingrato relinquere cõpellitur, sed etiam secundo coniugi plus quam filio dare prohibetur. Cum tamen si extraneum profusque ignotum hominem in tota hereditate instituere vellet, solam legitimam filio relictam idipsum facere impune posset. Quid verò est quod amplius inducere aut extorquere debeat odium vitrici vel nouercæ nisi ut deterioris sint illi conditionis quàm si essent profus extranei, adeoque si voles, de ipso testante male meriti? Et certè aliter posito iure eveniret ut nunquam æquales fieri possent filij secundique coniugis portiones, filio semper præcipuam legitimam habente, sequereturque necessariò absurdum illud, quod nostri, quasi absurdum non sit fateri coguntur, ut si solam legitimam filio parens relinquere

534

ret, nihil planè secundo cõiu gi dare posset, quasi nihil prorsus filio reliquisset, qui solam ei legitimam dedisset. Quo tamè quod absurdus quæsto dici potest aut iniquus? Taceo quod legis verba repugnant manifestè. Neque enim id egit Leo aut Iustinianus vt per secundi coniugis personam filij legitima augetur, sed tantum ne minueretur, vt constat ex supradictis illis verbis *vt quarta pars que visdem liberis debetur ex legibus nullo modo minuat.* Tantumque abest vt is vericulus quo nostri potissimum mouentur, faciat pro filio, vt ex contrario apertissimum sit adiectum eum esse pro vitrico & nouerca. Nam cum in precedentibus constitutum esset vt non plus secundo cõiu gi dari posset quam datum esset ei ex liberis qui minus haberet, consequens erat vt si vni ex filiis aut nihil aut minus legitima donatū esset, nihil quoque posterior coniux habere deberet, aut saltem minus quam ferat legitima quæ filio debetur. Id verò ne quis diceret, placuit Leoni itemque Iustiniano, vt quemadmodum non potest parens filio minus relinquere quam sit legitima, ita nec possit ea portio quæ secundo coniugi relicta est ad minorè reduci quantitate quam quantum in filij legitimam venire necesse est vt omni casu ad concurrentem vsque saltè legitimam reducat ex beneficio legis, quod nouerca vel vitrico supra modum fuerat donatū. Itaque vel ex eo maximè vericulo apparet, etiā cum nihil aut minus legitima filio prioris thori relicta est, non tamen ex eo fieri vt plus cõsequi filius debeat quam si legitimam à patre integram habuisset, sed vt contra perinde maritus tantum habeat quantum est in filij legitima ac si nulla filio in legitima iniuria facta fuisset, quia nec pro facta habetur, quæ fieri non potuit. Quod ipsum non contingeret si filius eo casu præcipuam legitimam haberet, quam diximus ex receptiore nostrorum sententia non detrahi præcipuam cum filius & vitricus, aut nouerca sunt æqualiter instituti. Sed & falsissimum est, quod nostri pro vero habent, legitimam quam filio pater in testamento reliquerit non tam ex patris iudicio, quam ex legis prouidentia ad filium peruenire. Est enim lex facit vt filio qui ingratus probari nequeat, legitimam omnimodo relinquere pater compellatur, non tamè recta consecutio est, si ex eo inferas filium cui patris testamento legitima relicta sit, nec videri eam habere à patre sed à lege. Nam imò verò habet à patre qui eam reliquit, nec quicquam causæ est, cur in legitima filio danda lex se interponat, cum pater vltro pietatis officio functus est, vt taceam non esse credendum patre filio legitimam relinquere voluisse, vt legis necessitati satisfaceret potius, quam vt paternæ pietatis officium impleteret. Hinc nimirum fit vt nouissima Iustiniani lege iubetur pater filio relinquere legitimam titulo institutionis Nouell. 115. *Vi cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, nempe vt digniore ac pleniore titulo filius legitimam ex iudicio parentis consequatur. Hoc verò cur ita? Aut quid referret an institutionis, an legati iure filio legitimam parens daret, si à lege sola, non etiā à parente filius legitimam habere intelligeretur? Quinetiā, quod magis mirum est si filio non quidè nihil sed tamè minus legitima relicta sit, placet nostris, nec malè, ex testamento deberi id quod supplementi nomine debetur, & conditione ex Iustiniana l. omnimodo C. de inof. testam. quæ cõpetit ad supplementum, actionis ex testamento, iure & nomine cõferri. Quanto igitur magis verum est, ex testamento peruenire legitimam ad filium si eam pater ipse testamento integram reliquerit, siue

sub nomine legitimæ siue sub nomine portionis hereditarie legitimæ aut adæquantis aut excedentis? Quod si fateare acquiri eam ex testamento, Rogo fieri. ne potest vt quod ex testamento acquiratur, non etiā ex testatis iudicio acquiratur? Denique obseruare nostri debuerunt, nō sic Leonè aut Iustinianū locutos esse vt dicant reducendam secundi coniugis portionem ad eam quantitatem quæ habet is ex liberis qui minus habet ex parentis iudicio, sed qui minus habet ex parentis substantia. Sic enim disertè Iustinianus loquitur in d. §. optime. Porro nō est qui neget aut negare possit, habere filium ex patris substantia quod habet pro legitima etiā cum solo legis beneficio legitimam habet vel inuito parente hoc est cum nihil prorsus ei parès reliquit. Ergo vel hec vna ratio probat apertissimè, Omni omnino casu legitimam filij in eam partem imputari oportere quam habere debeat æqualè cū vitrico aut nouerca ex d. l. hæc cõditali, nec præcipuam filio vnquam esse. Tametsi alio iure nos vti nō ignorem, vt in Codice Sabaudico scribemus.

CAPVT XVIII.

An doli exceptio bonæ fidei iudicium faciat quod prius fuit stricti iuris. Ad l. Seia. 42. D. de mort. caus. donat.

SUMMARI A.

- 1 Resellitur Cuiacij sententia affirmatiuè ad hanc questionem respondentis.
- 2 Absurdum fore si iudicia omnia quæ sui natura sunt stricta, opposita duntaxat doli exceptione aut replicatione bonæ fidei iudicia fierent.
- 3 Qui fiat vt per doli exceptionem non minus condemnentur actor qui dolum admisit, licet stricto iudicio agat, quam si bonæ fidei iudicio experiretur?
- 4 Dolum, qui in contractibus stricti iuris ab actore admisit, est tantum vim non habere, vt negotij vel contractus illius naturam mutare possit.
- 5 Species l. Seia. ff. de mort. caus. donat. à Cuiacio obiecta.
- 6 Vindicationem bonæ fidei iudicium non esse.
- 7 Quæstio ex illius legis specie emergens.
- 8 Papiniani super hac questione sententia.
- 9 Verba illa d. l. Seia. bonæ fidei autè iudicio constituto aduersariuè, non subiunctuè intelligenda esse.
- 10 Cur in d. l. iudicium vindicationis non possit ab iniuria strictum esse, subindeque fieri bonæ fidei propter oppositam doli exceptionem?
- 11 Verba illa, bonæ fidei autem iudicio constituto non ad iudicium vindicationis, sed ad hereditatis petitionem referenda esse.
- 12 Hereditatis petitionem ex frequentiore prudentum sententia inter bonæ fidei iudicia connumeratam fuisse.
- 13 Duo Cuiacij argumenta aduersus superiorem illorum verborum explicationem soluntur.

Videò t̄ clarissimum virum, & primum ætate nostra sine controuersia iuris magistrum Iacobum Cuiacium lib. 3. Obseruat. cap. 17. & lib. 3. cap. 16. in ea esse sententia, vt existimet exceptionem doli, itemque replicationem, quæ ipsa etiā exceptio est, facere iudicium bonæ fidei ex stricto. Quæ fuit vetus Dorothei Græci interpretis adnotatio ad leg. Seia. 42. D. de donat. caus. mort. ab eodem Cuiacio relicta, & aduersus alium Græcum interpretem, qui Dorotheum reprehenderat, defensa. Quod si verè rectè que dicitur, illud statim consequens fieri videtur, non valde referre an contractum quemlibet bonæ fidei esse dicamus, an stricti iuris. Cum in iis etiā quæ stricti iuris

iuris sunt, exceptio itemque replicatio doli locum habeat. Sic enim fit, vt iudicia omnia quæ sui natura sunt stricta, fiant bonæ fidei opposita duntaxat exceptione aut replicatione doli. Id verò mihi numquam probabile visum est, sed lōgè durius quam vt admitti posse potest: non ob id solum, quod secundum hanc sententiam euenturum sit vt contractuum omnium iura & præstationes confundantur, sed etiā, quia iuris ratio nullo modo patitur vt doli exceptio quæ soli reo accomodatur, actori quoque prodesse debeat, ad constituendum bonæ fidei iudicium, quod alioqui strictum esset. Nam extra causam exceptionis doli quæ bonæ fidei iudicium in re inesse dicitur l. sed esset. D. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. nemo dubitat quin reo longè incommodius, & onerosius futurum sit si iudicio bonæ fidei quæ si stricto conueniatur, propter præstationes, quæ, vt dixi ex iudicij bonæ fidei multo pleniores fiunt & vberiores, siue obligationis iure, siue officio etiā iudicis quod in actionib, bonæ fidei locum sibi vindicat, nō etiā in strictis. Quis verò admittat, ob id meliorem actoris conditionem fieri debere, quod aliquid dolo fecerit, & ex ea causa passus sit doli exceptionem? Nō inficior doli exceptionem facere, vt condemnari nō minus debeat actor qui dolum admisit, licet stricto iudicio agat, quam si bonæ fidei iudicio experiretur. Sed nego id fieri ex vi & æquitate iudicij, quasi quod bonæ fidei effectum sit. Contendo fieri ex potestate & præscripto formulæ, quæ continet doli exceptionem: & in qua tamen non eo magis addi debeant verba illa *ex fide bonæ* quæ in omnib, bonæ fidei iudiciorum formulis addebantur. Est. n. ideo addebantur, vt reo perinde atque actori, quantum æquitas & bona fides posceret faueretur: tamen actoris potius gratia, & commodo addebantur, vt ampliorem ferret condemnationem: Absurdum autem fuisset, ob aditam & oppositam doli exceptionem plenius condemnari reum, cui exceptio doli prodesse omnino debuisset. Et verò cum ex natura sola negotiorum quæ geruntur, descendat illa contractuum differentia vt alij bonæ fidei, alij stricti iuris esse existimentur, nemo non videt dolum, qui à stipulatore aut scænebris pecuniæ creditore admissus fuit, quicque doli exceptionem peperit, nō vsque adeo negotij naturam immutare possit, vt non semper stricti iuris contractus manere debeat, qui ab initio talis fuit. Semper enim verum est agi ex stipulatione aut conditione certi ex mutuo, quæ actiones non possunt esse non strictæ. Duo tamè iuris loci sunt, qui virum doctissimum tefellerunt, & de quorum sententia nobis idè breuiter dicendum est. Primus est in d. l. Seia 42. D. de mort. caus. dona. Alter in l. 3. C. de except. t̄ Papinianus eleganti illo responso quod extat in d. l. Seia, proponit Seiam bonis suis omnibus Titio donationis causa cessisse, traditionibus etiā factis: sibi tamen vsumfructum recepisse, & conuenisse vt si Titius ante ipsam vitam decessisset, proprietatem ad eam rediret: si postea superstitis Titij liberis mortua fuisset, tunc ad eos bona peruenirent. Defuncto Titio viua Seia, duplex actio Titij hereditatis competere videbatur. Vna in res singulas, quæ vindicatio est, quam constat bonæ fidei non esse, quia neque ex contractu nascitur, cuiusmodi quæ nō sunt non possunt dari aut competere ex bona fide. Altera in res vniuersas, quæ alia esse non potest quam petitionem hereditatis, per quam vniuersa hereditas peti solet etiā contra eum qui vel minimam rem hereditariam possidet, quia hereditas est nomen iuris l. regulat. 9. cum l. seq. D. de petit. hered. Vtraque vt dixi, com-

petere Titij hereditatis videbatur, quia prior donatio in persona Titij perfecta fuerit per dominij translationem, vt sequitur apud Papinianum: ideoque dominium rerum omnium, quæ Seia donauerat & tradiderat, in Titij hereditate reperiebatur. Multum tamè interest, an vindicatione agatur, an petitione hereditatis. Si res singulas heredes Lucij Titij vendicent, doli mali exceptio erit necessaria, quia vindicationi, quæ vt diximus bonæ fidei non est, doli exceptio inesse non potest. Opponitur autem ea exceptio non inuititer, quia licet dominium transfactum fuerit in Titium per traditionem in donatione factam, dolo tamen faciunt heredes Titij qui eas res vendicant, non tamen propter vsumfructum à Seia retentum [nihil enim prohiberet talis vsumfructu dominium vindicari] quam propter conventionem in donatione additam, vt si ante Seiam Titius moreretur, dominium rerum donatarum ad Seiam rediret. Quæ conuentio cum Seia si non possideret, actionem datura esset, multo magis dabit possidenti retentionem opposita doli exceptione. At si petitione hereditatis agatur quæ bonæ fidei actio est, non erit necessaria doli exceptio, quam diximus bonæ fidei iudicij omnibus inesse ipso iure: sed ipsius iudicij æquitate citra exceptionem heredes Titij quasi dolo malo & aduersus placitorum fidem agentes repellentur. At illa emerget quæstio, An mulier hoc casu cogenda sit cauere se ea bona cum morietur filiis Titij restitutura. Nam & bonæ fidei iudiciorum natura illa est vt ex iis cautio etiam ante tempus exigi soleat l. in omnibus 41. D. de iudic. Quæstionem in eo esse Papinianus putat, an donatio, quæ prior in Lucium Titium collata fuit, censeri debeat iure donationis inter viuos, quæ ab initio certam conditionem habuerit, an potius iure donationis causa mortis. Nam priore casu cautio deberetur, quia prior donatio propter legem in exordio dictam retineri potius quam secunda promitti aut extorqueri videretur. Posteriore verò nulla cautio peti posset quia neque prior donatio subsisteret, quæ scilicet præmortuo donatio sublata & extincta fuisset, neque secunda ratio vlla habenda esset, quippe quæ nō dum in filiorum persona initium accepisset. Cautioem verò constat ei non deberi, cui nihil omnino debetur, sed ei demum qui ex bonæ fidei contractu sit creditor in diem, licet dies nondum venerit d. l. in omnibus. l. pro socio 38. D. pro socio. In eam autem sententiam Papinianus procliuor est, vt putet mortis causa donationem factam videri. Ex quo inferret solutam igitur esse priorem donationem Titio prædefuncto. Non enim videtur perfecta donatio quæ mortis causa facta est, priusquam mors insequatur l. non videtur 32. eo. tit. D. de mort. caus. donat. Eademque ratione inferri etiam potest nō competere in proposita specie vindicationem hereditatis Lucij Titij, ne quidem stricto iure, quoniam donatori potius vindicatio danda est, cum is casus contingit, in quem conuenerat, vt donata res ad donatorem rediret, etiam si donatio sic facta fuerit, vt statim res fieret accipiētis. l. si mortis causa 29. eod. tit. Proinde neque necessariam esse doli exceptionem: Neque rursus cõpetere petitionem hereditatis contra Seiam, quia soluta priorè donatione verum est nihil eam habere ex Lucij Titij rebus hereditariis, licet habeat res à se donatas Titio, & subinde à Titio, ad se quoque reuerfas t̄ Et hæc nihil fallor Papiniani sententia est nec valde obscura, quæ euidenter malè Cuiacius accipit eam verba illa *Bonæ fidei autem iudicio constituto* quæ proculdubio aduersariuè intelligenda sunt, maualt intelligere subiuncti-

ne, de iudicio vindicationis, quod opposita exceptio doli mali fecerit bonæ fidei, ut idem iudicium vindicationis, quod strictum est, cum obiicitur doli exceptio, fiat bonæ fidei postquam ea exceptio opposita est. Secundum quam interpretationem eueniet, ut Lucij Titij heredes, qui vindicando res singulas nullum ius habebant petendæ cautionis [neque enim iudicium vindicationis tale est, ut ex eo peti possit cautio, cum non sit bonæ fidei] hactenus conditionem suam fecerint meliorem ob oppositâ doli exceptionem, quod ab eo tempore cauendi onere obstructam Seiam habuerint, quæ si doli exceptionem non obieisset, cauendi necessitate nulla reneretur. Ita fit ut doli exceptio ei commodum adferat, qui dolum fecit, noceat verò ei per quem opposita est: quod non modo iniuriam, sed etiam absurdum esse, quis non animaduertit? Neque rursus videre possum, qua ratione iudicium vindicationis aut aliud vllum possit ab initio strictum esse, subindeque fieri bonæ fidei propter oppositam doli exceptionem: Cum exceptio adiiciatur à prætore in ea ipsa formula per quam iudex datur, iudiciumque constituitur, & ante quam præscriptam nec iudex vllus, nec iudicium vllum esse potest. Sed & verba illa *Bonæ fidei autem iudicio constituto*, non sic accipienda esse quasi iudicium vindicationis rerum singularum constitutum sit bonæ fidei per oppositam doli exceptionem, sed ad aliud iudicium vniuersale referenda esse per quod petita sint bona vniuersa, quæ Lucio Titio Seia donauerat, apparet manifestè ex sequentibus illis Papinianis verbis *quereretur an mulier promittere debeat se bona cum moreretur filius Titij restituaturam*. Quænam, n. obsecro, bona, nisi ea ipsa, quæ per illud bonæ fidei iudicium petebantur? Atqui per vindicationem non bona petebantur, quorum appellatio generalis est & vniuersitate m quendâ denotans, sed res singulæ. Sic enim habet præcedentia, *Igitur si res singulas heredis Lucij Titij vindicent*. Neque verò plurium simul rerum vna vindicatio esse facile potest, sed singularum. Singulis autem rebus petitis, tametsi maximè concederem euadere vindicationem in iudicium bonæ fidei propter oppositâ doli exceptionem, non tamen posset ea res facere ut vniuersorum bonorum nomine cautio postularetur, quia nec vniuersorum bonorum nomine iudicium bonæ fidei esset, sed earum duntaxat quæ vindicarentur. Ergo bonæ fidei iudicium Papinianum sine dubio intelligit petitionem hereditatis, per quam non res singulæ petuntur, sed vniuersitas bonorum, quæ sunt ex hereditate siue plures sint penes reum, siue vna tantum. Et si namque videtur non satis constituisse inter veteres iuris autores, an petitio hereditatis esset bonæ fidei, quia non magis quam vindicatio nascatur ex contractu, ipsa tamen Iustiniani constitutio quæ cautum est ut bonæ fidei iudicium omnimodo connumeretur *l. vlt. in fin. Cod. de petit. hered. §. actionum 12. Inst. de action.* præfert satis fuisse frequentiore illam prudentum sententiam, ut inter bonæ fidei iudicia censeretur. Neque enim id constituit Iustinianus quasi ius vetus abrogas, sed ne quid in posterum dubitationis superesset. Eiusque rei argumentum sumi potest ex *l. plane 38. D. de petit. her.* vbi Paulus scribit in prædonis quoque persona habendam esse rationem vtilium impensarum, ne petitor ex alia iactura lucrum faciat. Id ipsum autem officio iudicis contineri, nec doli exceptionem desiderari, quod utique falsum esset si petitio hereditatis ex eorum esset iudiciorum genere, quæ stricta appellantur. Non enim eiusmodi iudicium exceptiones doli insunt. Nec sanè vllus in toto

iure locus est ex quo possit cõici Papinianum in diuersa vnquam fuisse sententia. Quod autem Cuiacius obiicit, non fuisse cur Papinianus supprimeret nomen petitionis hereditatis si de ea sentiebat, parum cerè vrget. Sciunt enim omnes, quàm sibi Papinianus placuerit in ea loquendi ratione, quæ à vulgaribus aliorum etiam prudentum verbis abhorreret. Neque facit ea res locum valde obscurum cum alia nulla actio esse possit præter hereditatis petitionem quæ & honorum vniuersitatem continere, & bonæ fidei iudicium esse posset: Præsertim cum Papiniani temporibus nemo esset tam parum in iure versatus, qui posset credere vindicationem esse bonæ fidei siue post oppositam doli exceptionem. Paris ponderis est alia illa obiectio, quod si de petitione hereditatis Papinianus intellexisset, non dixisset *constituo* sed vel *instituo* vel *proposito*. Nam æquè eleganter dicere potuit *constituo*. Siquidem bonæ fidei iudicium constituitur, cum instituitur, accedente scilicet autoritate iuris ad voluntatem actoris. Alius non valde dissimilis, cerè perinde improbabilis error fuit Iacobi Cuiacij, quod existimauit arbitraria iudicia licet neque bonæ fidei sint, neque stricta, fieri tamen ex strictis. Quem nos errorem alio loco refellemus. Restat ut aduersus eundem Cuiacium dicamus de sententia *l. 3. C. de except.* Non enim Cuiacij duntaxat, sed cæterorum quoque ferè omnium interpretum vox illa est, Bonæ fidei iudicium replicationes doli inesse.

CAPVT XIX.

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudicij inesse existimantur. Ad l. 3. C. de except.

SVMARIA.

- 1 *Replicationum & exceptionum differentia.*
- 2 *An quemadmodum doli exceptiones ita & replicationes bonæ fidei iudicij insunt.*
- 3 *Exceptionem quæ bonæ fidei iudicio non inest & tamen in eo opponitur euertere & destruere iudicium bonæ fidei.*
- 4 *Exemplo res declaratur.*
- 5 *Quando locus sit doli replicationi?*
- 6 *Exemplo declaratur quemodo doli replicatio opposita bonæ fidei iudicium faciat.*
- 7 *Cur doli exceptio bonæ fidei iudicium non facit, quod ab initio non fuit?*
- 8 *Replicationem doli eo demum casu bonæ fidei iudicium facere, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit constitutum.*
- 9 *Reiicitur ratio à Cuiacio allata pro responso d. l. 3.*

Replicationes nihil aliud sunt, quàm exceptiones: in hoc tamen ab exceptionibus differentes, quod à parte actoris veniunt. Sæper enim replicatio idcirco obiicitur, ut exceptionem impugnet: Cumque omnis exceptio & replicatio elusoria sit, exceptio actorum excludit, replicatio reum *leg. 2. D. de except.* Hinc præceptis errandi occasio non vulgaribus duntaxat interpretibus, sed etiam doctissimis plerisque viris, imò ni fallor omnibus. Nam cum certissimi iuris sit doli exceptiones bonæ fidei iudicij inesse, ut disertè scriptum est *l. sed & si 21. D. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1. l. si cui 71. §. 1. D. de iur. eadem iuris & æquitatis ratione fieri putarunt, ut doli replicationes credi debeant etiam inesse, quasi nihil hac parte replicationes ab exceptionibus distent. Ac quoniam nouum non est, ut opposita doli replicatio iudicium bonæ fidei faciat, quemadmodum ait *leg. 3. C. de except.* Inde visum est eandem doli exceptionis potestatem*

statem esse debere, ut bonæ fidei iudicium faciat, quod alioqui esset strictum. Ego contra sic statuto, doli exceptiones inesse bonæ fidei iudicij, Replicationes non inesse: Replicationes tamen doli facere bonæ fidei iudicium. Exceptiones non item. Moueor primum, quia quod in libris nostris scriptum est de exceptionibus doli, eas inesse bonæ fidei iudicij, nusquam similiter de replicationibus scriptum est, Et è contrario quod de replicationibus proditum legimus, facere eas iudicium bonæ fidei, nusquam de doli exceptionibus traditum reperitur. Sed multo magis me mouet ratio ipsa iuris, quæ mihi præcipua, & suprema lex est, semperque fuit, & erit. Nam si verum est quod diximus ex *l. 2. D. de except.* replicationi nunquam locum esse posse nisi præcedente exceptione, & replicationis visum illum esse ut exceptionem impugnet, consequens est, ut cum replicatio obiicitur, nullum iam amplius bonæ fidei iudicium sit, cui possit ea replicatio inesse. Exceptio enim quæ bonæ fidei iudicio non inest, euerit, & ut ita dicam destruit iudicium bonæ fidei, quia non potest videri ex bona fide agere is, qui iusta exceptione repellitur, nec bonæ fidei iudicium superesse cum exceptio quæ actori obstat, talis est, quæ ipsi iudicio non insit. Finge cum cui centum ex causa venditi debebantur, pactum fuisse de non petendo, & quidem ex interuallo. Nemo dixerit pacta ex interuallo facta de re ad contractus naturam non pertinente, inesse bonæ fidei iudicij, licet non eo minus vtilia sint ad producendam exceptionem *l. iuris gentium 7. §. quiniimo & §. adco D. de pact.* Ergo pacti exceptio necessaria erit emptori ad repellendum venditorem precium ex vendito petentem. Cum autem erit opposita, desinet iudicium esse bonæ fidei, quia naturalis & ciuilis illa æquitas quæ faciebat ut emptorem venditori ex bona fide condemnari oporteret propter conuentionem, contraria conuentionis contraria æquitate dissoluitur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis. D. de solu.* Nam & pacta seruari æquum est, quæ nec sunt contra leges nec contra bonos mores. Si exceptio talis esset, quæ bonæ fidei iudicio inesse posset, ut puta pacti incontinenti appositi, & rebus omnibus integris, de que re ad contractus naturam pertinente, non esset necessaria exceptio, quoniam æquitas iudicij citra exceptionem ad id quoque produceretur quod pacto comprehensum esset: Nec proinde replicatio locum habere posset, quandoquidem ut dixi exceptionem præcedere necesse est ut replicationi locus esse possit. Etenim quæ æquitas posset inducere replicationem ad excludendam exceptionem si locus esset obiiciendæ exceptioni, ea facere debet, ut nihil esse videatur, quod æquitate iudicij ex parte rei sit vindicandum. Itaque condemnandus est reus hoc casu, non quasi ex replicatione, sed ipsius actionis iure, quasi nullam habens pro se defensionis & exceptionis æquitatem. Denique cum ad idem iudicium exceptio ex parte rei, & replicatio ex parte actoris accommodetur, non magis potest fieri ut eidem iudicio bonæ fidei insit exceptio pacti, aut alia ex parte rei, & replicatio doli ex parte actoris, quam ut idem ipsum ius & æquum sit & iniuriam. Tunc ergo replicationi doli locus est, cum exceptio præcedit quæ actoris quantumque bonæ fidei iudicio agentis intentionem excludat, non ipsa iudicij æquitate, sed proprio auxilio, & separato à contractu. Hoc verò cum fit, sicuti tota potestas iudicij bonæ fidei elidebatur per extrinsecam exceptionem, Ita exceptionis vis & æquitas elidenda est per replicationem, Ea verò elisa quid superest nisi ut iudicium bonæ fidei quod per exceptio-

nem euersum videbatur restauretur, & redintegretur? Hoc igitur nimirum est quod ait *d. l. 3. C. de except.* Nam *replicatio doli opposita bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit*. Finge pactum illud de non petendo quod supra diximus à venditore factum ex interuallo, fuisse extortum per dolum. Exceptio pacti, quæ iudicium bonæ fidei euerit, elidetur ipsa per doli exceptionem, atque ita cum perinde futurum sit ac si opposita non fuisset, quia replicatio datur non tam ad eam perimendam quàm ad excludendam, supererit iudicium venditi saluum & integrum, cuius potestate reus condemnatur quasi nulla exceptione subnixus, nec que insit iudicio bonæ fidei, nec que extrinsecus peti possit. At non idem de doli mali exceptione dici potest, ut bonæ fidei iudicium faciat quod ab initio non fuit, quia in hoc ipsum competit exceptio ut actionem excludat. Exclusa autem actione tantum abest, ut fieri possit bonæ fidei iudicium, quod ab initio fuit strictum, ut neque strictum neque aliud vllum iudicium superfit. Neque enim sine actio ne iudicium vllum exerceri potest, neque admissa exceptione alia possunt esse partes iudicij, nisi ut actorem condemnet quasi agentem sine actione. Et si enim actionem aliquam ipso iure competere necesse est ut exceptioni locus esse possit, tamen ex quo admittitur exceptio est, nulla actionis ratio haberi potest, non magis quàm si nulla ipso iure vnquam competiisset. Non igitur eadem exceptionis, & replicationis ratio esse potest ad bonæ fidei iudicium constituendum. Et quæ amuis eadem esset ratio, non tamen inferre posses, Exceptionis doli eam vim esse debere, ut ex iudicio stricto faciat iudicium bonæ fidei, quia nec replicationis doli ea vis esse posset. Nam quod dicimus replicationem doli facere bonæ fidei iudicium, ad eum duntaxat casum pertinet, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit constitutum ut in specie *d. l. 3. C. de except.* vbi agitur de iudicio tutelæ, Si enim poneres actum fuisse ex stipulatione, oppositam autem stipulatori exceptionem pacti, quæ per doli replicationem elidi possit, Non nisi absurdè dixeris, iudicium ex stipulatu quod stricti iuris est, euasurum in bonæ fidei iudicium propter oppositâ doli replicationem. Quid enim aliud facere potest replicatio, nisi ut elidat exceptionem? Elisa verò exceptione quid superest nisi ut actio talis maneat, qualis erat ante oppositam exceptionem? Atqui erat stricta & ex stipulatu. Manet ergo stricta, quia & ex stipulatu actio semper est. Quæ cum ita sint, non erat cur Cuiacius miraretur, & quereretur, quorsum *Imp. in d. l. 3.* dixerit, per doli replicationem constitui iudicium bonæ fidei, cum de actione tutelæ tractaret, quæ ipsa per se bonæ fidei est. Illa verò multo ineptior ratio est, quam pro responsione subiicit, cum ait non fuisse quidem in ea specie necessariam exceptionem, nec replicationem, cum bonæ fidei iudicium esset, sed tamen si exceptio vel replicatio doli opponatur, iam actionem ipsam non tam per se quàm per exceptionem vel replicationem bonæ fidei constitui. Debit ex contrario dicere, fuisse necessariam pacti exceptionem, cum de pacto ageretur, quod non poterat videri pendere ex contractu, quando nec actio ipsa tutela nascitur ex contractu, sed ex quasi contractu, nec proinde inesse actioni bonæ fidei à qua esset omnino separatum. Non enim sicut omnes doli exceptiones insunt omnibus bonæ fidei iudicij, ita & exceptiones omnes pactorum. Huiusmodi autem exceptione contra bonæ fidei actionem admittitur, atque ita euerit iudicio bonæ fidei, necessariam fuisse doli replicationem, quæ exceptiones

facti vires subuerteret: quibus subuersis iudicium pristinum, quod per exceptionem, sublatum videbatur, restitui, & quidem tale quale antea erat. Ergo bonæ fidei. Quod cum fiat viribus, & potestate replicationis, non malè dicitur per replicationem doli constitutum esse iudicium bonæ fidei, nempe quod alioqui nullum prorsus esset. Illud tamen omnino requiritur ut ab initio fuerit bonæ fidei, quia replicatio non tam illud constituit, quam restituit, nec proinde nouam ei naturam, & firmam ingerit, sed pristinam, qualis fuit, conseruat.

CAPVT XX.

Cur testamentum non valeat sine heredis institutione, nec institutio sine aditione.

SUMMARI A.

1. Non solum legis potestatem sufficere potuisse ut rei legata dominium a testatore in legatarium transferretur.
2. Sed necesse esse induci personam qua dominium habeat, heredem scilicet qui defuncti domini personam representet.
3. Rei tamen legata dominium a testatore relictam in legatarium interueniente scilicet heredis persona transferri.
4. In quo eluceat legis potestas qua totum ius testamentorum introduxit?
5. Rei legata dominium facilius heredi adimi, quam ab eo transferri.
6. In quo differat lex à natura.
7. Ratio persona heredis ad validitatem testamenti quam uerit?
8. Domini continuationem non translationem illam esse qua fit à testatore in heredem.
9. Cur testatoris & heredis una eademque persona esse credatur?
10. Dominum haberi non posse nisi continuatione aut acquisitione.
11. Cur legis potestate factum non sit ut dominium legati in legatarium continuaretur, non autem transferretur?
12. Licet unus testatoris plures sint heredes, non ideo minus singulos pro sua portione defuncti testatoris personam representare.
13. Cur uno herede repudiante, aut pluribus, repudiantium portiones coheredi qui solus adijt, vel inuito adcrecant.
14. Necessariam esse aditionem ad hoc ne legata intercidant.
15. Cur hereditas non heredis, sed defuncti personam representet?
16. Ad heredis ius inducendum necesse fuisse hereditatem induci in necessarium amecedens.
17. Cur in suis & necessarijs heredibus nulla sit hereditas nulla aditio, nulla delatio, & cur in extraneis secus obtineat?

Quoniam fieri non poterat ut qui dominus non esset, dominium transferret, necesse fuit lege duodecim tabularum induci facitionem testamenti, siquidem qui testatur, voluntatē suam declarat, de eo quod post mortem suam fieri uelit. *l. i. D. qui testa. fac. & poss.* & consequenter voluntatis suæ effectum in id tempus conferit, quo non erit amplius dominus, quod ex ratione iuris non fit nisi inutiliter. *l. Stichus 39. D. de manum. testam.* Neque tamen sola illa legis potestas sufficere potuit, ut si quid fortè testator legasset, domi-

nium rei legata à testatore in legatarium transferretur. Omnis enim translatio domini necessariò requirit esse aliquem à quo dominium transferatur, & esse alium in quem transferatur. Porro sicuti non in alium transferri potest quam qui non erat ante dominus, semel enim dominus magis dominus fieri non potest. *l. non ut pluribus 159. de reg. iur.* ita nec ab alio, quam ab eo, qui illo ipso instanti quo translatio fit, dominus reperitur. Inde fit ut cum testator, qui quandiu vixit dominus fuit, morte amiserit dominium, ut & cetera omnia, nequeat translatio illa fieri mortuo testatore, quia qui mortuus est nullus est, unde illud quoque euenit quod nostri dicunt, Orcinum libertum nullius libertum esse, quia defuncti libertus est. Et quia admodum uiuo testatore dominium non potest transferri in legatarium, quòd nullus dum eotempore sit legatarius in quem transferatur, ita nec testatore mortuo quia nullus tum amplius testator sit, qui transferat. Et sicuti testator uiuus rei suæ dominium transferre noluit cum posset. Ita nec mortuus potest, tamen si uiuus uoluerit. Denique vno casu deficitur voluntate, alio potestate, ut & in specie *l. quous 9. D. de hered. insti.* Cum tamen ad dominium transferendum & voluntatem & potestatem transferendi concurrere oporteat. *l. multum interest 6. C. si quis alter. vel sibi.* Nec uero lex vlla facere inquam possit, ut dominium à non domino in non dominum transferatur. Ergo ut is cui legatus est fundus, fiat fundi dominus, necesse est induci personam, qua dominium habeat. Eam uero personam, cum defuncti esse nequeat, qui, ut dixi, nullus est, talem esse oportet, ut defuncti personam representet, quandoquidem qui defunctus est, uerè quandiu vixit, dominus fuit. Hinc scilicet ductum est ius & nomen heredis, cuius persona eadem esse creditur, qua defuncti, propterea quòd eiusdem legis potestate, qua legandi potestatem fecit, succedit ille in omnia iura qua defunctus habuit, aut illud ipsum idemque numero dominium succedendo nanciscitur, quod fuit morientis testatoris. Dato enim herede, id est ut nomen ipsum sonat, domino *§. ult. Inst. de hered. quali. & differ.* iam est persona cui lex dominium rei legata possit adimere, ut transferat in legatarium. Dices, rei legata dominium non ab herede, sed ab ipso testatore transire relictam in legatarium, quasi numquam factum heredis. *l. a Titio 64. D. de furi.* Fateor, sed id dico fieri propter interuenientem personam heredis, qua si non esset, translatio illa fieri nullo modo posset. Et si non transfertur dominium rei legata in legatarium ab herede, quia nunquam censetur fuisse heredis, cum perinde legatum faciat legatarij rem legata, ut hereditas heredis res singulas. *l. legatum 30. de legat. 2.* [siquidem utrumque manat, & pendet ex eadem legis potestate] heredis tamen persona ad hoc necessaria est, ut sit cui adimi possit dominium eo tempore, quo transferendum est in legatarium. Translatio namque fit in instanti, nec patitur medium & vacuum tempus vllum esse inter illud instans quo dominium ex vna parte amittitur, & in illas quo ex alia parte comparatur. Ex quo apparet miram illam legis potestatem qua totum ius hoc testamentorum introduxit, non eo solo elucere, quod permiserit homini de alienis quodammodo rebus testari, id est de suis quidem, sed in id tempus collata dispositione quo non sit ipse futurus dominus: nec rursus in eo duntaxat, quòd præterea & hereditatem & heredis persona induxerit, qua defunctum representaret, sed in eo maxime quòd inducta heredis persona, ut esset cui dominium adimeret, nullum tamen heredis

heredis factum requirit ad dominium transferendum, sed solo testatoris facto contenta est: utpote in consequentia necessariam, ita iam constituto iure ut testatori liceat de rebus suis disponere in id tempus quo erit mortuus, itemque ut heres eadem persona sit cum defuncto cuius factum idcirco non solum improbare heres nequeat, sed & perinde habendum sic ac si ipse heredis factum esset. Quod si rursus obicias non magis fieri posse ut dominium rei legata quòd non magis fieri potest, ipsi adimatur, quam ut ab eo transferatur, [transferri enim potest iam nequimus] respondebo imò facilius adimi, quam transferri. Transferri enim non potest nisi quòd iam fuerit quaesitum, hoc ipso, quòd impeditur acquisitio qua aliquo modo & ipso iure contingeret. Nec mirum uideri debet hanc ademptionis formam lege & iure constitutam esse, cum eadem lex illa sit qua huiusmodi acquisitionis genus introduxit: cumque in eo lex differat à natura, quòd lex operatur in instanti, natura autem, quia factum requirit, non nisi in tempore, quis miretur eodem instanti fieri, ut & heres quis sit, & dominium rei legata, quòd alioqui ad heredem ex causa hereditaria, & cum vniuersa hereditate perueaturum esset, transferatur à testatore in legatarium? Cæterum adimi legatum heredi, nec tamen ab herede ipso transferri, apparet ex elegantia illa definitione legati à Iureconsulto tradita in *l. legatum est, de leg. 1.* que habet nihil aliud esse legatum, quam delibationem hereditatis, cum ex eo, quòd vniuersum heredis foret, aliquid collatum quid testator uoluit. Itaque persona heredis necessariò inducenda ad validitatem testamenti ratio alia non fuit, quam ut testator ipse à quo fit domini translatio per legem, propemodum alius uiuere crederetur: superflite nimirum, qui ipse personam representaret, ne quicquam deesset, cuius defectu translatio impediretur.

Virgebis fortasse dominium ipsius hereditatis transire à testatore in heredem sola legis potestate, neque in eam rem aliam induci personam, qua defunctum representet, ne in infinitum res abeat, si heredis vnus habendi gratia alium heredem fieri oporteret, qui defuncti personam representaret. At non respondeo domini continuationem esse non translationem illam que fit à testatore in heredem, quoniam testatoris & heredis una eademque persona esse intelligitur: Translatio autem ne intellectu quidem percipi potest, nisi ab vna persona ad aliam. Cur autem testatoris, & heredis una eademque persona esse credatur, non illa solum ratio est, qua ex superioribus colligitur, quòd ita induci necesse fuerit ut legata ceteraque testamento relicta valerent, sed etiam ne aliter posito iure eueniret, ut morte cuiusque bona statim quasi nullius facta fierent occupantis, atque ita inferretur iniuria non modò creditoribus, sed alijs etiam omnibus, ad quos aut ex voto, aut aliqua miserationis, vel successionis ratione bona peruenire debuissent. Cessante .n. modo transferendi domini, propter eas rationes quas attulimus, sola supererat ratio continuationis, qua impediret, ne dominium iacens uideri posset, ut dixi, esse non potest ubi plures sunt persone. Indèque nimirum euenit, ut si de intestati successione quaeratur, non alia ratio reddi debeat propter quam heredem aliqum esse necesse sit, qui defuncti personam representet non secus ac condito testamento licet eo

casu de legatis quaeri non possit. At rursus, instabis, Quidni uero legis potestate factum est ut dominium legati continuaretur in legatarium, non transferretur? Iam respondi non posse continuationem fieri, nisi cum vna eademque persona est. Atqui testatoris & legatarij persone sunt diuersæ. Vnus .n. testator est: plures uero possunt esse legatarij & re & uerbis disiuncti, quo casu quot legatarij, tot sunt legata: Et præterea legatarij etiam si maxime vnus, & solus sit, non in vniuersum ius defuncti succedit, sed in tantum quòd ad rem legata pertinet: cum tamen si eadem persona eilet, eadem ipsa omnino iura habere deberet, qua defunctus habuisset. Eadem enim persona, ut quid habeat, & non habeat, fieri nullo modo potest. Replicabis, Posse similiter vnus testatoris plures esse heredes. Fateor, sed tamen non ideo minus representant singuli vnus defuncti personam pro sua quisque portione quoniam vna tantum hereditas est, qua priusquam adiretur, eiusdem defuncti personam representabat, licet ubi diuisa est inter plures heredes, tot sint hereditates quot sunt portiones hereditariae, qua hereditas quid homogeneum est, aut potius vniuersale, cuius partes æquè vniuersales esse, id est in vniuerso consistere necesse est. Vnde illud quoque fit, ut vno herede repudiante aut pluribus, repudiantium portiones, coheredi qui solus adijt vel inuito adcrecant. Non ratione illa qua vulgo adferri solet, ne quis parte testatus & pro parte intestatus decessisse videatur [quid enim si paterfamilias intestatus decesserit?] Sed quia fieri nequeat ut non sint qui personam defuncti in totum & in solidum representent, si quis vel minima ex parte representet. Hominis .n. persona indiuidua est, licet ius ipsum hereditatis, per quod representatio illa inducitur, diuisionem recipiat ex portionibus hereditariis, quia sicut fieri non potest, ut quis alterius personam solus & pro parte duntaxat representet, ita nec illud, ut vnus eiusdemque hominis personam plures in solidum representent. Cæterum ex eo quòd diximus non posse valere testamentum, in quo heres nemo institutus sit, illud etiam fit, ut necessaria sit aditio ad hoc ne intercidant legato qua testamento relicta sunt. Non .n. institutio illa est, qua heredem facit, sed aditio, qua quandiu secuta non est, uerè dicitur neminem esse qui defuncti personam representet, & cui dominium possit adimi, ut à testatore in legatarium transferatur. Itaque institutio facit testamentum, sed aditio confirmat, sine institutione testamentum nullum est, sine aditione delituitur testamentum, quòd fuit, & ab initio ualuit. Apparet etiam ex superioribus, cur constitutum sit ut hereditas non heredis sed defuncti personam representet. Nam cum heredis persona ante aditionem non solum nulla sit, sed etiam eius qui per aditionem aliquando futurus est, incerta, quia nescitur quis heres, at nec an vllus futurus sit, fieri non potest ut ad inducendam domini continuationem, qua prorsus necessaria est, personam heredis ratio vlla habeatur cum dominium non magis incerti, quam nullius hominis esse possit. At defuncti persona licet reuera nulla sit, tamen aliquando fuit, & quantum fuerit tam certum est, ut ad continuandum in ea dominium sola fictione opus sit, que inducat ut ea persona, quasi adhuc esset, representetur. Circa personam futuri heredis qua semper incerta est, nihil fingere lex potest propter incertitudinem, quia non minus lex quam homo futurus se ignorat. Inde illud etiam factum est ut ad heredis ius inducendum, necesse fuerit induci hereditatem in necessariu antecedens, ut coniungi aliquando possent instantia

mortis & aditionis, Ne si vel minimo vlllo instanti intermedio, dominium nullius fuisse videretur, posset fieri occupantis, nec ratio aliqua superesset aut continuandi eius aut transferendi in heredem. † Hinc denique illud proficiscitur, quod in suis & necessariis heredibus, nulla est hereditas, nullaque hereditatis aut aditio aut delatio, quia cum statim, & ipso iure sint heredes continuatur in eos dominium, nec indigent auxilio illo quæ ceteri heredes, vt domini fiant *l. in suis 11. D. de lib. & posth. l. in suis 14. D. de suis & legu.* Quod similiter ad extraneos heredes porrigi non potuit, quib. vtique iniuria fieret si statim & inuiti heredes

efficerentur, & alterius personam quam nolent præsentare cogeretur, quantumuis locuples esset hereditas *l. 4. D. ad S. C. Trebell.* Suis heredibus nulla fit iniuria cum iam viuo patre sine quodammodo domini, Dominium autem semel acquisitum facile continetur, & sua sponte duret acquisitum. Seruis vero multò minus, quandoquidem quod ad ius civile attinet, pro mortuis & nullis habentur *l. quod attinet 27. de reg. iur.* Bonique consulere debent, quod per hanc necessaria successionis rationem consequantur libertatem iamque aliqui esse incipiant qui antea erant nulli.



NOBILISS. ET CLARISS.
VIRO FABRICIO DE SCAEVA
IN TAVRINENSI ACADEMIA VESPERTINO
Iuris Ciuilis Professori celeberrimo,

ANTONIUS FABER S. P. D.



N non verò dignus tibi videor, doctissime Fabrici, cui tu posthac credas liberaliter, qui sum adeò diligens in fide vt vides, liberanda? Tamen cito, inquit, qui tam diu debes? At ego cum meam ostendo diligentiam, non ad contracti debiti tempus respicio, quo vix aliud vllum mihi antiquius, sed ad eam diem quam tu à me pro tua facilitate longiorem solutioni dictam esse voluisti. Memini enim cum tertio ab hinc anno Ioannem Antonium fratrem meum suauissimum ad scholam tuam proficiscentem tibi per literas commendarem, eique cum literis Coniecturarum mearum libros ad te perferendos traderem; recipere me facturum, vt si quid vnquam in hoc scribendi genere prestare possem ornatius, & elegantius, id in perpetuum arctissime necessitudinis nostre monumentum nomini tuo aliquando inscriberetur. Te verò fidem meam secutum, ab eo tempore, quasi pro iam facto haberes, quod fieri iam pridem debuerat, non destitisse facere omni officiorum & beneficiorum genere, vt ego fraterque meus intelligeremus quam grata tibi futura esset exhibitio hac studij erga te mei. Quamquam vereor non mediocriter, ne non sint hac eiusmodi vt eorū præstatione videar fidem exsoluisse. Sum enim mihi conscius quam aliena sint ab ea scribendi ratione quam ego tunc orationem pollicebar. Tuo mihi in eam rem ingenio, mi Fabrici, tuoque ocio opus esset. Nam quæ à te prælectionibus tam eruditè, subtiliter, & eleganter enarrandis assidua cura impeditur, etsi parum tibi ad scribendum ocij relinquit, quàm tamen non librorum sed voluminum, non Coniecturarum sed sententiarum certiorumque interpretationum materiam præbere posset, si vel iis ipsis verbis quibus à te recitantur, in publicum eas exire patereris. Ego verò nullam nisi libris, & iurgis forensibus tractandis operam nauando, quid aliud possum assequi nisi vt quantum mihi ex quotidiana iudiciorum exercitatione accedit molestia, tantum de scriptorum meorum elegantia, & subtilitate, si qua tamen vnquam fuit detrahatur. Patere obsecro vt istam quæ tantopere te delectat, quàmque semper in votis habui, iuris docendi artem & professionem tibi inuideam, Aut vt mihi liceat quasi aliud agenti interdum etiam ineptire. Sed ea tamen lege (quod te iterum atque iterum rogatum & exoratum volo) vt rescribas cum erit commodum, quid tu à me subtilius, quid etiam ineptius tractatum putes. Etsi enim id ago vt me amicissimum tibi que deuotissimum, potius quam vt acutum iuris interpretem agnoscas, Erit tamen mihi non modo peroptatum sed etiam gloriosum, quem aliquando habui condiscipulum, nunc habere magistrum. Bene vale, mi Fabrici, & Fabrum tuum planè Fabricianum, vt facis ama. Dat. Cambr. 4. Cal. Maias 1597.

ANTO



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS ET IN
GEBENNENSIS DVCATVS AV-
ditorio Præsidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber decimus quintus.

CAPVT I.

De iudiciis bonæ fidei, strictis, & arbitrariis generalia quædam, nec minus tamen singularia.

SVMMARIA.

- 1 Personales tantum actiones proprie ac partite loquendo actiones dici posse.
- 2 Ex actionibus in personam fieri condemnationem, ex iis que in rem sunt non item.
- 3 Quomodo in actionibus in rem iudex pronuntiare debeat?
- 4 Alia differentia inter personales & reales actiones, ratione temporis quod conuenit & iudicatis conceditur.
- 5 An quia in vindicatione rem conuenitum si non possidet iudex absolueret, possessorem condemnare possit?
- 6 Non quemadmodum absolueret quisquis condemnandi facultatem habet, ut vicissim condemnandi ius habere, quisquis potest absolueret.
- 7 Declaratur l. pen. ff. de confess.
- 8 Quo pertineat vulgatum illud iuris axioma, iudicia omnia absolutoria esse?
- 9 Præstationes variè pro negotiorum & actionum natura in condemnationem in personalibus actionibus deduci.
- 10 Præstationes quæ ex bonæ fidei iudicis sunt, ab obligationis iure separandus esse.
- 11 Præcipua dissimilitudo inter stricti iuris & bonæ fidei iudicia.
- 12 Quod naturales accessiones post litis contestationem in strictis iudicis præstantur, non aliqua iuris ratione constitutum, sed vulgo receptum esse.
- 13 Cur non item ea parte in iuris quod in fructibus receptum sit?
- 14 Refellitur Pragmaticorum sententia existimantium hodie passim à lue contestata tam vsuras quam fructus in strictis iudicis peti & adiuuari.
- 15 In arbitrariis iudicis condemnationem iure obligationis fieri non posse.
- 16 Quo iure condemnatio in illis fieri possit?
- 17 Explicatur arbitrariarum actionum definitio à Iustiniano tradita.
- 18 Sententiam l. qui restituere ff. de R. V. ad omnia interdita & actiones tam in rem quam in personam ex quibus quid arbitrariis iudicis non restituitur, pertinere.
- 19 Verba illa d. l. in fin. ex quibus quid arbitrariis iudicis restituitur adiecta negatione legenda esse.
- 20 Alia coniectura ad verbum illud restituitur.
- 21 Iudicia arbitraria vberissimas & plenissimas præstationes recipere.
- 22 Formulas dandorum iudicium pro iudiciorum differentia aliter atque aliter concepisse solitas fuisse.

*V*m nihil aliud sit actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, indeque fiat vt ex obligationibus actiones tanquam effectus ex causis producantur apparet personales tantum actiones proprie ac partite loquentibus actiones dici posse. Nam que in rem comparata sunt directæ vindicationes, non ex obligatione proficiscuntur, sed ex eo quod & dominus sit is qui agit. Et qui conuenitur, siue possessorem proponas, sine nudum detentorem, restituendæ rei quæ petitur habeat facultatem. Nec aliud de hypothecaria iuris est, licet non competat nisi propter rem pignori obligatam. Illa enim obligatio afficit equidem rem ipsam quæ petitur, sed non personam quæ conuenitur. Cuius conueniendæ nec alia ratio est, quam quia possidet. † Inde sequitur differentia perelegans inter actiones quæ in personam, & eas quæ in rem sunt, quod ex illis sit condemnatio, ex his non item. Qui enim obligatus est ad aliquid dandum vel faciendum, vt id ipsum det vel faciat condemnandus est. Is verò qui nullo modo obligatus est, tamen si rem siue alienam siue alteri obligatam possideat quomodo aut ad quid fieri potest vt condènetur? Itaque in rem actiones magis proprie appellamus petitiones si merè in rem sint, aut persecutiones si in personam quidem scriptæ sint, sed ad rem ipsam consequendam *l. actio 28. D. de oblig. & act. iunct. l. nihil aliud 51. eod. l. pecuniæ 178. §. actionis. D. de verb. sign.* † Quid ergo? Pronunciare iudex debet petitam rem esse aut in petitoris dominio, aut petitori obligatam, atque ita iubere vt eam possessor cum fructibus restituat. Si non pareat, tum demum condemnatio fit propter accessiones & fructus perceptos à tempore iudicati, de quibus nihil pronuciari tunc potuit cum iudicatum est. Nā quod ad rem ipsam attinet ne tum quidem vlla sit condemnatio, cum si reus eam habeat, manu militari ab eo auferenda sit officio iudicis, & possessio in victorem transferenda. Planè si non possit restituere siquidem dolo fecit quominus possit, is quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione iurauerit condemnandus est. si verò nec possit restituere nec dolo fecerit quominus possit, non plures quam quanti res est, id est quanti reuera aduersarij interfuit *l. qui restituere 68. D. de res vind.* Quamquam is locus mihi valde suspectus est, & Tribonianum ni fallor magis quam Vlpianum nostrum redolens, vt ex iis que sequenti fortassis libro dicemus, intelligetur. † Inde illa etiam manat differentia, quod iis qui personali actione conuenitur

5 sunt, & cōdemnati, dilatio datur à lege & à iudice legem exequente, intra quam satisfaciunt iudicato, Posterioribus autem restituere rem iussis non item, nisi ex magna causa adeoque praestita satisfactione §. *si in rem Instum. de off. iudic.* quia non aliis quam iis qui cōdemnati sunt ea dilatio danda est, vt explicauimus libr. 7. capit. 1. Isti autem non sunt cōdemnati.

6 † Dicat aliquis, si is qui vindicatione conuentus est non possideat, alias iudicis partes esse non posse quam vt reum absoluat d. §. *si rem.* Cur non ergo possessorem condemnabit? Siquidem dici solet eius esse condemnare cuius est absolueret. † Respondeo, quod ante me fortassis nemo dixit, non sic conceptam esse iuris regulam vt condemnare possit quisquis potest absolueret, sed ex contrario, vt nemo qui condemnare potest, absolueret etiam non possit leg. *nemo 37. de regul. iur.* id est vt qui damnare potest, is absolueret quocumque potestatem habeat, quomodo Paulus loquitur in leg. 3. *Digest. de re iudic. facit leg. penult. Digest. de confess.*

7 † Vbi Africanus quaerit, si cum fideicommissum peteretur, heres confessus sit debere, & arbiter ad restituendum datus compererit nihil deberi, an possit heredem absolueret. Et ait si ex ea causa nihil debeatur, quia testator forte soluendo non erat aut quod heres omne solutum esse apud Praetorem dixerat, cumque conuentionia & computatio difficilior esset arbiter datus fuerat, saluo officio eum absolutum: has enim partes eius esse vt si in computatione nihil interueniat, possit absolueret. Nec est contrarium quod ibidem addit, Si ex causa compererit arbiter nihil deberi quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolueret sed ad praetorem potius remittere vt absolueret. Id enim fit, quia non ad id arbiter datus fuerat, vt de fideicommissio cognosceret an deberetur, aut vt heredem condemnaret, sed in id duntaxat vt fideicommissum restitueretur, quod heres confessus in iure fuerat deberi. A quo tempore cum iam pro condemnato reus haberetur leg. 1. *D. ead. consequens* erat vt condemnari amplius non posset aut absolui, praesertim ab eo qui non nisi in executione quali iudicati arbiter datus esset, Praeterea eo casu quo absolui in iudicati executione etiam condemnatus potest, id est si satisfecerit, aut nihil sit quod facere amplius possit. Ceterum non quemadmodum absolueret potest quisquis condemnandi facultatem habet, ita vicissim possit dicere condemnandi ius habere, quisquis potest absolueret. † Eoque fortasse spectat quod vulgo antea dicebatur, iudicia omnia esse absolutoria, vt intelligeremus non similiter omnia esse condemnatoria, id est in omni iudiciorum genere absolui reum posse, non aequè condemnari, cum quaedam essent in quibus condemnationi locus fieri nullo modo poterat, illa nimirum quae super petitionibus & in rem actionibus non super personalibus praeterea arbitrariis exercebantur, si arbitrio iudicis rem restitui iubentis parere reus vellet. Tamen si non ignorem alio sensu nec fortasse tam probabiliter acceptum id fuisse à Iustiniano in §. *vtiam. Institut. de perpet. & tempor. actio* † Ita fit igitur, vt iudex datus in actione personali non facile semper sciat quid in condemnationem deducere debeat. Id ipsum enim quod in obligatione est, aliter atque aliter pro negotiorum natura, variisque circumstantiis aestimatur. Aliquando strictius obligationem metimur ex eo quod verbis tantum & disertè comprehensum est vt in verborum obligatione. Aliquando ex traditione aut factio & quatenus numeratum aut factum est, vt in mutuo & contractibus innominatis. Eamque ob

causam iudicia haec stricta aut quod idem est stricti iuris appellantur. Aliquando autem obligationem recipit pleniorē & largiorē interpretationem & ex bona fide vberiores admittit praestationes: Ita ferente & suadente qualitate negotij vt contingit in venditione, locatione, deposito, commodato, aliisque huiusmodi iudiciis, quae ob id bonae fidei iudicia dicere solemus. † Quamquam probabilius mihi videtur, vt praestationes, quae ex huiusmodi iudiciis fiunt, ab obligationis iure separari oporteat. Nam quod pleniores & vberiores esse solent, non fit ex natura obligationis, sed potius officio iudicis, Vt euenit cum agitur de soluendis vsuris precij ex venditione debiti siue propter moram siue citra moram in fructuum vicem & compensationem l. *Lucius. 47. §. vit. leg. qui per collusionem 49. §. 1. D. de act. emp. l. cur ab ut 5. Cod. eo. l. quero. 54. D. locati l. in bona fidei. 37. Cod. de vsur. l. quia tantumdem. 7. Digest. de negot. gest. † Itaque praecipua inter bonae fidei & stricti iuris iudicia dissimilitudo illa est, quod in strictis numquam fit condemnatio nisi ex iure obligationis, in aliis vt plurimum officio iudicis. quoniam & obligationis natura illa est vt iudicis officium admittit, Cui ex contrario in stricti iuris actionibus numquam locus esse potest, Ne quidem quod pertinet ad praestationes eius temporis quod sequitur litis contestationem. † Nam vt accessiones naturales eius temporis praesententur, non aliqua iuris ratione constitutum est, sed vulgo receptum quemadmodum Papin. loquitur in l. 2. *de vsur.* id est aequitate l. *videantur 38. §. si actionem eo.* quamuis aequitas illum iuris colorem habeat, quod quale quid est cum petitor tale dari debet dicit l. 2. Haberētque hodie actor fructus à tempore litis contestatae perceptos, si tum cum egit tradita ei res fuisset. Fructus enim ex fundo percepti ipsi fundo accepto ferendi sunt l. *in fideicommissariam 18. D. ad S. C. Trebell.* † Quare nec idem in vsuris quod in fructibus receptum est, quia non habet causam naturalem. Nec consequens est habiturū fuisse creditorem vsuras si pecunia pro contestatione accepisset, quia non sicut fructus ex fundo ita ex pecunia & natura vsurae percipiuntur, sed ex negotiatione, & iure vt scriptum est in *si nauis 62. D. de rei vend. l. vsura 121. D. de verb. sign.* ob idque nec causae appellatione continentur. Causam enim rei appellamus, id omne quod habiturus foret actor, si eo tempore quo iudicium accipiebatur restituta illi res fuisset l. *praeterea 20. D. de rei vind.* Quae tamen inter fructus & vsuras differentia nulla prorsus esse debet si in hoc quoque iudiciorum genere officium iudicis propter moram induceretur. Neque enim minus moram contrahit qui pecuniam, quam qui fundum quem praestare debuit retinere litemque de ea re sine ratione contestatur. † Quod à pragmaticis nostris non animaduersū erroris materia iis praebuit, induxitque vt hodie passim à lite contestata non minus vsurae quam fructus etiam iudicis strictis, & petatur, & adiudicetur, cum tamen fructuum fauorabiliorē quam vsurarum causam esse ex eo quoque appareat, quod in bonae fidei iudiciis fructus etiam citra moram debentur, vsurae verò non nisi post moram d. l. 38. §. *pen. de vsur.* † At in iudiciis quae nec bonae fidei sunt nec stricti iuris, sed arbitrariae, longè aliter seruantur. In illis enim non potest fieri condemnatio iure obligationis, cum nulla praecedat obligatio neque officio iudicis, quia officium iudicis necesse est vt versetur circa ea quae ad ius obligationis accedunt, siue ex natura negotij quo de agitur vt in bonae fidei iudiciis, siue ex vi contestationis, quae ipsa per se officium iudicis licet minus plenum solet inducere, praecedente obligatione aliqua*

ne aliqua vt in strictis. Proinde vbi obligatio nulla praecedat, sicuti nulla ex obligatione contestatio, ita nec iudicis officium sequi potest. Ad eod vt in bonae fidei quoque iudiciis quae vt diximus sic comparata sunt dei iudicio officium non modò admittant sed etiam implorent, si contingat ius obligationis perimi puta solutione eius quod in mera obligatione, nullus officio iudicis locus superfit dicit l. *qui per collusionem 49. §. 1. de action. emp.* † Quo igitur iure in arbitrariis fieri potest condemnatio? Arbitrio iudicis praecedente, quod obligationis vice fit, vt in vicè iustae obligationis succedat autoritas iubentis, quemadmodum euenit licet alio sensu & in dissimili specie in leg. 1. *C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* Nam quae ratio impedit ne officium iudicis implorari possit, non similiter impedit ne arbitrio locus sit, quippe cui inducendo sufficiat sola ratio aequitatis, nec obligationem subesse oporteat, quae tamen necessaria est ad officium iudicis inducendum. † Itaque elegat Iustinianus in §. *praeterea Institut. de action. arbitrarias* actiones definit illas, in quibus nisi arbitrio iudicis is cui agitur actori satisfaciatur veluti rem restituatur, vel exhibeat, vel soluat, vel ex noxali causa seruum dedat, condemnari debeat. Non ait arbitrarias idcirco dici quod in iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, vt plerique malè putant, sed in quibus non alia de causa sequitur condemnatio, quam quod praecedenti iudicis arbitrio non pareatur. Quid enim aliud facere possit iudex de ea re aditus quae nec obligatio vlla nec officio iudicis contineatur nisi vt arbitretur id dari aut fieri quod equum putet? Quid verò aequius quam vt iubeat te restituere rem quam videat petitoris esse non tuam, licet à te possideatur? aut quam tu ab aduersario per vim aut dolum malum extorseris? Quod si arbitrio parere nolis tum verò cōdemmandus es, & quidem officio iudicis cui scilicet contumacia tua locum facere coepit. † Nam quod supra diximus, Eum qui restituere iussus iudici non parat vel manu militari priuandum sua possessione si rem habeat, Vel si non habeat, dolo autem malo defuerit habere, condemnandum quanti actor sine vlla taxatione in litem iurauerit, sin dolo nullus interuenit, quanti reuera interest petitoris: Haec inquam sententia generalis est, & ad omnia siue interdicta siue actiones in re, siue in personam sint ex quibus arbitrati iudicis quid non restituatur, locum habet d. l. *qui restituere 68. in fin. de rei vindic.* † Vbi propter hanc causam lego addita negatione *non restituitur*, quia quoties arbitrati iudicis restitutio fit, cōdemnatio locus nullus relinquitur, nec consequenter de eo quod interest siue per iurandum in litem siue ex rei veritate aestimando, quaerendum est. † Nisi malis eo verbo *restituatur* id intelligere quod restitui iubetur, nec tamen restituatur: quae interpretatio si tibi arridere potest non prohibeo quin eam sequare, sed mihi sanè durior videtur quam vt admitti debeat. Perinde enim est ac si interpretareris *restituatur* id est *non restituatur*. quod ipsum quid aliud esset, quam aut delictare aut emendare, nisi malis totam illam clausulam esse Triboniani. Est enim mihi valde suspecta, vt iam sum praefatus.

21 † Porro vberimas & plenissimas praestationes recipiunt huiusmodi iudicia arbitraria, nec minus plenas quam ea quae bonae fidei appellantur: quia quantum in stipulatione valet expressa verborum conceptio, & in iudiciis bonae fidei bona fides, tantumdem potest & praestat officium iudicis in arbitrariis l. *quia tantumdem 7. D. de negot. gest.* Id enim est quod Iustinianus scribit in d. §. *praeterea*, in iis actionibus arbitrarias quas exempli loco proponit, & ceteris similibus permitti

iudici ex bono & aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Nimirum sicut in iudiciis bonae fidei sic concipiebatur formula, vt iudex datus omnia ex bona fide aestimare, & definire iuberetur, ita in arbitrariis eam formulam vsurpari solita esse certum est, vt iudici potestas fieret aestimandi ex bono, & aequo qua potissimum ratione actori consuli oporteret. † Constat. n. pro iudiciorum bonae fidei strictorum & arbitrariorum differentia aliter atque aliter concipi solitas dandorum iudicium formulas, propterea quod iudicibus à praescripto formulae in iudicando recedere non liceret: Formularum autem tam variè concipiendarum rationem ab ipsa negotiorum quae in iudicium deducebantur, diuersitate, variisque conditione manasse.

CAPVT II.

Actiones arbitrarias ex strictis fieri nunquam posse. Et obseruata Triboniani manus in l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ex superioribus petitur ad confirmandam auctoris sententiam.
- 2 Cur rei vindicationes siue directae siue vtilis quae à Iustiniano inter arbitrarias connumerantur, strictae dici non possint?
- 3 Eas actiones etiam initio inspecto arbitrarias dici posse.
- 4 In quo actio de eo quod certo loco differat ab actione ex stipulatu, & conditione certi ex mutuo?
- 5 An dua ille actiones adiecto loco arbitrariae fiant?
- 6 Explicatur l. i. ff. de eo quod cert. loc.
- 7 Verba d. l. i. visum est vtilem actionem in eam rem comparate, de arbitraria, non de vtili ex stipulatu accipienda esse.
- 8 Fieri non posse vt actio quae ex stipulatu competit ad exigendam in loco destinato solutionem, eadem ipsa sit quae contra eundem debitorem, vt alio loco soluat exerceatur.
- 9 In actione arbitraria de eo quod certo loco interdum euenire vt qui de illa cognoscit absolueret reum debeat.
- 10 Verba illa §. 1. l. 4. de eo quod cert. loc. cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, Triboniano potius quam Vlpiano esse.
- 11 Cur in d. §. 1. eo casu quo debitor pecuniam actori obtulit in loco solutioni destinato, eoque recusante accipere de posuerit cautioni locus esse amplius non possit?
- 12 An minus solenniter facta ob signatione seu depositione, praestanda cautionis necessitate onerandus sit?
- 13 Actionem quae ad solutionem in alio quam in destinato loco consequendam exercetur, strictam nunquam fuisse, sed origine arbitrariam esse.
- 14 Eam actionem *εὐπατριῶς* & magis proprie arbitrariam dici, alias vero singulas nomen proprium habere.
- 15 An actio quae datur contra heredem ad aliquid certo loco dandum vel faciendum, quo alio loco dare vel facere testamento iussus est, arbitraria an verò ex testamento actio dici debeat?
- 16 Pecuniam quam certo loco reddi conuenerat, alio loco non nisi per arbitrariam peti posse.
- 17 An actio quae aduersus constitutorem competit vt alio loco soluat quam in quem solutio fuerat destinata, sit arbitraria? vbi discutitur §. 1. l. si duo 16. de constit. pecun.
- 18 Iuris contrarium esse vt civiles actiones quantumuis vtilis Praetoris seruiant & subsidiariae sint.
- 19 Necessariam non fuisse in specie d. §. 1. vtilem aliquam

344

actionem siue civilem siue pratoriam de constituta pecunia, quasi Pratoria directa deficeret.

20. Cuiusmodi actionum tam directarum quam civilium, a Pratoris directis & vtilibus differantia.

21. Reprehenduntur Interpretes illi qui quatuor actiones arbitrarias esse propter loci adiectionem crediderunt, ex stipulatione, ex testamento, ex mutuo, & ex constituto.

22. Cur actiones quibus debitor etiam alio loco quam in quo solvere debuit conuenitur, per emphasim arbitrarias actiones appellentur?

Intelligi ↑ ex superioribus potest quam falsum sit quod vulgo plerique iactant, Actiones arbitrarias fieri ex strictis, id est inspecto initio strictas esse: postmodum vero euadere in arbitrarias. Nam si verum est quod diximus strictas aut quod idem est stricti iuris actiones ideo sic appellatas, quod ex stricto iure obligationis pendant, & aestimentur, Arbitrarias autem eo nomine donatas, quia cum ex nulla proficiantur obligatione non nisi ex procedente iudicis arbitrio inducere possint condemnationem, quam, obsecro, ratione fieri potest, ut actio quae primum fuit stricta, fiat aut sit vltimo tempore arbitraria? Non magis vti que quam ut vnam eademque actionem & aliqua precedat obligatio, & nulla. ↑ Et verò si ad vindicationes siue directas siue vtilis, aliasque huiusmodi in rem actiones respicias, quas Iustianus primo loco recenset inter arbitrarias in §. *præerea Inst. de action.* apparet non posse eas dici strictas, quibus scilicet non obligatio vlla causam det, sed possessio sola rei, qui restituendi habeat facultatem. ↑ Fateor posse videri non esse ab initio arbitrarias: siquidem arbitrariae sunt ex duntaxat in quibus nisi arbitrio iudicis reus satisfaciatur condemnandus est. Quid enim si satisfaciatur, & ita deuitet condemnationem? Sed tamen magis est, ut non eo minus arbitraria dici debeant etiam initio inspecto, non solum propter procedens illud arbitrium, ex quo sumunt nomen arbitrarium, sed etiam quia illo quoque casu quo reus arbitrio iudicis statim pareat, credendus est ita facere metu futuræ condemnationis: quam prode sufficit sequi posse licet non sequatur, ut actio arbitraria existimetur. Idemque in actione ad exhibendum, & de eo quod vi metusve causa & aliis eiusmodi arbitrariis tractari potest. Excepta illa, quae est De eo quod certo loco, quam nos alibi monuimus arbitrariam *ἐπιτακτικὴ* dici: ↑ quae non in alio differre videtur ab actione ex stipulatione, aut a conditione certi ex mutuo, quas stricti iuris actiones esse constat, nisi in eo quod adiecti loci habet rationem. Inde verò errandi occasio verius quam causa interpretibus enata est; quasi eadem actio ex stipulatione aut conditio certi ex mutuo quae sui natura stricta esset, fiat per loci adiectionem arbitraria. In quo sanè errant turpiter. Nullo enim loco adiecto, actio quae siue ex stipulatione siue ex mutuo competit vsque adeo stricta est ut arbitraria fieri numquam possit. ↑ Loco autem adiecto, distinctio illa prorsus necessaria est, An in eo ipso loco agatur in quo solui debuit an in alio. Si in loco destinato idem omnino iuris est quod superiore casu esse diximus, ut actio semper stricta sit, qui ex contractu & conuentione in eo ipso loco & petendum & soluendum est. Nec quod locus adiectus sit facit actionem arbitrariam & plenior, quia nec vtilitatis loci ratio vlla haberi pro stipulatore potest, cum ibi soluitur vbi debetur. Sed si in alio quam destinato solutioni loco agatur, nego actionem vltimo casu aut tempore strictam esse sed ab initio ita arbitrariam, ut nec aliud nomen quam arbitrariae habere possit, quia is qui certo loco dare promisit sicuti nullo alio loco quam in quo

promisit solvere inuito stipulatore potest: is qui 9. D. de eo quod cert. loc. ita neque alio loco ex stipulatione inuitus conueniri si iuris rationem intueare. ↑ Id enim est quod Caius scribit in l. 1. *cod. tit.* Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus est agendi facultatem competere non posse. Sed quia iniquum erat si promissor ad eum locum in quem daturum se promississet numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quoniam aliis distringeretur, non posse stipulatorem ad suum peruenire, Ideo visum esse vtilem actionem in eam rem comparare: ↑ vtilem inquam non ex stipulatione, neque enim vtilis ex stipulatione comparari vltimo modo potuit contra id quod ipsis stipulationis verbis disertè comprehensum & cautum esset, sed arbitrariam, Arbitrari enim bonus iudex potest & debet ex officio boni viri ut alio etiam loco quam qui solutio, ni destinatus fuerat conueniri debitor possit non pristina sed propria in eam rem, in eumque specialiter casum comparata, Ne in debitoris voluntate & arbitrio positum relinquatur an debeat. Sed ita tamen ut vtriusque tamen actoris quam rei vtilitatem pro loci mutatione intueatur. Ut si inter sit rei loco destinato potius quam alio solvere, nec per eum steterit quominus sua die & suo loco solueret, minoris fiat pecuniae condemnationem quam intentatum est, si actoris inter sit, fortè si traiecitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, vbi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel poena commissa propter moram debitoris, maioris pecuniae condemnationem fiat l. 2. in princ. §. *nunc de officio cod. tit.* ↑ Ceterum quemadmodum fieri non potest, ut vna eademque sit stipulatio quae loci certi adiectionem habeat & non habeat, quia non possunt duo contradictoria in vno eodemque esse subiecto. Ita nec fieri vlla ratione queat, ut actio quae ex stipulatione competit ad exigendam solutionem in loco destinato, sit illa ipsa quae contra eundem debitorem ut alio loco soluat, exercetur: quoniam loci diuersitas inducit necessariò diuersitatem actionis: nec quod debitor ex stipulatione primum obligatus fuit, facere potest ut nunc ex stipulatione conueniatur cum alio loco conuenitur quam in quo promiserat se soluturum. Idque ita esse apparet euidentius ex eo quod qui ex stipulatione conuenitur si verè debeat, absolute numquam potest, Imò nec si pro se habeat aequitatem, & iusta aliqua nitatur exceptione puta doli mali aut alia eiusmodi, si non ea quoque exceptio formulae iudicis inserta sit, quippe cum nihil nisi stipulationis verba & praescriptum formulæ ante oculos habere debeat iudex qui huic ex stipulatione actioni addictus est. Ob eamque causam creditorum vetus mos erat ut quicquid sibi ex alia causa debebatur in stipulationem deducerent, ut fortiore & ad condemnationem propensiore iuris vinculo debitores obstringerentur. ↑ At in actione arbitraria qua de agimus, interdum euenit ut qui de illa cognoscit, cum sit arbitraria, etiam absolute reum debeat, cautione tantum ab eo exacta de pecunia ibi soluenda vbi promissa est. Quid enim si ibi oblata pecunia dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? In summa aequitatem ante oculos habere debet iudex qui ut de arbitraria cognosceret datus est, ut Vlp. scribit in l. quod si Ephesi 4. *cod. tit.* vbi quod ait cum sit arbitraria ego sic accipio atque si adiectum esset non ex stipulatione licet ex stipulatione primum obligatus is fuerit, qui nunc alio loco conuenitur ut magis intelligamus quantum inter sit, an ex stipulatione agatur, in arbitraria, & consequenter neque actionem ex stipulatione dici arbitrariam posse vltimo casu, neque vicissim actionem ex stipulatione eam, quae sit arbitraria. ↑ Quod ta-

men

me in eo §. sequitur cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda vbi promissa est vereor ne non tamen Vlp. sit qui Tribonianus, cui familiare est cautiones istas quas cautelas passim vocare solet, iis etiam casibus exigere quibus iuris auctores nunquam exigerent. Et verò quid magis conueniens quam absolute reum, & condemnari ut caueat? Nam & ea condemnationis species est si Papiniano credimus in l. omnibus 41. *De iudic.* vbi ait, In omnibus bonorum fidei iudiciis cum nondum dies praestanda pecuniae venit si agat aliquis ad interponendam cautionem ex iusta causa condemnationem fieri. At Vlpianus in proposita specie eas iudicis partes esse ait ut absolute reum debeat, idque iterum repetit sequentibus illis verbis *nonne debet interdum absolute reum, nulla exigenda illius cautionis adiecta mentione.* ↑ Cui nec video sanè quomodo locus esse possit eo saltem casu quem inter ceteros Vlpianus tractat si debitor pecuniam actori obtulerit in loco solutioni destinato, eoque recusante solutionem accipere, deposuerit. An non enim liberatus est, aut saltem pro iam liberato habendus: cum ob signatio quae rite facta est solutionis instar sit ac proinde pariat liberationem l. *acceptam 19. C. de vsur. l. obgnatione 9. C. de solut.* Cur ergo cogatur cauere de pecunia ibi vbi promissa est soluenda quasi adhuc eam debeat is qui amplius debitor non est? ↑ Sed etsi adhuc debitor maneret, puta nulla, aut, quod idem est, minus solènter facta ob signatione, quam an obsecro de causa oneranda esset praestanda cautionis necessitate, si nihil ei posset imputari, & per creditorem ipsum stetit quominus oblata suo loco & tempore pecuniam acciperet? Quis aequum putet ex creditoris mora & contumacia duriores fieri debere conditionem promissoris? Aut quis neget duriores eius conditionem fore, si cogatur cauere id est fideiussorem aut idonea pignora dare in eo loco in quo nec solvere debuit, nec fortasse aut bonorum aut amicorum copiam habeat ad cauendum, tamen si maxime cauere vellet? Verum hoc obiter magis quam extra rem dictum sit. ↑ Illud igitur cõtendo, arbitrariam actionem licet contra eum exercentur qui ex stipulatione, ut certo loco solueret obligatus fuit, ex stipulatione tamen dici nullo modo posse, nec consequenter strictam aliquando fuisse, quae nunc sit arbitraria: quandoquidem nec prius nata videri potest quam alio loco repertus & conueniendus fuerit is qui certo loco se soluturum promiserat: quo demum loco & tempore deficit potestas pristinae ex stipulatione actionis: Ut non male quis dixerit ibi incipere arbitrariam vbi definit actio ex stipulatione, & contra ibi desinere actionem ex stipulatione vbi incipit arbitraria: quod si ita est, apparet arbitrariam actionem non esse illam quae antea ex stipulatione competebar & stricta erat, sed aliam prorsus dissimilem, nec numero tantum & specie, sed etiam causa & origine omnino differentem. ↑ Ex quo illud factum videtur, ut quamuis arbitrariae actiones permultae sint tam ex iis quae in re quam quae in personam aut mixtae sunt ut Iustinianus docet in d. §. *præerea Inst. de act.* hæc vna tamen quae competit De eo quod certo loco dari debuit, magis propriae & ut dixi per emphasim arbitraria dicatur quod cum alia suum quaeque nomen & proprii habeant, Vindicationis, Publicianae, Seruianae, ad exhibendum, De eo quod vi metusve causa, hæc vna tamen aliud nomen nullum habeat. Cur. n. ex stipulatione appellatur, cum ex stipulatione non comoretur, Nec minus detur aduersus eum qui ex testamento aut ex mutuo aliquid certo loco solvere debuit: l. si heres. 5. c. l. *jeq. D. de eo quod certo loco.* ↑ Nam si contendas actionem illam arbitrariam quae datur contra heredem ad aliquid certo loco dandum

vel faciendum quod eo loco dare vel facere testamento iussus sit, posse dici actionem ex testamento, ego contra negabo. Non enim fieri potest ut Romae petatur ex testamento quod Ephesi testator dari voluit. Non magis quam ut ex stipulatione quis Romae petat, quod Ephesi solui debuit. Nimirum quia quod in aestimanda verborum obligatione possunt verba stipulationis, id in questionibus ex testamento dependentibus possunt verba testamenti: Nisi quod ea plenius interpretari solemus ad voluntatem testatoris adiuvandam, si quis interpretationi locus relinquatur. At nulla interpretatione possis assequi, ut quod testator Romae dari iussit, Ephesi dari voluisse videatur. Ergo arbitraria in eam rem actio necessaria fuit, ne alioqui si heres ad locum quem testator solutioni destinasset, accedere nunquam vellet, testatoris voluntas facile circumueniretur. ↑ In conditione autem certi quae ex mutuo competit, hoc ipsum quod volumus apparet manifestius, non fieri ex stricta actione arbitrariam. Nam si mutua pecunia sic data fuerit ut certo loco redderetur, illo quidem loco petetur per certi conditionem *Tot. tit. De reb. cred. si cert. pe.* Sed alio loco peti non poterit nisi per arbitrariam l. aut mutua 6. *de eo quod cert. loc.* quae proculdubio nihil commune habet cum certi conditione, quando iudex qui ex arbitraria cognoscit, quantitati contractus seruare non cogitur, sed vel excedere vel minuere quantitatem potest, prout competerit interesse vel rei vel actoris; ut Vlp. ait in d. l. 2. §. *nunc de officio eo.* Quid. n. incertius quam id quod interest, aut quod adiecto vel deducto eo quod interest, computandum est? *leg. stipulationum 74. cum leg. seq. de verb. oblig. leg. vlt. D. de prator. stipul.* Vnde illa etiam differentia inter conditionem certi & actionem ex stipulatione, tamen si certum quis fuerit stipulatus l. si quis certum 24. *D. de reb. cred.* Quanto igitur minus fieri potest ut certi conditio euadat in conditionem incerti. i. nihil enim hac parte refert, in arbitrariam? ↑ Difficilius illud videri possit quod idem Vlpianus scribit in l. si duo. 16. §. 1. *de const. pecun.* si quis certo loco se soluturum constituerit, posse creditorem petere non solum eo loco vbi ei constitutum est, sed etiam vbi que exemplo, inquit, arbitraria actionis. Ita namque innuit actionem quae aduersus constitutum competit ut alio loco soluat, quam in quem fuerat solutio destinata non esse arbitrariam, sed pristinae & illam ipsam quae competeret, si in loco solutioni dicto constitutor vgeretur. Et sanè ita est. An quod actio De constituta pecunia plenior sit & efficacior actione ex stipulatione? Atqui absurdum id videatur, cum actio de constituta pecunia sit pratoria, ex stipulatione autem civilis. §. *de constituta. Inst. de act.* Sed respondendum est, Imò id absurdum non esse quoniam cum actio illa de constituta pecunia ex aequitate inducta sit, quod graue esset fidem fallere l. i. *ill. tit.* aequitas autem ipsa adeo casus necessitatis induxerit ut arbitrariam actionem comparari oporteret ad extorquendam alio quam destinato loco solutionem, aequè fuit facile pratori solam aequitatem ante oculos habenti, actionem de constituta pecunia dare aduersus constitutum ut vbi que conueniri posset, atque in eam rem specialiter actionem aliam comparare, quae nec nisi de constituta pecunia dici potuisset. Quid. n. aliud prator fecisset aut quo modo arbitrariam actionem civili non pratorio iure ex aequitate & vtilitate comparatam ad actionis pratoriae vsum applicasset, ac protraxisset? ↑ Inauditum namque est ut civiles actiones quantumuis vtilis seruiant, & subsidiariae sint pratoriis: Quinimò pratoriarum tam directarum quam vtilium vltimo casu & vtilitas

Zz 3

in eo versatur vt deficientib. ciuilib. non modò directis, sed etiam vtilib. præsto sint, eundemque ferè producant effectum. Nec quemadmodum vtilem actionem iure ciuili induci necesse fuit cum directa deficeret, non patiente nimirum iuris ratione vt alio quàm vbi promissum esset loco debitor conueniretur: Ita dici potest necessariam fuisse vtilem aliquam actionem siue civilem siue prætoriam de constituta pecunia, quasi deficiente prætoriam directa. Quomodo enim illa deficeret etiã alio loco debitor conueniendus esset quàm in quo se soluturum constituisset, cū non deficeret ratio æquitatis, quæ sola directam induxerat? Ratio scil. iuris strictior est, quàm æquitatis. Æquitas iuri tantum, non etiam sibi ipsi subsidiaria est. † Directa actio ciuilib. ex stricti iuris ratione æstimatur. Vtilis ex æquitate cum ius deficit. Prætoriam omnes tam directæ quàm vtiles ex sola æquitate. Denique arbitraria actio prætoriam nulla est. De eo quod certo loco, sed cuius duntaxat, & quidem vtilib. vt ait lex 1. de eo quod cer. loc. i. ex æquitate, quippe quam ciuilib. legislator, sicut alibi monuimus, ex hominum vtilitate metiri semper solet. † In eoque errarunt sanè grauius ex interpretib. ij qui adnotarunt quatuor esse actiones arbitrarias propter loci adiectionem, Ex stipulatione, ex testamento, ex mutuo, & ex constituto. Hæc n. postrema actio prætoriam est, non arbitraria. Cæteræ verò sic arbitrariæ sunt, vt aliud nomen non habeant, neque aut ex stipulatione, aut ex testamento, aut ex mutuo dici possint, nec si adicias nomen arbitrarium. Vna n. omnium species est per quas id petitur quod certo loco debetur, vt non obscure Iustin. insinuat in d. §. prætoriam. cū inter alias arbitrariarum actionum species hanc pro vna ponit, quæ casus omnes ex stipulatione aut testamento, aut mutuo de pendent generalibus verbis complectatur. Item, inquit, cum id quod certo loco promissum est, petitur. Et verò non ex supradictis tantum tribus causis actionem arbitrariam competere existimandum est, sed ex aliis etiam omnibus ex quibus certo loco debetur, dum ne ex bonæ fidei contractu debeatur. Nam in bonæ fidei iudiciis, sola iudicij æquitas sufficere potest, vt debitor etiam alio loco quàm in quo soluere debuit, conueniri & condemnari possit, quemadmodum sequenti capite dicemus. Obiciat aliquis, † Cur ergo actiones istas per emphasim arbitrarias appellamus, ac non potius specialiori nomine, actiones De eo quod certo loco, quemadmodum dicimus actionem De eo quod vi aut metus causa aut dolo malo factum est. d. §. prætoriam. Respondeo non potuisse ita vocari propterea quòd non omnes actiones De eo quod certo loco sunt arbitrariæ sed illæ duntaxat ex quibus id ipsum quod certo loco debitor fuit alibi petitur quàm vbi debebatur. Alioqui aut certi conditio, aut ex stipulatione aut ex mutuo aut alia eiusmodi, non autem arbitraria actio est, vt probauimus.

CAPVT III.

Non sicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam.

SVMARIA.

- 1 Interpretes plerisque Cuiacij auctoritate motos contrarium sensisse.
- 2 Arbitrariarum actionum definitio seu potius descriptio, & ex ea confectarum.
- 3 Aliter in ciuilibus bonæ fidei iudiciis, aliter in arbitrariis actionibus iudicem rem ex bono & æquo æstimare & constituere.
- 4 Cur si quid ex b. f. contractu certo loco dari debuit, actio

illud ipsum alio loco directa ex eodem contractu actione petere possit, non possit autem si ex testamento, aut ex stipulatione, aut ex mutuo aliove stricto contractu debeat?

- 5 Die stipulationi adiecta intra quem soluitur, non eo minus ex stipulatione agi posse quod dies præterierit.
- 6 Ratio differentie inter loci, & temporis adiectionem.
- 7 Nullo iuris ciuilib. aut Prætorij auxilio opus habere enim qui post diem stipulationi insertum ex stipulatione agit.
- 8 Fundamentum sententia Cuiacij, & eius interpretatio ad illa verba l. 4. in princ. de eo quod cert. loc. vel si temporis vtilitas interuenit.
- 9 Non eodem modo nec eadem actione actoris vtilitatem ratione loci & ratione temporis æstimari.
- 10 Paria esse vi ipsa obligari te vt soluas certo die, & vt ni soluas præstes quanti mea intererit.
- 11 Diem stipulationi adiectum postquam venit aliquid amplius & promissori onerosius inducere.
- 12 Ad eò vt promissori ille huius moræ grauioræ pœnas luat, quàm si ea per interpellationem contracta esset.
- 13 Notatur differentia quadam inter ea que ex testamento, & ea que ex stipulatione in diem certum debentur.
- 14 Ratio illius diversitatis.
- 15 Quomodo accipienda sit l. cū tempus 17. ff. de reg. iur?
- 16 Quam vim habeat dici adiectio in stipulatione?
- 17 Grauiorem esse promissori stipulationem, quæ diem certum habuit vbi dies semel venit, quàm quæ ab initio pura fuit.
- 18 Cū certi condicione, aut actione ex stipulatione post tempus solutioni adiectum agitur, arbitraria actione opus non esse.
- 19 Explicatur d. l. quod si Ephesi.
- 20 Verba illa d. l. vel si temporis vtilitas interuenit, quomodo sint accipienda.
- 21 Alijs rationibus probatur, non sicut propter loci, ita & propter temporis adiectionem arbitrarias actiones fieri posse.
- 22 Ea que hoc capite de actione ex stipulatione aut certi condicione generali dicta sunt, ad specialem conditionem ex mutuo, & actionem ex testamento extendi posse.

CONFUTATO † vulgari interpretum vulgarium errore, quæ politiones temerè & incautè magis quàm consultò & ex proposito secuti videntur, nunc dicendū nobis est, & demonstrandum quàm grauius illi etiam errent, qui putant, nò minus temporis quàm loci ratione induci actionem arbitrariam. Sic namque plerosq; sentire video, deceptos quantū cōiicio auctoritate viri doctissimi Iacobi Cuiacij, qui primus in fallor (neque enim laborare soleo in inuestigando quid prior quis aut posterior, sed quid bene aut malè dixerit) tā improbabile opinionem induxit. Etsi verò ex iis quæ proximè disputauimus non est difficile intelligere quibus iuris rationibus in contrarium moueamur, operæ tamen pretium erit de tota quæstione ita latius dicere ac distinctius. † Illud primū sciri & repeti volo quod docuimus, Actiones arbitrarias eas tantum esse quæ non ex præcedente aliqua obligatione sed ex mero iudicis arbitrio pendeant, & ex quibus condemnatio fit non iure aliquo obligationis, sed ex ea duntaxat causa, quòd arbitrio iudicis reus actori nò satisfecerit §. prætoriam Instit. de action. l. item si cūm 14. §. 1. D. De eo quod met. caus. l. arbitrio. 18. D. de dolo. leg. 3. §. 1. & §. ibidem leg. Celsus 5. §. si quis non possideat & seq. Digest. ad exhib. Proinde si quis obligatus sit ex contractu, vel quasi, aut ex delicto vel quasi, ad dandum aliquid vel faciendū, dico arbitrariam aduersus eum actionem

actionem competere nullo modo posse. Cur enim ad arbitrium iudicis recurramus, aut quid obsecro iudex arbitrari possit, vbi præcedit obligatio quæ & actioni legem dat, & condemnationi? Obligatio siquidem omnibus siue ex stricti iuris siue bonæ fidei cōtractu descendat suas leges habet & condiciones, quibus omnimodo satisfieri necesse est. † Nec quod aliquando euenit, vt iudex multa ex bono & æquo æstimare & constituere possit, quemadmodum in bonæ fidei iudiciis, facere potest vt idcirco arbitraria actio existimetur. Etsi enim commune ius illud est arbitrariarum actionum & earum quæ bonæ fidei appellatur d. §. prætoriam lunct. §. in bonæ fidei prox. præced. eod. tit. de action. hoc tamen interest, quòd in bonæ fidei iudiciis ea res per officium iudicis expeditur, sic suadente & ferente natura ipsa obligationis præcedentis. In arbitrariis verò non nisi per arbitrium iudicis, sola æquitatis ratione, non etiam obligationis alicuius iure subnixum. † Hinc est quod si quid ex bonæ fidei contractu, puta ex causa emptionis aut locationis aliæ eiusmodi certo loco dari debuit nec datum est, possit debitor alio etiam loco ex eodem iudicio ad eòque directa ex contractu actione conueniri, nec necessarium fuit auxilium arbitrariæ actionis De eo quod certo loco, quod esset necessariū si ex testamento aut ex stipulatione aux ex mutuo aliòve contractu stricto deberentur l. in bonæ fidei. 7. D. de eo quod cer. loc. Nempe quia sufficit æquitas & natura iudicij bonæ fidei vt sequi possit condemnatio quandoquidem ex bona fide est vt quod certo loco dari debuit si non ibi soluitur, alibi peti possit: quoniam ex contrario alienum esset ab æquitate & à bona fide, vt debitor qui ad locum solutioni destinatum nunquam accedere aut posset aut vellet, nullibi posset conueniri ob id solum quòd certo loco soluturum se promississet. Et quemadmodum is qui aut nullo adiecto loco aut in omni loco solutioni se obstrinxisset, ex ipsa stipulatione vbique conueniri posset, nec arbitrariæ actioni locus esset: ita & qui iudicio bonæ fidei conuenitur, perinde ex iudicij æquitate & officio iudicis condemnandus est, vbi conueniatur, atque si eo ipso loco in quo soluere debuit vrgeretur, quia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius reifecta interrogatio leg. quia tantundem. 7. D. de negot. gest. l. Titius. 34. D. de præsc. verb. Atqui cū stipulationi dies adiectus est intra quem soluitur, non eò minus agi ex stipulatione potest quòd præterierit dies, imò tanto magis, quia nec nisi præterito die agi potest l. qui hoc anno. 42. l. liber homo. 118. §. decem hodie de verb. oblig. Non igitur quemadmodum loci ita & temporis adiectio inducit arbitrariam actionem. † Et dissimilitudinis ratio apertissima est, quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco. Nam qui Ephesi petit quod Romæ dari debuit, proculdubio alio loco petit. At qui petit Calendis Februariis quod præcedentibus Ianuariis iam solui debuit, non alio tempore petit quàm quo debitum sit: quoniam quod Calendis Ianuariis præteritis debitum fuit, multo magis debetur Februariis sequentibus. Ibi que sicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo solo induci quod certo loco solui debuerit, nisi illud etiam accedat vt alio quàm destinato loco agere creditor velit, quemadmodum superiore capite diximus, ita absurdum sit dicere, arbitrariam competere ob id tantum quod stipulationi dies adiectus sit, si non illud quoque concurrat vt alio tempore petatur quàm quo debetur: quod ipsum tamen contingere nunquā

potest. Nam creditor si ante diem petat, malè agit, cū dies adiciatur pro reo, non pro stipulatore l. cum qui Calendis. 41. §. quoties eod. l. quod quis. 50. de oblig. & act. l. cūm tempus. 17. de regul. iur. Post diem verò, non alio tempore agit quàm quo debetur, licet verum sit Calendis Ianuariis non esse Februarias, nec contrā. † Vnde illud etiam fit vt quamuis ex stipulatione agi non possit, nisi quatenus ipsissima stipulationis verba patiuntur & præscribunt, nullum tamen aut ciuilib. aut honorarij iuris auxilium ei necessarium sit, qui post diem stipulationi insertum agit ex stipulatione: Ne alioqui eueniat vt nullo tempore possit agere, si post diem non ei liceat, quod nec ante diem nec in die ipso licet. Totum n. vt dixi, diem præteritum esse necesse est, vt ex stipulatione quæ certum diem habuit, agi possit. † Quid ergo illud fuit quod tantæ eruditionis & iurisprudentiæ virum fefellit? Hoc vnum videlicet quod Vlp. scribit in l. quod si Ephesi. 4. in princip. de eo quod cer. loc. Si Ephesi petatur quod Ephesi ex stipulatione solui debuit ipsam solam summam in petitione fore, nec quid amplius, nisi si quid creditor esset stipulatus vel si temporis vtilitas interuenit. Sic n. postrema hæc verba vir doctissimus accepit, quasi Vlp. sentiat, non minùs nec alio modo debere iudicem habere rationem vtilitatis actoris quæ propter adiectionem temporis interuenit, quàm si propter loci adiectionem interuenisset, vt inferat, quemadmodum vtilitas loci non nisi per arbitrariam actionem æstimatur, ita ad æstimandam vtilitatem temporis, arbitraria actione necessariò vtendum esse Sed sunt ista longè dissimilia, & illatio hæc ab Vlp. sensu quam maximè remota. † Quamquam enim siue temporis siue loci ratione interit actoris vtilitatem eius æquè inspicere & æstimari oportet, non rament eodem modo, nec eadem actione. Vtilitas loci per arbitrariam actionem petitur, quia nec alio loco pristina ex stipulatione agi posset, in eamque rem arbitraria prorsus necessaria est. Vtilitas verò temporis per arbitrariam non petitur, quia sufficit actio ex stipulatione, nec arbitrariæ locum relinquit. Quorsum enim dies certus in stipulatione adiectus videri potest, nisi quo promissor intelligat futurum si ad diem non soluet vt eo nomine in id omne quod stipulatoris intererit, teneatur? † Eoque pertinet quod in l. si fundum. 114. de verb. oblig. idem Vlpianus scribit, si fundum certo die præstari stipuler, & per promissorem steterit quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea interit moram factam non esse. Quasi vi ipsa paria sint: Obligari te vt soluas certo die. Et vt ni soluas præstes quanti intererit mea, quod & scriptum est in l. si Calendis. 11. D. de re iudic. Nec illud obstat, quod dici solet ex stipulatione agi non posse nisi quatenus verbis expressum & comprehensum est l. quicquid adstringenda. 98. D. eod. tit. Satis enim expressum videri debet vt non solutū ad diem pecuniā tenearis in id omne quod stipulator ex ea causa interesse sua probauerit, propter expressam diei adiectionem quæ alioqui superuacua videretur. † Nam si obicias quod modo dicebamus, diem in stipulationibus adici pro reo si non pro stipulatore, Respondebo id verè quidem dici, sed hætenus vt totum medium tempus liberum sit promissori ad soluendum: Non etiam vt post diem melior aut non deterior condicio sit promissoris quàm si dies adiectus non esset. Quanto enim magis fauemus promissori priusquam dies venerit ne interea vrgeri possit, tanto durius cum illo agi æquū est post diem si non soluerit. Similiter n. dicimus iudicati faciendi tempus pro condemnato non

contra eum constitutum esse *l. intra. 7. D. de re indic.* idèdque ne toto eo tempore vsuras vllas debere *l. 3. D. de vsur. & tamen post id tempus tanto durius cum illo agitur si non satisfecit vt centesimas quoque vsuras præstare teneatur l. vlt. C. de vsur. rei indic.* Itaque veniens dies obligationis non illud tantum facit vt ex eo tempore obligatio pro pura & præsentia habeatur, sed inducit nescio quid amplius & promissori onerosius, vt ex eo die moram contraxisse existimetur. **12** Et quidem talem cuius grauiores pœnas luat quam si ea per interpellationem contracta esset. Et enim si is qui fundum purè dare promiserat congruo loco, & tempore interpellatus vt daret, non dederit, moram equidem committit, cuius ille effectus esse potest vt si subinde fundus chafmate pereat, non eo minùs ille ex stipulatione conueniri possit *l. si ex legati. 23. l. nemo rem suam. 82. §. 1. l. si seruum. 91. §. vlt. eod. l. promissor. 23. de constit. pecun.* sed tamen non faciet ea mora vt si quid stipulatoris interfit quod eo die fundus datus non fuerit, siue propter fructus siue qua alia ratione eius vtilitatis ratio illa habeatur, nisi tempore demù litis contestata, idque ex æquitate duntaxat, non ex vi & potestate stipulationis *l. videamus. 38. §. si actionem. D. de vsur.* Cùm tamen si dies stipulationi adiectus fuisset, id quod stipulatoris interesset, post diem deberetur, propter moram, nec alio quam stipulationis iure, quia stipulatio diem certum habuit, cuius adiciendi nec alia ratio pro stipulatore fuit. **13** In quo videor mihi differentiam obseruare non inelegantem inter ea quæ ex testamento, & ea quæ ex stipulatione in diem certum debentur. Nam si testator ad diem aliquid dari vel fieri iusserit, nec heres dederit vel fecerit, non idcirco videri potest in mora constitutus: non magis quam si purè legatum necdum interpellatus heres fuisset, quia diei aut condicionis euentus ne quidem illud inducit vt legatum acquiratur legatario, sed duntaxat vt acquiti possit quasi nunc primum purè relictum, *l. ei qui. 13. de condic. inst.* Tantum abest vt profit ad heredem in mora constituendum. At is qui ad diem se daturum promisit, si ad diem nõ soluat hoc ipso moram contrahit, seque obligat in id omne quod propter moram interest stipulatoris. **14** Et ratio diuersitas est, quia in testamentis solam testatoris voluntatem spectamus, qui vtique adiciendo diem legato, soli heredi fauere & prospicere voluit ne statim vrgeri posset, non etiam legatario, cui abundè consultum putat, quod eo demum die legatum consequi poterit. In stipulationibus verò inspiciamus, quod inter contrahentes actum est, nec minus quod commodum stipulatore quam quod promissori, dum ne à verbis stipulationis recedamus, cùm stipulatio ex interrogatione & responsione æstimetur, responsio autem quæ vt plurimum vnico illo verbo *spondeo*, aut alio simili continetur ad interrogationem quæ stipulatoris est, tota referatur. In eo tantum par heredis & promissoris condicio est, quod quandiu dies non venit totum intermedium tempus vtique liberum est ad soluendum. **15** Atque hoc modo accipienda est *d. l. cum tempus. 17. de regul. iur.* non autem ita, vt heredis & promissoris eadem in omnibus hac parte ratio constituatur, si ad diem neuter soluerit. **16** Ea namque vis est adiectionis diei in stipulatione, vt quamuis de eo, quod interesset præstando nihil dictum sit, perinde tamen ac si dictum esset, præstandum sit. Quemadmodum & cùm quis alium sibi promittit nec adicit pœnam, dicimus id quod stipulatoris intere sit, stipulatione contineri. *l. quoties. 81. de verb. oblig. ex vi scilicet, & natura obligationis quæ in faciendo consti-*

stitit *l. si quis ab alio. 13. §. vlt. de re indic.* Non est simile, quod quamuis ratione numerorum ex quacunque causa purè debitorum numquam debeatur id quod interest, ne alioqui facile res excurreret in infinitum, aliud tamen admissum sit, si agatur de numis qui certo die solui debuerint, nec sint soluti *l. 3. D. de mil. iurand.* quia diei adiectio non solum facit vt eius quod interest rationem haberi oporteat, sed etiam impedit ne supra modum id æstimeretur, quia non tantum pecuniæ quam temporis vtilitas, æstimanda est. Item, quod ad diem sub pœna pecuniæ promissum, & ante diem mortuo promissore committitur pœna, licet nõ sit hereditas eius adita *l. diem. 77. de verb. oblig. l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Cum tamen si pura stipulatio fuisset, neque mora citra interpellationem contrahi, neque interpellatio ante aditam heredem fieri potuisset. *l. nulla. 88. de reg. iur.* quia nec habuisset promissor cui solueret *l. 4. §. vlt. D. de leg. commis.* Grauior igitur & onerosior est promissori stipulatio quæ diem certum habuit, vbi dies semel venit, quam quæ ab initio pura fuit. Vt proinde mirandum non sit, si ex vi sua possit inducere petitionem eius quod interest stipulatoris suo die solutum esse, licet nulla eius quod interest, mentio acta fuerit in stipulatione. **17** Quod cum ita sit, quid necesse est vt contra iuris rationem & regulas pro certi conditione aut actione ex stipulatu inducamus arbitrariam? Quippe quæ nec vnquam nisi ex necessitate inducatur, deficiente, vt dixi toties, obligatione, aut obligationis præcedentis, si qua est, potestate. **18** Quare nec Vlpianus *in d. l. quod si Ephesi* sic loquitur vt dicat vtilitatem temporis inducere arbitrariam, sed illud tantum ait si Ephesi petatur quod Ephesi dari debuit, ipsam duntaxat summam quæ debita est, peti. i. non idem euenire quod eueniret si alio quam destinato loco ageretur, quo casu paulo antè dixerat officium iudicis esse vt quantitati contractus non subseruiat, sed vel excedere, vel minuere debeat, prout actoris vel rei propter locum interesse competere. Hoc verò cur ita? Nisi quia cum alio loco petitur, arbitraria actione experiendum necessariò est, quæ tota in arbitrium iudicis refertur vt ait *lex. 3. eod. tit.* Cùm autem destinato loco agitur, arbitraria cessat, & sufficit pristina quæ pendet ex obligatione suam quantitatem suamque leges habente. Subiicit nec amplius quid petatur, nisi quid esset stipulatus. Rectè. Nam si præter quantitatem debitam creditor quid aliud stipulatus sit, puta pœnam, id ipsum quoque tantum debitum eadem actione petendum erit: Nec inducendus arbitrariam pro re quæ in stipulationem deducta est. **19** Quod ergo sequitur, vel si temporis vtilitas interuenit eandem interpretationem recipere debet, vt si obligatio in tempus fuit, & ratione temporis interfit stipulatoris, ea vtilitas veniat in petitionem & condemnationem, eo profus modo quo veniret si in stipulationem nominatim deducta esset, & consequenter vi pristinae actionis, non per arbitrariam. Alioqui cum Vlpianus hos duos casus coniungat, *si quid amplius creditor stipulatus sit, & si temporis vtilitas interuenit*, æquè dicendum esset priore casu quo id ipsum peteretur quod stipulatione comprehensum fuisset, inducendam esse arbitrariam, atque posteriore induceretur. **20** Et verò si propter adiectionem temporis sicut & loci arbitraria fieri posset, Cur arbitrarias huiusmodi actiones semper dicimus De eo quod certo loco: numquam autem De eo quod certo tempore? Cur non & titulus ipse sic conceptus est, De eo quod certo loco vel tempore dari oportet? Cur Iustinianus *in d. §. præterea* ita scripsit: *Item cum id quod*

certo loco permissum est petitur: de tempore autem nihil dixit? Denique idem ille Vlpianus noster *in l. si duo. 16. §. 1. de constit. pec.* postquam scripsit posse quem certo loco & tempore constituere, cùm subiicit creditorem non solum eò loci petere posse vbi constitutum est, sed etiam vbiq; exemplo arbitrariæ actionis, cur non adicit & *quandocunque* si arbitrariæ actionis exemplum non minorem temporis quam loci rationem haberi suadebat? aut saltem si dubitari poterat, an quod certo tempore soluendum ex constituto esset, eadem actione post tempus peti posset. Sed sunt hæc apertiora, quam vt in iis confirmandis, diutius immorandum videatur. Neque verò tandiu immorati fuillemus nisi sciremus tanti Doctoris autoritatem non sine multis magnisque rationibus conuelli posse: apud eos præsertim iuris nostri studiosos quibus nos & scribimus & studemus. **21** Cæterum quæ toto hoc capite de actione ex stipulatu, aut certi conditione generali diximus, ea omnia de conditione certi speciali ex mutuo dicta intelligi debent, si fortè conuenierit, quod fieri assolet, vt mutua pecunia certo tempore redderetur. Idemque de actione ex testamento iuris est, quia licet ea proximè accedat ad bonæ fidei actiones, quod ad præstationes attinet, quas plenissimas habet, vt testatoris voluntati quæ latior interpretationem recipit, amplissimè quantum fieri potest satisfiat. *l. vlt. a. 34. ff. de vsur. l. si quis seruo. 84. de legat. 2. l. in testamento. 12. de R. La.* Actionibus tamen bonæ fidei non adnumeretur *in §. actionum Inst. de act.* neque fieri potest vt adnumeretur, quia non agitur in ea de fide bona, sed de sola testatoris voluntate, quæ cum ex testamento verbis petenda sit, non patitur sanè vt quod Ephesi dari testator voluit Romæ petatur: idèdque indiget arbitrariæ actionis auxilio quoties alio loco agendum est. Non secus ac si ex stipulatu certo loco deberetur, quod alio loco petitur. Proinde actioni strictæ ex stipulatu rectius quam bonæ fidei iudiciis hac parte comparatur.

CAPVT IV.

Obseruata Triboniani adnotatio in l. promissor. 21. §. 1. D. de pecun. constit.

S Y M M A R I A.

- 1 Quomodo Triboniani Pauli verba in d. §. emendauerit, & quid de suo addiderit?
- 2 An constitutum sine die facium valeat?
- 3 Absurdum non esse statim & nullo interposito temporis momento ad solutionem vrgeri eum qui sine die aut conditione aut purè soluere promissit.
- 4 Iniquum esse vt constituens die non adiecta, ob id quod non statim post constitutum soluerit, in id quod aduersarij interest teneatur.
- 5 Actionis de constituta pecunia vim & potestatem præcipuam hanc esse, vt constituens ob non solutam condicita die pecuniam teneatur in id quod interest eius cui fuerat constitutum.
- 6 Pauli sententia in illa d. §. 1. questione, an valeat constitutum sine die factum.
- 7 Constitutum non nisi in diem fieri potuisse.
- 8 Non admittendum esse temperamentum in d. §. 1. inductum, vt aduersus eum qui sine die constituit intra modicum tempus id est decem dierum, agi possit.
- 9 Verba illa statim & incontinenti quomodo in iure accipiantur.
- 10 Verba illa d. §. 1. exactio celebretur Tribonianum sty-

- lum sapere, & actioni de constituta pecunia cuius ibi fit mentio, non conuenire.
- 11 Superuacuum esse temperamentum illud quod Pauli sententia adhiberetur est.
- 12 An qui se hodie soluturum constituit sine die constituisse censetur?
- 13 Eum qui presenti die soluturum se constituit, non ante de pecunia constituta conueniri posse quam dies ille præterierit.
- 14 Differentia inter actionem ex constituto, & eam quæ ex stipulatione competit.
- 15 Sententia §. vlt. l. 3. ff. de constit. pecun.
- 16 An alicuius vtilitatis sit constitutum quo quis se ea die soluturum constituit quæ vt solueret iam obligatus erat.
- 17 Quoduis constitutum, modo non sine die fiat, valere.
- 18 Differentia inter diem certum & conditionem.

Accidit mihi nescio qua sorte, quoties ferè in Pandectarum libris lego, vt ij statim & primum loci occurrant, quos Tribonianus additionibus suis corrupit. Produm nunc aliquos, sed præcipuos duos, qui occurrerunt *in tit. De constit. pecun.* **1** Primus est *in l. promissor. 21. §. 1.* vbi non dubito quin sic Paulus scripserit *si sine die constituas, verius est te non teneri, licet verba edicti late pateant, Alioquin & confestim agi rectum poterit si statim vt constitus non soluas.* Sed cum id paulo durius Triboniano videretur, plus semper æquitati commentitiæ quam germanæ rationi iuris tribuente, voluit ipse asperitatem iuris temperare tota hac clausula addita, *sed modicum tempus statuenndum est non minus decem dierum vt exactio celebretur.* Vt verò locus temperamento inducendo relinqueretur, necesse habuit priora illa Pauli verba emendare & pro iis *verius est aliusve similibus affirmatiuum absolutumque sensum habentibus reponere potest quidem dici.* **2** Videamus autem an non sit multo verius & æquius quod Paulo placet, si sine die constituas, te non teneri. Ratione illa quam ipse subiicit, quod licet verba edicti late pateant *si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse, l. si duo. 16. §. ait prator eod. tit.* nec distinguant vtum sine die an in diem constitutum sit, si tamen admitteremus valere constitutum quod sine die factum esset, consequens fieret vt confestim & sine vllò interuallo tecum agi posset, Actione scilicet de constituta pecunia, si statim atque constituisset, non solueres: quod tamen non modò absurdum, sed etiam iniquum esset. **3** Quid? inquires, Absurdumne est statim & incontinenti nullo interposito temporis momento ad solutionem vrgeri eum qui sine die aut conditione, aut purè soluere promiserit? Minimè vero Sic enim Papiniano placet *in l. liber homo. 118. §. de cem hodie de verb. oblig. vbi* defendit hoc ipsum admittendum esse non solum si purè quis promiserit, sed etiã quod difficilius videbatur, si hodie dari sponso dedit, nec videri præmaturius agi nondum finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est, Nam peti non debere, quod intra tempus comprehensum solui potest. In proposito autem non differendæ actionis causa diem insertum videri, sed quò præsens ostendatur, esse responsum. **4** Sed quamuis absurdum non sit vrgeri te statim ad solutionem eius quod purè & sine die promiseris, tamen absurdum & vt dixi iniquum esset teneri te in id quod aduersarij interest, ob id quod non statim soluisset. Ita namque fieret vt omnimodo condemnandus esses, non ad soluendum, sed ad id præstandum velut pœnæ nomine,

debet in constituto quàm in cæteris pactis, quòd constitutum non fit nisi præcedente iam alia obligatione, & quidem iusta, id est quæ nulla æquitatis exceptione elidi possit, licet non sit necesse, vt iure ciuili efficitur sit ad agendum l. 1. §. ult. & l. 3. §. 1. eo. vbi quod scriptum est, quia debita iuribus non est pecunia que constituta est, non sic accipi debet vt vtroque iure & ciuili & honorario debitum esse oporteat id quod constituitur (sufficit enim vt iure honorario debeatur) sed ita vt non sufficiat debitum esse iure ciuili si iure prætorio, id est propter exceptionem aliquam non debeatur. Prætor enim maximè in actione prætoriana ex æquitate inducenda plus tribuit iuri honorario quàm ciuili, quoniam nihil nisi æquitatis rationem intuetur. Alia etiam ratio est quæ facit vt alij nostro nomine constitui possit, nec idcirco tamen nobis per liberam personam actio quæri videatur. Nimirum quoniam is cui constituitur, neque dicit neque facit quicquam, sed tantum admittit constitutum patiendi sibi constitui, in quo potissimum differt constitutum à stipulatione ex parte creditoris, vt iam à nobis explicatum est pluribus ad l. pen. hoc tu. lib. 5. c. 3. Non enim sicut in admittendo constituto, ita & in stipulando nudum ministerium præstare dici potest is cui nostro nomine promittitur. Potuit autem nasci error quem emendamus ex eo quod fortè scriptum erat per liberam perso. non acquiritur.

CAPVT VI.

De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.

SUMMARI A.

- 1 Quatuor præcipue differentiæ inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.
- 2 An legatarius conditionalis tanto favorabilior sit stipulatore conditionalis quanto favorabiliores sunt actiones ex testamento descendentes, quam quæ ex contractu stricti iuris.
- 3 Cur non sicut conditionalis obligatio, ita & conditionale legatum in heredem legatarij ante conditionis euentum mortui transferatur?
- 4 Examinatur l. si filiofamilias. 11. ex quib. caus. in possess. eat.
- 5 Aliæ rationes pro legatario conditionalis eiusque herede.
- 6 Vno tantum casu creditori conditionalis cauere, si videlicet bonorum separatio fiat.
- 7 An conditionalis creditor in possessionem mitti possit?
- 8 Conciliatio l. 6. cum l. 14. §. fin. ff. quib. ex cau. in possess. eat.
- 9 Creditori conditionalis prodesse edictum Prætoris, quo vim fieri vetat et qui in possessionem missus sit.
- 10 Quid creditori in diem, & conditionalis commune sit?
- 11 Refellitur ratio ab Accursio & alijs Interpretibus redita propter quam tot differentiæ inter legatarium & creditorem conditionalem inductæ sunt.
- 12 Alia harum differentiarum ratio.
- 13 Non minoris potestatis esse voluntatem testatoris in ijs quæ ex testamento pendunt, quam contrahentium voluntatem in contractibus æstimandis.
- 14 An stricto iure inspecto nulla sit inter legata & stipulationes differentia?
- 15 Rationem illam Pauli in l. si filiofamilias. 78. de V. O. quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus stricti iuris non æquitas rationem esse.

16 Variæ rationes differentiæ inter rem que à filio ex causa legati, & eam que ex stipulatione patri quaesita est, ab Interpretibus ad dict. l. si filiofamilias alata.

Nec paucæ nec incognitæ sunt differentiæ inter conditionalem legatarium, & creditorem conditionalem, sed quarum tamen ratio satis obcura est. Præcipuæ sunt hæc: In stipulationibus conditionalibus id tempus spectatur quo contrahimus l. si filiofamilias. 78. de verborum obligation. In legatis tempus euentus conditionis l. si uxorem. 5. C. de cond. insert. l. que legata. 18. de regul. iuris. Obligaciones ex stipulationibus conditionalibus transmittuntur in heredes mortuo ante conditionis euentum stipulatore §. conditionalis. Instit. de verborum obligation. Legata conditionalia non transmittuntur l. 4. §. & toto tit. Digest. quando dies legat. ced. Conditionalis creditori vtque adeò nihil debetur pendente conditione, vt nec ei cauendum sit. Legatario autem cauere heres debet de legato soluendo existente quodcumque conditione l. prima. & tot. tit. Vt legat. seu fideicom. nomin. caueat. D. & C. Vnde illa etiam differentiæ, quòd legatarius conditionalis ex edicto prætoris in bona heredis mitti potest, creditor autem conditionalis non potest, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere l. penultim. ff. quibus ex caus. in possess. eat. Hæc differentiarum ratio idè potissimum obcura est, quod ex iis apparèt meliorem legatarij quam creditoris conditionalis rationem in quibusdam esse, in quibusdam verò deteriozem. Inde namque fit vt defendi non possit quod quidam dixerunt legatarium tanto favorabiliorem esse stipulatore, quanto favorabiliores sunt & pleniores actiones ex testamento descendentes, quam quæ ex contractu stricti iuris. Nam si quis hac in re favori potius quàm iuris rationi locus esset, an non in eo præcipuè faueri legatario debuit, vt stipulationis exemplo legatum conditionale transmitti in heredem posset, legatario ante conditionem impletam defuncto? Id enim vel maximi erat momenti, eoque vt videbatur facilius admittendum, quòd cum transmittendæ obligationis conditionalis alia ratio non sit, quàm quia spes est debitum iri l. conditionales. 54. de verborum significat. [i. pla enim spes est quæ transmittitur dict. §. ex conditionalis] negari non potest quin legatarius quoque conditionalis spem habeat consequendi legati, conditione scilicet eueniente leg. si filiofamilias. 11. quibus ex caus. in possess. eat. Vbi Paulus scribit, si filiofamilias legatum vel fideicommissum relictum sit sub conditione, dicendum esse tam ipsum quàm patrem in possessionem mittendos esse, quia ambo spem commodi habent. Pater quidem propter ius potestatis si volet sibi acquiri. Ac proinde non ratione vsusfructus quem solum habet in bonis filij aduentitius ex Iustiniani constitutionibus vt vulgo nostri interpretantur (fuit enim Paulo ius illud incognitum) sed ratione dominij, quod olim patri per filium ex omnibus causis acquirerebatur. Filius autem, vt hoc etiam obiter monemus, & quia capax erat iam olim acquisitionis si pater nollet sibi per filium acquiri vt probauimus libro septimo, capit. nono. Et quia sperare poterat futurum fortasse vt sui iuris heret ante conditionis euentum, non quidem patris morte, quæ spes desperationi proxima esset, malique ominis plena, sed emancipatione iusta, quæ non minus patri quàm filio honorifica esse existimatur. Cum igitur spes illa legati

legati conditionalis consequendi non solum competat, sed etiam priuilegium habeat missionis in possessionem (quod non habet spes nata ex conditionalis stipulatione vt diximus) nec tantum in filiofamilias legatione vt diximus, sed etiam, quod magis mirum est, in legatarij persona, sed etiam, quod magis mirum est, in persona patris qui non est legatarius, cur non transmittitur in heredem legatarij qui eadem cum defuncto persona esse ceteretur? Auget dubitationem quòd magis debiti conditionalis quàm legati dies cenotio personæ ante conditionem euenerit l. cedere aitem. 213. de verborum signific. Item quod scriptum est in l. is cui. 42. D. de obligat. & action. eum cui sub conditione legatum est pendente conditione non esse creditorem sed tunc demum cum extiterit conditio: eum verò qui stipulatus est sub conditione etiam ea pendente creditorem esse. Nam si ita est, cur ergo legatario magis quàm creditori conditionalis fauemus vt & ei cauendum sit pendente conditione & in possessionem mitti possit. Nusquam enim scriptum reperias cauere conditionalis creditori, vno illo casu excepto, si bonorum separatio fiat l. 4. D. de separ. vbi Papinianus tractas de creditoribus quibus in diem aut sub conditione debetur, scribit æquè dari eis separationem quoniam & ijs communis cautione consistunt. Nimirum quia cautio illa non à debitore aut eius herede præstatur, sed à cæteris creditoribus defuncti bona per separationem quasi in solutum accepturis: ne alicui nulla profus videretur haberi ratio eorum creditorum, qui licet ante diem, aut pendente conditione nihil adhuc petere possint, in eotamen sunt vt aliquando possint, existente scilicet die vel conditione. Nam & ratio hæc facit, vt quamuis in possessionem mitti conditionalis creditor non debeat, si quis sit qui intercedere & prohibere velit, quia is demum sic mittitur qui missus potest bona ex edicto vendere, quod non potest creditor conditionalis, vt pote cui nihil debeatur quando pendet conditio d. i. penult. D. quib. ex caus. in possess. eat. in possessionem tamen mitti soleat l. in possessionem 6. eod. quia potest ea missio utilis esse si forte à nemine prohibeatur. Sic enim duos illos Pauli locos qui inuicem pugnare maximè videntur, conciliandos arbitror, non quomodo Jacob. Cuiacius qui libr. 10. Obser. capit. 42. existimat mitti creditorem conditionalem in possessionem si initium inspicias, non etiam si effectum. Quasi verò non possit illa missio sufficere, suumque effectum habere ad peragendam bonorum venditionem si postea conditio existat. Quis enim dicat noua missione opus fore? At quis creditorem conditionalem ei comparet qui vel ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem, vel qui exceptione potuit summueri? Illi siquidem propter nullam causam missi dicuntur, quia nec iusti sunt creditores l. 1. §. hæc verba. ff. ne ius fiat ei qui in possess. miss. est. At creditor conditionalis verè creditor est propter vinculum obligationis iam contractum, ex quo futurum omnimodo est vt existente quodcumque conditione debitor vel inuitus obligatus reperiat, licet nihil interim re vera debeatur, quia fieri potest vt conditio nunquam existat d. l. is cui de obligat. & action. l. creditores. 10. de verb. sign. Nec eo magis tamen huic quàm illis prodesse potest edictum prætoris quo vim fieri vetat ei qui in possessionem missus sit: quoniam ea verba edicti quamuis ea res sunt ob quam in possessionem missus erit tempus illud præcisè demonstrant quod fuit cum missio fieret. Quo tempore inspecto non potest videri quicquam interesse creditoris conditionalis, imò nec creditoris in diem l. Fulcitur. 7. §. si in diem quib. ex caus. in possess. eat. cuius tamen

solet alioqui longè melior in quibusdam esse conditio quam creditoris conditionalis. Illud enim vtrique commune est vt neuter actionem habeat, & petitionem nisi postquam venit dies aut conditio extitit. Difficilis itaque inuestigatio est rationis, propter quam tot, tamque discrepantes differentiæ inductæ sint inter legatarium & creditorem conditionales. Scio Accursium & vulgares interpretes ad d. l. que legata, eam rationem reddere, quòd in contractibus factum filij versetur, in legatis non æquè. Sed ratio illa præter id quod iuri consentanea non est (neque enim plus iuris habet pater in iis quæ per filium ex filij ipso iure facta, quàm in iis quæ aliunde sibi quaeruntur) in illo etiam laborat quod non est generalis. Ad eas namque stipulationes duntaxat pertinet, quæ à filiofamilias interponuntur. Nos autem de omnibus generaliter quaerimus. Cur in iis tempus contractus spectetur, non, vt in legatis, existentis conditionis: aut vt interpretum more loquamur, Cur in contractibus conditio existens retrahatur ad tempus contractus, in legatis autem non retrahatur ad tempus testamenti vel mortis? Placet plerisque differentiæ inde profectam esse quòd contractus omnes non nisi interueniente duorum pluriumve consensu proficiantur. idèoque maiorem vim habere debeant ad retrahendum, quàm legata, quæ ex vnius tantum hominis, i. testatoris pendent voluntate. Sed illa diuersitas noua potius dicenda est quàm ratio diuersitatis. Quis enim nesciat tantæ potestatis esse voluntatem testatoris in iis quæ pendent ex testamento, quanta esse potest voluntas contrahentium in contractibus æstimandis? Nimirum eadem legis autoritate quæ contractus fouet, supremas quoque defunctorum voluntates & confirmante, & adiuuante. Nec subtiliores ex recentioribus, qui nullam inter legata & stipulationes differentiæ agnoscunt stricto iure inspecto, sed tantum ex æquitate vno illo casu quo agatur de re per filiumfamilias quaesita patri ex legato aut ex stipulatione: rationem illam æquitatis afferentes, quòd in acquirendis legatis nulla sit industria filij, quam tamen in stipulando interuenire necesse est: æquissimum autem sit industriam filij deberi patri. Nam imò verò differentiæ hæc parte manifesta constituitur inter stipulationes & vltimas voluntates in d. l. que legata. Et ratio illa Pauli in d. l. si filiofamilias. 78. de verb. oblig. quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus proculdubio iuris stricti ratio est non æquitatis, quæ nec iuri stricto hinc vllomodo repugnat. Cur verò in stipulationibus, nisi ad differentiam vltimarum voluntatum? Vtique enim dici non possit ita scriptum ad differentiam cæterorum contractuum, quandoquidem in eo similes sunt omnes stipulationibus l. 1. l. qui balneum. 9. vers. amplius. l. potior. 11. §. videamus. D. qui potior. in pignor. habeat. In illo etiam ratio istorum manca est quod stipulationibus omnibus non conuenit, sed iis duntaxat quæ per filiofamilias interponuntur, cum tamen Pauli verba illa quæ retulimus sint generalia ad omnes omnino stipulationes. Nec dissimilis aliorum error est qui dissimilitudinis causam ex eo adferunt, quòd contractus ex re patris fieri præsumatur, eaque præsumptio cesset in legatis. Sed contrarius illorum qui Iacobum Cuiacium secuti aut potius Alciatum & Corrasium, dicunt præsumptionem esse quòd defunctus velit conditionis euentum expectari, contrahentes verò ab ipso contractus initio velint obligari: huius rursus præsumptionis rationem illam comminiscetes, quòd is qui contrahit non tantum sibi, sed etiam posteritati suæ prospicere velit l. si pactum. 9. D. de probat.

contractus autem conditionalis posteritati non proficeret, si non ab initio vires caperet, mortuo ante conditionis euentum promissore. Is autem, inquit, qui legat, solum legatarium spectat, non etiam illius posteritatem: Vnde illud quoque fieri volunt vt pendente conditione mortuo legatario legatum extinguatur, nec in legatarij heredem transmittatur. Quæro enim, Cum filiusfamilias stipulatur (de illo namque Paulus loquitur in d.l. filiusfamilias.) an dicemus velle eum prospicere suo heredi quem nec habere vllum potest quandiu filiusfamilias manet? An non potius id agit vt acquirat patri in cuius scit se esse potestate? Alia igitur ratio inuestiganda est propter quam hoc etiam in casu non minus, quam in cæteris spectandum sit tempus stipulationis non euenientis conditionis: eamque rationem talem esse oportet, quæ certi non præsumpti iuris nitatur autoritate.

CAPVT VII.

Vera ratio differentiarum de quibus proxime dictum est.

SVMARIA.

- 1 Cur in stipulationibus cæterisque contractibus conditionalibus illud tempus inspiciatur quo contractum est?
- 2 Explicatur & ampliatur ratio ab Africano reddita in l. qui balneum. 9. ff. qui pot. in pign. & §. i. eiusdem legis.
- 3 Quid in conditionalibus obligationibus adferat conditionis euentus?
- 4 Conditionem obligationi adiectam, priusquam existat, puritatis tantum priuationem esse.
- 5 Differentia inter diem & conditionem obligationi adiectam.
- 6 An conditiones qua extiterunt ad tempus obligationis retrotrahantur?
- 7 Creditori conditionali, licet pendente conditione verè creditor dici possit, neque pecuniam neque cautionem deberi, sed spem tantum competere.
- 8 Quid inde sequatur?
- 9 Cur in legatis conditionalibus aliud quam in contractibus & obligationibus sit constitutum? & varia super hoc dubitandi rationes.
- 10 Vnde petenda sit præcipua legatorum & contractuum conditionalium differentia?
- 11 Cur in legatis conditionalibus non spectetur tempus mortis testatoris?
- 12 Contractus omnes eo ipso tempore confirmari, quo fiunt, testamenta verò neque confirmari posse eo tempore quo fiunt, neque fieri eo tempore quo confirmantur.
- 13 Quid ex eo sequatur, quod sola legis potestate testamentum confirmetur?
- 14 Testamentum in ipso instanti mortis testatoris confirmari oportere.
- 15 Sed legata & fideicommissa, cæteraque qua vires ex testamento accipiunt specialis confirmatione non indigere.
- 16 Cur legatarius conditionalis ante conditionis euentum creditoris loco non habeatur, nec in eo mortis testatoris tempus spectetur?
- 17 Differentia quadam inter legatum in diem, & legatum conditionale.
- 18 Cur legatario conditionalis caueatur, non secus ac ei cui in diem certum legatum est?
- 19 Vnde ea cautio proficiat?
- 20 Cur si qui fundum sub conditione sibi dari stipulatus

- est, cautionem pendente conditione exigere non possit?
- 21 Legatum licet in diem aut sub conditione, rem legatam efficere.
 - 22 In quo legatarius conditionalis plus iuris habeat, quam creditor conditionalis.
 - 23 Legatarij conditionalis ius, quandiu conditio pendet, suspensum potius quam omnino nullum esse.
 - 24 Ius verò stipulatoris ex stipulatione conditionalis competens, ab ipso interposita stipulationis tempore subsistere.
 - 25 Non tamen ab ipso interposita stipulationis die, debiti conditionalis diem cedere.
 - 26 Cur non idem hac parte in legato quod in stipulatione conditionalis seruetur?
 - 27 Nomini conditionalis venditionem confessim subsistere, & non expectato conditionis euentu ex empto agi posse.
 - 28 Emendatur d.l. quæ legata. 18. ff. de reg. iur.

EGO, vt tandem dicam quod sentio, sic existimo, quæstionis huius difficultatem non in eo esse vt laboremus, cur in stipulationibus cæterisque contractibus inspiciendum sit tempus quo contrahimus, sed in eo potius cur in legatis conditionalibus aliter constitutum sit, specteturque dies euenientis conditionis. Nam quod ad contractus pertinet, quodnam obsecro, aliud tempus inspiciere possis, quam quo contractum est? An aliud vllum est, in quo contrahatur vinculum obligationis, ne sit in potestate promittentis, aut aliter se obligantis facere vt existente quandoque conditione ex eo contractu non sit obligatus? Id si quidem vnum est, ex quo vinculum obligationis æstimatur quod inducit necessitatem alicuius rei dandæ vel faciendæ, eo scilicet tempore aut casu qui obligatione continetur: qua necessitate nõ possit inuito aduersario se liberare is qui semel se obstrinxit, nisi iis modis quibus placuit obligationes iure tolli posse, vt apparet ex ea obligationis diffinitione quam Tribonianus posuit Titul. de oblig. instit. Et id est, nisi fallor, quod Africanus ait in d.l. qui balneum. 9. illis verbis licet enim eo tempore homo pignori datus esset quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse cepisset vt inuito locatore ius pignoris in eo solui non posset, portorem eius causam habendam. Et si enim ratio illa eo loco accommodata est ad pecuniam quæ in diem certum non sub conditione deberetur nõ minus tamen conuenit obligationi conditionali, quia nõ magis est in potestate illius qui sub conditione promisit, vt se liberet inuito stipulatore quandiu conditio pendet, quam si in diem certum deberet. Ac ne quis de eo dubitare posset subiicit statim *Amplius etiam sub conditione creditor tuendum putabat aduersus eum cui postea quicquam sub eodem scilicet pignore deberi cepit non quod paullo maiore dubitationem res non haberet in eo creditore cui sub conditione, quam in eo cui in diem certum deberetur, sed vt intelligeremus idem tamen hac parte in vtroque iuris esse: Nec rationem aliam subiicit vt apparetet priorem illam sufficere, & vtrique casui communem esse. Quod & apertius probat exceptio illa quæ sequitur si modo non ea conditio sit qua inuito debitore impleri non possit. Nempe quia in eo genere conditionum, quas vulgo potestatiuas appellant, cum in potestate debitoris sit facere ne conditio existat, puta non accipiendo pecuniam, vt in specie l. pen. D. que res pign. obl. poss. l. i. in fi. D. qui pot. in pign. hab. serè est vt nec vlla obligatio præcedere, contractaque esse videatur. At in cæ-*

teris conditionibus omnibus siue merè casuales sint, vt vocant, siue mixta, sicuti negari non potest contracta ab initio obligationem quæ faciãt ne impedire debitor possit quominus est tempus illud contractæ obligationis inspici debere, nec aliud vllum esse quod spectari possit. Quid enim aliud adfert euentus conditionis nisi vt cum semel conditio extitit perinde habeatur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, purè facta fuisset? vt Caius docet in d. l. potior 11. §. videamus eod. tit. Siquidem conditio priusquam existat, priuatio tantum est puritatis, vt ita loquar, id est quid efficiens ne obligatio pura dici possit, & consequenter nihil est, quia nec priuatio, si philosophis credimus, quicquam est. Posteaquam verò extitit, conditio amplius non est, sed sublata priuatione illa, apparet stipulatio talis qualis est, id est pura: In eoque dispar conditionis & diei ratio, Et si n. diei æquè ac conditionis adiectio facit ne obligatio pura dici possit, tamen dies certus aliquid ponit, & aliquid est, ad eò vt postquam semel venit, non magis videri possit obligatio pura ab initio fuisse, quam illud induci vt Calendæ Sextiles in qua concepta fuerat obligatio, sint Ianuarie in quibus contracta fuit stipulatio. Dies enim ex se ipso dies est, id est non idcirco fit dies quod obligationi sit insertus. At conditio illa Si Titius Consul factus erit, non aliam ob causam conditio est, quam quia sic à contrahentibus per modum conditionis expressa est. Nam hoc ipsum fieri Titium Consulem non est conditio nec quid conditionale, sed positium, & facti existentis: Fuit tamen conditio priusquam Titius Consul fieret, quia in eum casum & euentum qui incertus erat contractum est: & id eò vbi factum accedit, conditio deficit, ipsaque obligatio pura remanet. Quare nec improbo quod nostri iactare solent diem certum numquam retrotrahi ad tempus obligationis, quia nec potest. Sed illud non aequè probo, quod addunt, Condiciones retrotrahi, est me aliquando & sæpius ea loquendi formula vltum esse memini. Quomodo enim, aut qua arte, quibus denique machinis possis, retrotrahere id quod nihil nisi nihil est? Vulgatum illud est nostrorum brocardicum, nullas esse non entis qualitates: At vt quid sit retrotrahibile qualitas est. Efficit enim id quale. Non ergo fieri potest vt conditio quæ iam extitit retrotrahatur, cum eo tempore nec conditio amplius, nec aliud quicquam sit. Nec quod dicimus in stipulationibus conditionalibus spectari tempus contractus vllam inducit retrotrahendæ conditionis necessitatem. Nam & id euenit in stipulationibus quæ diem certum habent vt in iis idem quoque tempus contractæ stipulationis spectari oporteat, tanto magis quanto proprius accedunt puris cum ex iis dies debiti statim cedat, & tamen nemo est qui dicat diem certum retrotrahi inquam posse aut debere. Proinde quis iam miretur in stipulationibus cæterisque contractibus conditionalibus inspici tempus contractus? Aut, quod sit in consequentiam, mortuo ante conditionis euentum stipulatore, transmitti in heredem illius quod iam inde ab interpositi contractus tempore quæsitum defuncto fuit vt obligatum haberet aduersarium existente quandoque condicione? Quis denique non fateatur creditorem condicionalem verè dici creditorem eo inspecto quod debitorem iam habet obligatum: nec alio vllò facto suo indiget vt ei vinculum iniiciat obligationis? Sed tamen quia fieri potest vt conditio deficiat, atque ita appareat nihil vltimum debitum fuisse, cum obligatio sic contracta

fit vt ab initio conditionem habuerit, quæ non modò effectum, sed etiam natiuitatem obligationis suspenderet, illud quoque fatendum est, creditori conditionali quandiu conditio pendet, neque pecuniam neque cautionem deberi, sed spem tantum competere vt aliquando debeat, si conditio existat. Id enim facit ius ipsum iam natum & subsistens obligationis ea lege contracta. Vnde illud quoque fit quod supra diximus, vt in possessionem mitti non possit ex edicto si aut à debitore aut ab alio prohibeatur: missus tamè nec prohibitus possit bona ex edicto vendere post impletam conditionem, neque noua missione indigeat, qua utique indigeret si prior illa missio nullo iure facta videri posset. Eoque pertinent leges omnes quæ negare videntur debitorem esse eum qui sub conditione debeat, aut creditorem illum cui sub conditione debeat. *l. debitor. 108. de verb. sign. l. Fulcinius. 7. §. si in diem. D. quib. ex caus. in poss. eat. cum similib.* Atque hæc quidem, vt prædixi, in stipulationibus cæterisque contractibus per se sunt satis expedita. Sed illud difficile est, Cur in legatis conditionalibus aliud sit constitutum. An non enim sicut ex stipulatione aliòve contractu nascitur actio quæ creditori competit post existentem conditionem, ita & ex testamento illa quæ competit legatario conditionali postquam legati conditio extitit? An non in legatis sicut & in contractibus existens conditio legati facit vt legatum pro puro habeatur? An verò legato inserta conditio eandem conditionis naturam nõ habet quam haberet in stipulatione, vt aliquid esse existimetur, & quidem tale quod suum certumque tempus habeat, cuius ratio aliqua duci possit? Vtique. Sed differentia legatorum & contractuum conditionalium tota ex eo petenda est, quod ius ipsum legati conditionalis quocumque existente conditione petendi, non nascitur eo tempore quo testamentum fit, licet post impletam conditionem petatur legatum ex testamento. Nepe quia tamen si testamentum ex præsentis vires accipiat, & iam tunc valere debeat cum fit, non tamen potest ius vllum ex eo acquiri aut heredi aut legatario priusquam per legem confirmatum sit, quod non fit nisi mortuo demum testatore, non solum quod ante id tempus mutari reuocarique testamentum possit, sed etiam quia nec eius qui testatur, voluntas illa est, vt vel heredem vel legatarium vllum habeat nisi post mortem suam vt ipsa testamenti diffinitio probat. Mors igitur testatoris expectanda est per quam testamentum confirmetur. Nec proinde est quod quis iam querat, Cur conditio inserta legato non retrotrahatur ad tempus testamenti, si interpretum more loqui volumus. Sed illa tantum dubitatio superest, Cur nõ tempus ipsum mortis hac parte spectetur. Nam quod in obligationibus conditionalibus tempus contractus est, id in testamentariis causis est tempus mortis testatoris. Puto autem neque mortis tempus spectari, quia quod testamentum morte confirmatur non fit ex sola testatoris voluntate, id est ob id tantum quod testator eo demum tempore supremam voluntatem suam ratam esse, ac manere voluerit, sed præcipue ex legis autoritate & potestate, sine qua, vt sæpius à nobis tractatum est, testari nemo posset. Quandoquidem is qui testatur id agit vt bona sua omnia in alium transferat, sed ita tamen vt translationem conferat in id tempus quo ipse rerum suarum dominus amplius non erit, quod neque gentium, neque ciuilius iuris rationi conuenit. *l. Titio cum moriar 51. D. de v. s. l. Stichus. 39. de manum. testam.* In quo differunt sanè contractus à testamentis. Contractus enim omnes siue iure gentium siue ciuili induci sint,

eo ipso tempore confirmantur quo fiunt: adeo ut nec confirmari unquam possent si eo tempore non valerent: quæ sententia est *l. obligationes. 27. D. de oblig. & action. tantumque abest ut possit vtiliter concipi stipulatio in casum inutilem, ut etiam si ab initio constiterit, placet tamen plerisque, inutilem eam effici & resolui, si in eum casum recidat à quo incipere non potuit. *l. existimo. 98. de verb. oblig. l. pro parte. 11. D. de servit. l. quia in eum casum. 16. D. ad leg. Aquil. quavis perpetuum id non sit. *l. in ambiguis. 85. §. no est novum de reg. iur.* Testamenta verò neque confirmari possunt eo tempore quo fiunt, neque fieri eo tempore quo confirmantur: quamquæ valere ea iam inde ab initio necesse est, & viuo testatore, ut eius morte confirmari possint.**

13 † Ex eo autem quod sola legis potestate confirmantur, id est eo tempore quo nihil est ex parte testatoris iam defuncti quod cum lege possit concurrere: dico fieri ut quæcumque testamento continentur eo ipso modo valeant quo scripta sunt, & consequenter ut legatario conditionali nullum omnino ius aut in præsens aut in futurum tempus acquiratur, antequam condicio euenerit. Neque enim necesse est, cum defuncto iam testatore tam facile sit legi suspendere voluntatem testatoris, totumque ius legati conditionalis in id usque tempus quo existat condicio, quam eo ipso instanti quo primum testator mortuus sit, ius aliquod præfens futuræ obligationis inducere. † Testamentum quidem ipsum eo primo instanti confirmari oportet, quia non potest ea confirmatio vel minimo temporis momento manere in suspensio, propter præcisa illa verba legis *12. tabul. Paterfamilias vii super re pecuniarve sua legasset, si ius esto l. verbis legis. 120. de verb. signific.* Nam sicuti legis auxilium necessarium fuit ad confirmanda testamenta, ita necessarium applicari debuit eo ipso instanti quo necessarium esse inciperet, id est quo voluntas potestatisque testatoris deficeret. Instans autem illud, instans mortis est, aut quod iustati mortis proximè ac immediatè succedit. † Sed quod pertinet ad legata, fideicommissa, ceteraque; huiusmodi quæ vires accipiunt ex testamento, eiusque causam & ius sequuntur, nulla indigent speciali confirmatione, ob idque nec de iis tractandum est priusquam dies eorum cesserit, qui porro conditionalium non cedit, nisi existente demum condicione. † Quoniam autem lex confirmat supremas defunctorum voluntates ad eum prorsus modum qui testamento præscriptus est, dum ne quid contra leges aut bonos mores factum sit, nihil causæ est cur legatarium conditionalem creditoris loco habeamus priusquam condicio extiterit, aut cur non eadem lex ipsa conditionale legatum in suspensio reinere tantisper possit & debeat, quia nec testator ante id tempus quicquam iuris in legato aut pro legato eum habere voluit. Quare mirum non est si nec mortis tempus spectemus cum queritur de legato conditionalis, nec admittamus ut defuncto ante condicionem existente legatario, in ipsius heredem transmittatur. Vtrumque enim fieret non modò contra voluntatem testatoris, sed etià citra auxiliu legis, quod sicuti non interuenit nisi vbi necessariu est, ita nec nisi quatenus necessariu est. † Neque hac parte legatum in diem simile est legato conditionalis. Nam quod in diem certu debetur, morà tantum suspenditur, iamque deberi intelligitur, quia certum est diem venturu esse. Itaque siue vetus siue nouum ius inspicias, dies huius legati perinde cedit à morte testatoris atque si purè relictu fuisset, & ex eo tempore mortis testatoris legatu hoc confirmatur. Condicio autem tota ex incerto euentu pen-

det. De illa enim loquimur, quæ potest non existere, non de ea quæ sit omnimodo extatura, quæ nec conditio proprie dici debet. *l. quod si ea condicione. 18. D. de cond. indeb.* Cur ergo, iniquis, legatario conditionali cauetur non secus ac ei cui in diem certum legatum est? Respondeo id fieri non solum eleganti, sed etiam necessaria ratione. Nam cum dominium rei legatæ siue purè siue in diem, aut sub conditione legatum sit, transferri debeat à testatore in legatarium per legem, idque inuito herede (neque enim obligatus videri potest heres, si in eius arbitrio esset an obligari vellet) lex autem facere nequeat, ut quæ res heredi pleno iure semel quæ sita fuit, ei inuito auferatur, obstante nimirum iuris regulà *l. id quod nostrum. 11. de reg. iur. l. si ego. 9. §. 1. D. de iur. dot.* necesse fuit eiusdem legis potestate induci, ut legati dominium aut recta via transferretur in legatarium, quasi numquam factum heredis. *l. Titio 64. D. de furt.* (quod euenit illo tantum casu quo purè non in diem vel sub conditione legatum proponatur. *l. legatum ita. 80. de legat. 2.*) aut saltem pleno iure heredis fieri prohiberetur siue in diem certum aut incertum, siue sub conditione legatum esset, ut eueniente quocumque die vel conditione translatio illa dominij commodè & ex testatoris voluntate fieri posset quæ antea fieri non potuisset. Neque sanè ratio patitur, ut quod in diem aut sub conditione legatum est pendente die aut conditione tam pleno iure sit heredis quam si nullo modo legatu esset, licet neque quod in diem, neque quod sub conditione legatu est, acquiri interea legatario possit. Spes enim subest, & quidem certa venturæ dici certæ, incerta verò extituræ conditionis. Inde fit, ut non sine causa iubeatur heres cauere legatariis omnibus, id est iis etiam, quibus in diem aut sub conditione legatum est, ac ni faciat, pati ut legatarij mittantur in possessionem bonorum testatoris, edicto prætoris in eam rem proposito, de quo *in tit. D. ut legat. seu fideicom. nomin. causat. & Cur in poss. legat. vel fideic. seruand. caus. mittat.* † Et si enim iuris prætorij non civilis cautio illa est, ex eo tamen proficiscitur, quod lex non patitur heredis pleno iure esse rem quæ quomodocumque legata est siue purè siue in diem, siue sub conditione, ne sibi ipsa præcipiat facultatem confirmandæ & exequendæ voluntatis defuncti, in eum casum & in id tempus quo testator voluit, quandoquidem eadem lex est quæ hereditatis dominium tribuit heredi, adeoque iisdem verbis *d. l. 80. de legat. 2.* & quæ legatum conditionale in suspensio, ut iam diximus, manere vult, quândiu conditio ipsa pendet. Alioqui quam obsecro ratione cogi heres posset cauere eius rei nomine quam pleno dominij iure possideret? † Idque ex comparatione stipulationis conditionalis apertius intelligitur. Nam qui fundum sub conditione sibi dari stipulatus est, licet iam obligatum habeat promissorem ut existente quocumque conditione fundus dari debeat, non potest tamen petere ut pendente conditione sibi cauetur, aut prohibere ne fundum interea promissor alienet, eiusque dominium transferat in accipientem licet postea conditio existat. Quia verum est pendente conditione fundum quamuis sub ea conditione promissum, pleno tamen iure esse promissoris. Ex stipulatu verò contractam obligationem non nisi personam afficere, ut cum conditio extiterit conueniri promissor possit ad dandum fundum, id est ad fundi dominium in stipulatorem transferendum. *l. si ita distrahatur. 25. §. 1. de cont. emp. l. ubi autem. 75. §. ult. de verb. obl. condemnari autem debeat fundo iam alienato ad præstanda fundi verè æstimatione, sicuti, si fundus post morà chasma-*

te perisset. *l. si seruum 51. §. ult. eo. l. promissor hominis 23. D. de constit. peccun.* † Legatum verò rem ipsam quæ legata est afficit tametsi in diem aut sub conditione legata sit non ut eam obliget legatario (ius enim illud pignoris noua Iustiniani constitutione inductum est. *l. 1. §. 3. C. commun. de legat.* nec aliud pignus in legato habere olim legatarius potuit nisi quod vel à testatore ipso constitutum esset, vel à prætoris permissione in possessionem, de quo accipi debet *d. l. 4. de separ. ex l. 3. l. qui legat. 5. C. ut in poss. legat.*) sed ut impediat, quemadmodum dictum est, ne interea res legata pleno iure sit heredis. † Cui consequens est ut in eo quoque legatarius conditionalis plus iuris habeat, quam creditor conditionalis, quod pendente legati conditione, si non cauetur, mitti potest in possessionem bonorum defuncti, & siue ab herede ipso iure ab alio prohibeatur actionem habet ex alia edicti parte in id omne quod sua interest sibi cautum esse, in quo ipsa etiam rei legatæ æstimatio continetur. *d. l. pen. D. quib. ex caus. in poss. ear. quia* ut Paulus inquit, *interest eius cautum habere.* Siquidem cautio ei debetur vel ob hoc maxime ut appareat rem legatam non esse interea heredis pleno iure. Itaque licet id quod sub conditione legatum est nondum legatario debeat non magis quam si nullo modo legatum esset, tamen dici non potest nihil ei deberi cui cautio debetur. † Ac quemadmodum in postliminij fictione dicimus filium eius qui apud hostes est re vera quidè esse sui iuris, quia eius pater re vera seruus hostium est, sed tamen quândiu pater viuus non videri potest eno iure aut ut Papinianus loquitur *in l. pen. de suis & legit. in plenum patria potestate liberatum propter suspensio iuris constitutionem, quæ facit ut iura quæ pater in ciuitate habuit in suspensio retineantur, non abrumperent. l. illa institutio 32. §. 1. de hered. instit.* Ita dicendum est rem sub conditione legatam nullo modo interea debitam esse legatario, ac proinde reuera heredis esse cuius est hereditas, *l. in bonis 12. §. ult. D. de usufr. l. omnia 23. §. 1. de legat. 2.* [ponimus enim legatam rem hereditariam aut quæ sit heredis ipsius non alterius] sed tamen non videri pleno iure ad heredem pertinere propter potestatem legis quæ eam in suspensio retineat legatum conditionale, facit hoc ipso ut quândiu condicio pendet, legatarij quoque ius suspensum potius quam omnino nullum esse intelligatur: adeo ut sicut legatam interim sibi acquirere non potest, ita nec repudiare possit. *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione de legat. 2.* sed tantum spem futuri iuris sibi iam competentem per pactum remittere si velit, *l. 1. C. de pact. l. de fideicommissio 11. C. de transact.* † Quod in stipulatione conditionalis non similiter tractari potest. Ius enim stipulatoris competens ex stipulatione conditionalis, tametsi condicio pendeat, non est in suspensio, sed ab ipso interpositæ stipulationis tempore subsistit, quia quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahant nisi & ex nostra persona & ex eo ipso tempore quo contractus sit initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt. *l. quæcumque 11. Digest. de obligat. & action.* Quomodo etiam fieri posset ut post existentem condicionem obligatio ex contractu nasceretur quæ ab ipso contractus tempore initium nullum sumpsisset? An non ita fieret ut ex non contractu potius quam ex contractu obligatio nasceretur? Neque enim dici potest tum videri contractum cum stipulationis condicio impleta est, non magis quam illud admitti ut tum impleta condicio videatur cum sub conditione contractum fuit. Implicatur enim ista contraditio. † Neque tamè conse-

queris est ut ab ipso interpositæ stipulationis die, debiti conditionalis cedat dies qui condicione ipsa suspenditur. *l. cedere dicitur. 213. de verb. signific.* Cur verò debiti conditionalis diem cedere aut non cedere dicemus, si debitum nullum esset, prius etiam quàm dies cederet? † At qui, dicat aliquis, de legati conditionalis die cedente similiter tractari potest prius etiam quàm condicio extiterit tot. *ut. quând. dies legat. ced.* Respondeo, inde nimirum rectè inferri posse: Legatum ergo ut fuerit, esse necesse: sed non fore rectam consecutionem si quis dicat Legatum est, Ergo debitum est. Potest enim legatum esse nec tamen villo modo debitum, nempe si legatum sit sub conditione, Vtrumque siquidem verum est, Legatum conditionale, & legatum esse, & debitum non esse. Nimirum quia non eodem tempore legatum sit & deberi incipit. Fit à viuo testatore. Deberi autem incipit post mortem testatoris, quia ut debeatur fit per legem, quæ potestatem & auctoritatem suam non prius accommodat, quàm testator decesserit, quando nec alia testatoris voluntas fuit. At ut id quod sub conditione debitum est nullo modo debeat, adeoque ut quod rectè ritèque licet sub aliqua conditione, promissum est, prorsus interea indebitum sit, non magis fieri potest quàm ut quid idem sit & non sit: & omnino necesse est ut debitum esse incipiat eo ipso instanti quo fit, id est, quo contrahitur: quia nec alio tempore lex approbat stipulationem aliòve contractus conditionales, ut obligationem parere possint quàm eo ipso instanti quo fiunt, ut supra diximus *ex l. obligationes. 27. de obligat. & action.* Denique existens condicio stipulationis non tam obligat promissorem quam efficit ut ex die contra stipulationis obligatus reperitur. Prius autem est ut quis obligetur, quam ut obligatus appareat. † Inde est quod si Titius tibi decem sub conditione debeat & ego nomen eius abste emam, confestim venditio subsistit, adeoque non expectato euentu conditionis possim ex empto agere ut vel acceptum ei facias. *l. multum. 19. D. de hered. vel act. vendit.* Nam si nullum adhuc nomen, nulla obligatio esset, neque fieri posset ut valeret venditio sine re quæ veniret. *l. nec emptio. 8. de contrahend. empt.* neque ut per acceptilationem liberaretur qui nondum esset obligatus quomodo nec per delegationem liberari potest is qui legatum sub conditione debet. *l. legata. 41. de cond. & demonstrat.* † Illud non est prætermittendum, *28 in d. l. que legata. 18. de regul. iur.* erratum videri in illis verbis *etiamsi liberatis nobis potestate dormint condicio existat.* Habet enim lex sententiam generalem & quæ ad filiosfamilias commodius quàm ad seruos referri possit. Sed non probo quod Franciscus Hotomanus in obseruat, docuit expungendam esse dictionem illam *domini.* Potius enim dicerem pro *domini* legendum esse *demum*, esset que multo probabilior emendatio. Quamquam si quis pertinacius velit contendere, Pomponium eo loco de seruis duntaxat locutum esse, quemadmodum & de filiosfamilias tantum Paulus agit *in dict. l. 78. de verborum obligation.* cum tamen eadem hac parte ratio sit filiosfamilias & serui, ego non valde repugnabo. Sicque sensisse videntur ij qui post *d. l. que legata*, subiecerunt eadem ipsa Pauli verba quæ extant *in dict. l. 78.* quæ tamen lex in Florentina & Haloandri editione deest. Fuimus longiores in his explanationibus, quia sunt subtilissima, & ex intimis iurisprudentiæ nostræ mendullis deprompta.

Pessimè à compositoribus corruptum Caij responsum in §. si reo. l. si à reo 70. D. de fideiussor.

S V M M A R I A.

- 1 An si reo in fundum obligato fideiussor in vsumfructum accipiatur, an inquam obligetur, quasi in minus, an verò non obligetur, quasi in aliud.
- 2 Sensus eorum quæ à Caio in d. §. si reo. premissa sunt antequam ad propositam questionem respondeat.
- 3 In quo eius §. questio consistat.
- 4 Rationibus & legibus probatur vsumfructum à fideiussore promissum ius quoddam esse ab ipsa proprietate separatum.
- 5 Species & ratio §. si fundum. l. si cum argentum ff. de except. rei iudic.
- 6 Vsumfructum non esse reuera fundi partem integram.
- 7 An sit pars homogenea.
- 8 Tria esse corporum genera, & ex quo genera fundus sit?
- 9 Emendatur l. recte dicimus. 25. ff. de verb. signif.
- 10 Respondetur ad l. qui vsumfructum 58. ff. de verb. oblig. ex qua nonnulli probare volunt vsumfructum fundi partem esse.
- 11 Cur is qui vsumfructum fundi, deinde fundum stipulatur, ei similis sit qui totum primò deinde partem stipulatur.
- 12 Quo sensu accipiendum sit quod à Paulo in l. 4. de v. lufc. scriptum est vsumfructum in multis casibus partem dominij esse.
- 13 Tullij locus de vsumfructu notatur.
- 14 Verba illa d. l. qui vsumfructum si vsumfructus detrahitur, ad contrahendum voluntatem referenda esse.
- 15 In stipulationibus & pactis semper ante omnia id sequimur quod actum est.
- 16 Exemplis res illustratur.
- 17 Eum qui fundi in quo vsumfructum habebat venditioni consentit doli exceptione repelli, si eum vsumfructum postea vendicare velit.
- 18 Argumento sumpto. ex l. suæ rei & seqq. de contrah. empt. probatur vsumfructum fundi partem non esse.
- 19 Contraria hac esse, scindi pretium, & minui officio iudicis.
- 20 Alia lex in superiorem de vsumfructu sententiam allegatur.
- 21 Quid ad propositam initio questionem à Caio in d. §. responsum fuisse credibile sit?
- 22 Tribonianum & ceteros compositores suam sententiam pro Caij responso in d. §. si reo. subiecisse.
- 23 Reprobatur ratio sententiæ illius suppositivæ.
- 24 Nec formalem, nec causalem vsumfructum fundi partem esse.
- 25 Revertitur distinctio vsumfructus in causalem & formalem.
- 26 Eum qui plenam proprietatem habet, vsumfructum proprie nullum habere.
- 27 An de nuda proprietate domino accipienda sit. l. quod nostrum 63. ff. de v. lufc.
- 28 Sententia l. si dominus. 72. ff. eod.
- 29 Quid plenæ proprietatis appellatione contineatur?
- 30 Duplex compositorum error in d. §. si reo.
- 31 Obseruantur quadam ad l. quid aliud. 86. ff. de verb. signific.
- 32 Verba manum Triboniani vel ceterorum compositorum in d. §. si reo. prodentia.

33 Quenam aequitatis ratio Tribonianum & ceteros compositores mouere & fallere potuerit?

Si reo in fundum obligato, fideiussor in vsumfructum accipiatur, quaeritur est vtrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. Certum enim est fideiussoris obligationem licet sit accessoria non tamè vsque ad eò sequi natura principalis obligationis vt non possit esse leuior, sed illud duntaxat prohibitum esse ne qua ratione durior constituitur: Neque rursùm sufficere vt nò sit durior, sed illud etiam requiri vt in alià causam fideiussor acceptus videatur. Nam si is qui decem tibi debuit, fideiussorem dederit à quo tu decem aut Stichum stipulatus sis, dicimus fideiussorè nullo modo obligari quasi in aliam causam acceptum, quamuis durior non sit, quin potiùs leuior eius conditio. *l. græcè. 8. §. si quis Stichum in fin. ff. de fideiuss.* Ad propositam verò questionem responditur Caius in l. si a reo. 70. §. si reo. co. iur. sic praefatur: *Nobis in eo videtur adhiberi esse, vbi fructus pars rei sit an proprium quoddam.* Quibus verbis haud dubie insinuat, si vsumfructus pars rei sit, vtiliter acceptum videri fideiussorem, sin proprium quiddam, non aequè. Si enim admittas vsumfructum partem esse fundi qui principali obligatione continetur, statim consequens erit neque in aliam neque in durio rem causam acceptum fideiussorem, qui vsumfructum promissit. Nam & minus promittit qui partem, quam qui solidum, & in eandem non in aliam causam accipitur, qui in eiusdem rei quæ iam debetur partem se obligat. Quæstio igitur, si Caio credimus, in eo est, An vsumfructus pars fundi sit, an ius quoddam fundi abstractum, vt ita dicam, & per se subsistens. Quid enim magis aliud, & diuersum, quam ius fundi ab ipso fundo? Siquidem fundus res corporalis est, ius verò fundi res incorporalis. Vtrum verò probabilius sit, id est, an vsumfructus à fideiussore promissus fundi pars, an fundi ius censerit debeat, non est difficilis & obscuræ inuestigationis. Et si enim qui fundum dicit non nudam proprietatem intelligit, sed plenam, id est cum vsumfructu coniunctam *l. si alij. 19. de v. lufc. legat.* non tamen perinde ex contrario qui dicit vsumfructum, vnam dominij partem intelligit, quæ proprietatem fundi ex nuda plenam faciat, sed ius quoddam seruitutis ab ipsa proprietate omnino separatum. Idque est quod Papinianus eleganter & aperte scribit in l. Manius. 66. §. pen. de leg. 2. vsumfructum licet emolumentum rei contineat in iure tamen non in parte consistere. Cui non dissimile illud est quod idem Papinianus in l. si Titio. 33. §. 1. de v. lufc. monet vsumfructum in quibusdam casibus non partis, sed iuris effectum obtinere, vt puta, inquit, si fundi vel fructus portio petatur, & absolute secuta postea pars altera quæ adcreuit vindicetur, in lite quidem proprietatis obstabit exceptio rei iudicata, in fructus verò non obstabit, quoniam portio fundi velut alluuium portioni, vsumfructus verò personæ adcreuit, quod & scriptum est in l. e. an eadem. 14. §. 1. de except. rei iudic. Elegantiior autem est in eandem rem species illa à Pomponio tractata in l. si cum argentum. 21. §. si fundum eodem tit. vbi ait si fundum meum esse petiero, deinde postea vsumfructum eiusdem fundi petam qui ex illa causa meus sit ex qua meus erat fundus, obstaturam mihi rei iudicatae exceptionem. An quod vindicem nunc partem eius rei quam antea totam vindicauit? Minimè. Sed ex contrario, quia, vt Pomponius ait, qui fundum habet, vsumfructum suum vindicare non potest. At si vsumfructum cum meo esset vindicauit, deinde proprietatem nactus iterum de v-

de vsumfructu experiri, potest, inquit, dici alia res esse quoniam postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior vsumfructus, & iure proprietatis quasi ex noua causa meus esse coepit. Ergo vsumfructus non est vera pars fundi. Nam si esset, vtique non posset facere mutata causa vsumfructus vt alia non posset esse pars eius rei, quæ eadem maneret. Nemo enim dixerit alium esse fundum siue in totum siue pro parte. Quomodo autem fieri queat, vt eadem res inaneat, cuius pars aliqua vel minima mutatur, & alia esse incipit? Partem namque hic integram intelligo, non homogeneam & numericam, de qua in l. proponitur 76. ff. de iud. Nam qui dicunt vsumfructum partem fundi esse, non ad aliud respicere possunt, quam ad id quod fundus ex proprietate nuda & ex vsumfructu tanquam ex partibus integralibus constat. Itaque cum verum sit quod eleganter Alphenus concludit in d. l. proponitur, eandem rem existimari debere cuius eadem species consisteret, dico eandem speciem consistere non posse cuius partes integrales mutantur, siue specie, siue etiam numero tantum mutantur: ac proinde si post eiusmodi mutationem eadem nihilominus res & species maneret, ex eo intelligi, Non igitur partem integram eius rei fuisse id quod mutatum est. Quod si quis, vt hinc se euoluat, probabilius putet vsumfructum fundi partem esse homogeneam, is multo absurdiùs errauerit. Homogeneas enim partes eas appellamus, quæ eiusdem proflus cum suo toto sunt & naturæ & hominis, quomodo dicimus partem hereditatis esse hereditatem, & quod magis ad rem nostram pertinet, Partem quamlibet fundi fundum esse. Quis autem vsumfructum solum exprimere volens, fundum simpliciter vnquam dicit? Sed & cum tria sint corporum genera de quibus tractat Pomponius in l. rerum mixturæ 30. de v. lufc. constat certe fundum esse ex primo genere, quod est vnitorum, cuiusmodi etiam est homo, trignum lapis & similia: quorum proprium illud est, vt non vnita esse non possint, quin dissoluantur, & separata diuersaque corpora, diuersae res efficiantur. Atqui vsumfructus & per eumque & comode separatur non solum à fundi proprietate nuda, sed etiam à fundo ipso, & quidem ita vt idem tamen fundus maneat, idemque fundi nomen retineat. Quia rectè dicimus eum fundum totum nostrum esse etià cuius vsumfructus ad alium pertineat. Quid enim totum meum dicatur cuius non potest vlla pars dici alterius esse? quemadmodum subtiliter & verè Paulus ex Iuliano disputat in l. eodè dicimus 25. de verb. signif. vbi illa etiam ratio additur, quia vsumfructus non dominij pars, sed seruitus sit. sic enim legendum est non vt vulgo seruitutis cum seruitutis quæ proflus indiuidua est, pars nulla vsquam esse aut intelligi possit. Nec est contrarium quod ex eodem Iuliano proponitur in l. qui vsumfructum 53. ff. de V. O. cum qui vsumfructum fundi stipulatur deinde fundum similem esse ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia, inquit, fundus dari non intelligitur si vsumfructus detrahitur, & e contrario eum qui fundum stipulatus est deinde vsumfructum, similem esse ei qui totum stipulatur, deinde partem. Nam respondeo vel ex eo maxime loco probari potius, vsumfructum reuera fundi partem non esse. Si enim esset, consequens plane fieret, vt qui vsumfructum primò deinde fundum stipulatus fuisset, priore stipulatione partem, posteriore totum stipulatus diceretur, & contra vt qui fundum primò deinde vsumfructum stipulatus esset, priore stipulatione totum, posteriore partem comple-

xus dici deberet. At non ita Iulianus loquitur, sed hunc similem esse ait illi, qui primò partem deinde totum, aut qui totum primò deinde partem stipulatur. Quod si non nisi similis est, ergo idè non est. Quid enim aut vulgariùs aut verius, quam nullum simile idem esse? Cur verò similis est? Quia vsumfructus licet pars & portio fundi nullo modo sit, partis tamen & portionis instar obtinet, quomodo loquitur Papius in l. cum filius. 76. §. dominus de leg. 2. Hoc ipsum verò cur ita? Nimirum quia partis effectum habet vt idem ille ait in d. l. si Titio. 33. §. 1. de v. lufc. quoniam scilicet rei emolumentum continet d. §. dominus. & l. Manius. 66. §. pen. eo. iur. de leg. 2. Itaque quod vno tantum iuris loco, id est in l. 4. ff. de v. lufc. ex Paulo scriptum est, vsumfructum dominij partem esse, non semper & absolute, sed in multis causis, necessariò sic accipiendum est, vt in iis ipsis causis partis effectum obtineat, quomodo Paulus cum Papiniano in d. l. si Titio. §. 1. loqui debuerat, non vt re vera pars sit d. l. recte dicimus. Dominus enim absolute & verè dicitur quisquis habet proprietatem, licet vsumfructus alienus sit l. 1. §. ff. ad S. C. Si lan. Et verò quanam obsecro alia dubitandi causa esse potuit apud Papinianum supradictis locis, nisi illa quod vsumfructus in iure tantum non etiam in parte consistat? Videbatur enim ea ratione legatum fundi abundè praestitisse heres qui fundum etiam sine vsumfructu praestitisset. Sed obstat ratio voluntatis quæ non patitur, vt videatur testator sensisse de eo fundo cuius fructum siue heres ipse siue alius retineret, quia vsumfructus portionis instar obtinet, nec immeritò, cum totius rei emolumentum contineat. Quia de causa Marcus Tullius in quadam epistola multò audacius & à iure nostro alienis scripsit, id cuiusque proprium esse quo vtitur fructur. Quod etiam pertinet ratio illa Iuliani in d. l. qui vsumfructum, quia fundus dari non intelligitur si vsumfructus detrahitur: vbi tamen obseruari volo non sic Iulianum loqui vt dicat fundum non dari si detracto vsumfructu detur, sed re vera etiam datur si nihil nisi nominis vim & proprietatem significationem intueare, d. l. recte dicimus, sed ait dari non intelligitur, vt hoc ipsum ad contrahendum potius voluntatem referamus, quæ illa proculdubio fuit cum in stipulationem fundum deduxerunt, vt de fundi etiam commodo & emolumento cogitarent. Nam in stipulationibus et si stricta interpretatio fieri solet ne promissor ultra quam disertis verbis expresserit obligetur l. quicquid adstringenda. 99. eodem tit. semper tamen id ante omnia sequimur quod actum est l. semper in stipulationibus. 38. de reg. iur. Hinc illud etiam est quod si pactus sum de non petendo fundo, postea verò vsumfructum petam, pacti conuenti exceptio contra me aptanda sit l. si vnus. 27. §. pen. ff. de pact. nempe ex interpretatione pacti potius quam ex vi verborum, vt dictio illa demonstrat aptanda. Item quod Paulus subiungit idem esse si pactum interuenit ne nauem aut aedificium peterem, & dissolutis his singularis res petam. Quis enim putet singulas res ex quibus nauis aut aedificium constat nauim vel aedificium dici debere? Item quod subiicit, nisi specialiter aliud actum est. Neque enim id agi potest, vt de qua re non petenda paciscor, eius partem aliquam petere adhuc possim: & plus valeret proculdubio hoc casu quod dictum quam quod actum esset, vt & in elegati illa nec valde dissimili specie d. l. si alij. 19. ff. de v. lufc. legat. In de illud quoque est, quod si eam fundi vsumfructum haberem eum fundum tu volente & consentiente me vendideris, & ego postea meum in eo fundum vsumfructum vindicare velim, obstat mihi debeat exceptio

doli l. apud Celsum. 4. §. *quasi* est si cum fundi. ff. de dol. except. quia non est dubitandum quin per venditionem, cui ego consensu, id ageretur inter te & emptorem ut fundi commodum & emolumentum totum a te in emptorē transferretur. Ceterum doli exceptio necessaria est, quia stricto iure usufructus mei vindictio mihi perinde competit, ac si venditori non consensissem, quia non consensu ut usufructu, sed ut fundum venderes, cuius pars utique ceteri usufructus non potest. Alioqui certum est non fore mihi saluam vindicationem eius rei cuius venditioni consensissem, ne quidem stricto iure, quandoquidem is qui rem suam ab alio vendi scit & consensit, perinde eam alienat ac si ipse venderet. In proposito autem, cum fundi tantum in quo usufructu habebam venditioni consenserim, pugnat iuris stricti ratio cum æquitate, & proprietatis verborum cum voluntate contrahentium. ob idque doli exceptione utendum est: cuius videlicet inducenda ratio alia non fuit quam ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem æquitatem prodesset l. 1. eod. iul. ¶ Illud quoque superioribus accommodatè subiici potest, quod scriptum est in l. sue rei. 16. & seqq. ff. de coir. empt. suæ rei emptione non valere siue scies quis siue ignoras emat, nec tamē obstare emptioni, si in ea re usufructus duntaxat ementis sit. Atqui si ea res communis emptori cum venditore fuisset, dici deberet scisso precio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere. Quid enim apertius, quam ex eo probari usufructum partem fundi non esse? Nam si esset, sequeretur, emptionem pro parte utilem pro parte inutilem esse, preciumque scindi oportere. Sed tamen quia verum est usufructu portionis instar obtinere, quoniam rei emolumentum continet, illud etiam æquitate iudicij bona fidei admittendum est, officio iudicis minui pretium debere ut ait l. 17. eod. iul. ¶ Sunt autem hæc contraria, Scindi pretium, & minui officio iudicis. Scinditur ipso iure cum pro parte duntaxat emptio valet. Minuitur officio iudicis, cum totius rei vendita emptio subsistit, sed tamen æquum est alicuius rei rationem haberi, ut in l. non quocumque 82. §. fundus de legat. 1. ¶ Denique ne singularis iuris locus qui ad hanc rem pertinent, conquiramus, utget maximè pro nostra sententia, quod in l. 4. §. 1. De in diem addit. Ulpianus & Iulianus quarit si res in diem addicta interciderit, vel ancilla decesserit, an partus vel fructus eius nomine adiectionis admitti possit. Et negat admittendam adiectionem: quia alterius rei quam eius quæ distincta est non solet adiectionis admitti. Alia ergo res est fundus ipse, alia fundi usufructus. Et usufructu partem fundi non esse ex eo apparet, quod si rei vendita pars perierit post additionem in diem potest reliquæ partis adiectionis admitti, ut idem Ulpianus ex eodem Iuliano subiicit in §. seq. & in l. quod autem. 11. in fi. co. tu. iunctis duabus ibidem sequentibus. ¶ Quæ cum ita sint, ut iam ad Caium nostrum redeamus, cum pro reo in fundum obligato fideiussor in usufructum accipitur, quarimus an fideiussor obligetur, si tota dubitatio in eo est, ut est, an usufructus pars rei sit, an proprium quiddam quemadmodum Caius scribit, quid aliud concludere possumus quam quod ad Caium responsum fuisse credibile est, fideiussorē in proposita specie nullo modo obligari? Quippe qui in aliam rem sit acceptus quam quæ a reo principali debeatur. ¶ Sed tamē longe aliter Tribonianus & compositoribus ceteris visum est, qui pro Caii responso suam nobis sententiam subiecerunt his verbis sed cum usufructus fundi

SUMMARIÆ.

- etiam id quod nostrum non est ad alium transferre. Necessario igitur locus ille intelligendus est de domino plena proprietatis; qui cum fundum habeat, non etiam usufructum, nihilominus usufructum etiam sine fundo potest constituere & constituendo transferre, qui tamen usufructum haberet, transferre illum non posset. Separandumque est ius usufructus à fructibus, aut si maius ab ipsa fructuum perceptione d. l. si usufructus. & l. 4. C. de pact. dotal. de qua scripsimus lib. 6. c. vlt. ¶ Quare si querās quid plenæ proprietatis appellatione contineatur, non dicam significari proprietatem quæ sit cum usufructu coniuncta (nulla enim ipsa talis proprietatis est) sed eam quæ fructuum commodo & emolumento gaudeat, vel, si matrem, à qua usufructus non sit separatim. Usufructus, non nisi per separationem constituitur, & consequenter cum proprietate coniunctus esse nunquam potest, licet separari possit, quia hoc ipso quo separatur fit usufructus qui antea non erat. ¶ Duplex itaque Triboniani & aliorum compositorum error fuit in d. §. si reo. Vnus in eo, quod usufructum ius fundi esse scripserunt. Nam si de usufructu causali intellexerunt, quomodo intellexisse eos necesse est, quandoquidem formalis cum sit seruitus, alia planè res est à fundo, is utique fundi ius non est sed domini ut diximus. Alter in eo quod fideiussorem acceptum in causam usufructus utiliter obligari voluerunt ratione illa quoniam usufructus fundi ius est, cum ea ratio contrarium potius probet, in aliam scilicet rem, ac proinde inutiliter acceptum fideiussorem, quando fieri nequeat, ut fundus eadem res sit cum iure fundi. ¶ Quod n. scriptum est in l. quid aliud. 86. D. de verb. sign. nihil aliud esse iura prædiorum quam ipsa prædia, qualiter se habentia, ut in l. 2. §. 1. de iur. iud. minuscule proprie dictum videri debet. Quamquam nec fundus ipse cuius plena proprietatis ad aliquem pertinet, potest dici qualiter se habere quod ad usufructum, quia neque domino neque sibi ipsi seruire prædium villo modo potest l. cum essent 33. §. vlt. de seru. rust. præd. ¶ Prætermitto quod locutio illa incivile est fideiussorem ex sua promissione non teneri. Tribonianum aperte prodit, cui nihil tam familiare est, quam incivile dicere quicquid putat ille minus convenire æquitati, licet iuris civilis rationi proflus coueniat, mirorque non sic ab eo scriptum fuisse satis incivile est aut satis inhumanum quomodo loqui eum solere aliis quam plurimis locis iam ostendimus. ¶ Illa autem æquitatis ratio generalis Tribonianum mouere aut potius fallere potuit, quod equissimum sit ex sua quæque promissione obligari & conveniri. Quod si tam generaliter verum esset, æquè posset concludere cogendum fideiussorem ut promissioni suæ satisfaciat, etiam si in duriores aut in aliam causam sit acceptus. Quasi verò sola stricti iuris ratione, ac non potius summa æquitate à prudentibus constitutum sit, ut fideiussor, qui non nisi velut accessio obligatur, nec in duriores nec in aliam causam accipi possit. Cum igitur æquitas in hoc casu à iuris ratione non abhorreat, nihil causæ est cur non pro fideiussore pronuntiari debeat ut usufructum promittendo pro eo qui fundum debebat quasi in aliam causam acceptus nullo modo obligetur. His verò quæ hoc capite diximus iungenda sunt ea quæ nos similiter de usufructu contra Tribonianum disputauimus lib. 5. cap. ut hominis inscitia & facilius & apertius detegatur.

CAPIT. IX.

Ad l. vlt. C. de instit. & substit.

1. Eam constitutionem ab Interpretibus ad omnes ferè species trahi in quibus de pupilli hereditate inter substitutum pupillarem & matrem pupilli, ut eam substituto præferam.
2. Tacitam pupillarem ex eorundem sententia contra matrem non admitti, & quanam tacita substitutio ab eis dicatur?
3. Melius fuisse si eam à lege subintellectam dixissent.
4. Tacitum aliquando id dici quod solè iuris potestate constituitur.
5. Qua ratione moti Interpretes tacitam pupillarem contra matrem admittendam esse negent?
6. Casus quo matrem per tacitam pupillarem excludi volunt.
7. Substitutione compendiosè hoc modo facta, Titius meus heres esto, quandoque is decesserit Sempronius ei heres esto, defuncto in iura pupillares annos filio, pupillarem substitutionem dicendam esse.
8. Dubitari ab Interpretibus an hac tacita pupillaris dicenda sit, an potius expressa.
9. Quid iuris si non verbis merè directis, sed communibus veluti per verbum substituto substitutio illa facta sit?
10. Medietatem secutos Interpretes dixisse, nec substitutum à matre, nec matrem à substituto in totum excludi.
11. Reiectis Interpretum sententiis ostenditur post Diui Marci constitutionem eum qui pupillo in vulgarem casum substitutus fuit, in pupillarem quoque substitutum intelligi.
12. Nec fauorem matris in medio existens substituto nocere.
13. Et testatorem qui de substituto impuberi dando cogitauit, de matre in totum excludenda cogitasse.
14. Matrem eo casu non solum à legitima filij intestati successione, sed etiam à quarela inofficiosi testamenti excludi.
15. Substitutum eo etiam casu matri præferri quo pupillaris substitutio in iuluer facta est.
16. Multo magis excludendam esse quam substitutio pupillo facta pro eo habetur ac si in pupillarem casum expressim facta esset.
17. Singularis species in qua Iustinianus matrem substituto præferendam esse credidit, in d. l. vlt.
18. Ulpianum in illa specie à Papiniano dissensisse.
19. Ratio Ulpiani pro substituto.
20. Quam rationem ex iure veteri Papinianus aduersus substitutum afferre poterit?
21. Vnde Papinianus coniecturam voluntatis pro matre aduersus substitutum in d. l. vlt. sumat?
22. Cur substitutus pupillaribus magis quam legitimis heredibus faueamus?
23. Aliis rationibus confirmatur suprascripta voluntatis coniectura.
24. Alia ratio à Iustiniano expressa adiungitur.
25. Substitutum extra speciem d. l. vlt. propter matrem non excludi.
26. Verba illa eiusdem legis, vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre decesserit, quomodo accipienda?
27. Distinctiones in specie d. l. vlt. adhibenda.
28. An si mater in d. l. vlt. coheres filio data non sit, substitutus excludatur si posthumus natus viua matre impubes decesserit?
29. Quid iuris, si coheres data sit, at non ventri sed filio iam nato sub ea conditione, si heres non esset?
30. Quid si pater compendio ita substituerit, quoadocumque posthumus decesserit Sempronius heres esto?
31. Quid si ventri ita substituerit, si posthumus natus erit & heres non erit?

- 32 Quid si non mater sed frater aliusve legitimus heres posthumus in medio sit ademque cum posthumus ex parte institutus, eique alius substitutus sine nascetur posthumus sine non nascetur?
- 33 An eadem aña sine paterna sine materna qua maris ratio constitutenda sit?
- 34 Matrem in specie d.l.vlt. substituto preferendam esse, licet ille sit ex liberis testatoris.
- 35 Nec distinguendum esse, utrum filius ille substitutus, eadem testamenta institutus fuerit cum matre & impubere an exheredatus?
- 36 Non referre etiam ex qua hereditatis parte mater fuerit instituta.

A Butuntur & interpretes, neque ex antiquioribus tantum, sed etiam quod magis mirari soleo, ex recentioribus & politioribus plerique celeberrima illa Iustiniani constitutione quæ extat in l. vlt. C. de inst. & subst. dum eam passim trahunt ad omnes ferè species in quibus de pupilli hereditate inter substitutum pupillarem & matrem pupilli contenditur ut matrem præferant substituto. Nam extra eum casum quo pupillaris substitutio expressim facta proponatur (qui casus nullam omnino dubitationem recipere potest) vix est ut non potiores matris quam substituti partes esse arbitretur, siue tacita pupillaris sit ea substit. de qua quaeritur, siue ut loquuntur, compendiosa: quasi his casibus verba substitutionis admittant dubitationem hoc ipso quo admittunt interpretationem, satisque matri ad vincendum esse debeat, si de substituti iure dubitari posse videatur. Illud primum pro constanti & explorato habent, sic facta impuberi substitutione, si filius meus heres non erit, Sempronius ei heres esto, qui vulgaris substitutionis casus est, licet ex Diui Marci constitutione pupillo in vtrumque casum substitutus datus intelligatur, ut testamentarium heredem omnimodo pupillus habeat, l. iam hoc iure, 4. ff. de vulg. & pup. subst. si tamen pupilli mater in medio sit, constitutioni Marci locum non esse, propterea excludi substitutum, ut matri ab intestato locus fiat. Id enim est quod aiunt tacitam pupillarem non admitti contra matrem. Tacitam vocantes eam quæ cum per solitam substitutionis pupillaris formulam esse expressa non sit, inducitur tamen ex legis potestate. Goueanus multo rectius à lege subintellectam dici debere docuit, quia tacitum proprie illud dendum dicendum sit, quod in expresso vi ipsa expressi contineatur propter tacitam eius qui aliud expressi voluntatem, ut eum tacita pacta dicimus de quibus in l. 2. 3. & 4. ff. de pact. Aut in dando mutuo tacite id agi ut eiusdem bonitatis & qualitatis res reddatur l. 3. ff. de reb. cred. At pupillaris illa substitutio quæ ex vulgari inducitur casum non modò dissimilem, sed etiam prorsus contrarium, non potest videri vilo modo contenta in vulgari expressa, siue vim verborum spectes siue solam patris substituentis voluntatem, ideoque legem & constitutionem ferri in eam rem fuit necesse, quæ defuncti voluntatem illam pupilli favore non tam interpretaretur, aut adiuvaret, quam suppleret, quòd per se facere prudentes nunquam certe potuissent. Quamquam nec nouum est, ut tacitè dicamus id quod sola iuris potestate constituitur. Nam & sic Iustinianus, alioquin satis malus latinus aut or, tacitam stipulationem dicit eam quam in dotibus favore mulierum induxit l. em. §. accedit. C. de rei. iur. act. & tacitam hypothecam quam æquè mulieribus pro dotibus dedit l. assiduis. 12. C. qui potior in pign. hab. §. fuerat inst. de act. Sic & tacita pignora vocamus illa etiam quæ nulla omnino pignoris con-

uentione præcedente sola iuris legumque potestate constituuntur l. 1. 3. 4. & pass. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. faci. contrah. Quo exemplo facillè feram ut pupillarem quoque substitutionem quam Marcus ex casu vulgari expresso inducendam putauit, tacitam appellemus. Hanc igitur tacitam pupillarem negant interpretes admittendam esse contra matrem, moti tantum ex l. vlt. C. de inst. & subst. quasi hoc ipsum Iustinianus eo loco generaliter constituit, ea potissimum ratione ne matri miseræ filio amisso luctuosa filij hereditas auferatur. Nisi, inquit, proponas substitutum aliquem ex liberis testatoris, quem testator verisimiliter magis quam vxorem suam dilexerit, aut alias adesse voluntatis cõiecturas ex quibus probabile sit voluisse testatorem ut mater omnino excluderetur, substitutus præferretur, ut puta si matri aliquid legauerit quo contentam eam esse iusserit, vetueritque ne quid amplius ex pupilli siue bonis consequi posset. Quòd si pater impuberi filio substituerit non in vulgarem casum, aut in pupillarem expressim, sed compendio verborum sine vilius ætatis præfinitione, hoc modo *Filius meus heres esto, Quandoque is decesserit, Sempronius ei heres esto*, nemo quidem dubitat quin defuncto intra pupillares annos filio substitutio pupillaris dicenda sit, quia dictio *quandoque* sicuti cetera omnia tempora continet, ita & illud quoque intra decimum quartum pupilli annum est. Sed quonia ætas ipsa pupillaris distere expressa non est, dubitant interpretes an tacita pupillaris hæc dicenda sit, an potius expressa, quando negari non potest aliquo modo expressam esse, verbis saltem generalibus. Quæstionis verò effectum in eo totum constitunt, ut si tacita sit, per eam mater non excludatur, si expressa, excludatur. Eū autem casum præcipue interpretes exagitant si substitutio facta sit non verbis merè directis, qualia illa sunt, quæ nos vtrupauimus, *Sempronius ei heres esto*, sed communibus, ut vocat, veluti per verbum *substituo* quod illi cõmune esse volunt non solum ad vulgarem & ad pupillarem substitutionem, quo solo sensu commune dicitur, si tamen dicitur in d. l. iam hoc iure, sed etiam ad directam substitutionem & ad fideicommissam, vtramque substitutionem appellantes. Et post multas altercationes ad eam tantè sententiam crebrioribus votis tanquam æquiorum & mediam decursum est, ut quia substitutio nec omnino expressa, nec prorsus tacita dici potest, mater quoque nec in totum excludat substitutum nec in totum excludatur à substituto, sed legitimam portionem sibi in bonis filij debitam consequatur, reliqua hereditas substituto relinquatur: sub iisdem tamen exceptionibus, quas supra retulimus: id est nisi ex aliis testamenti partibus, coniectura capi possit quòd matrè in totum excludi testator voluerit, quomodo haud dubiè voluisse creditur, si quem ex propriis liberis substituerit, siue is fratri impuberi cõsanguineus fuit siue vtrumque cõiunctus. Mihi verò traditiones istæ prorsus commentitiæ & à ratione iuris nostri alienæ semper visæ sunt, siue prudentum responsa siue Iustinianū consulamus. Nam quemadmodum ante Marci constitutionem certum ius erat substitutionem quæ pupillo facta esset in vnum casum, ad alium trahi non debere, nec voluntatis quæstio relinquebatur, quia iuris ratio faciebat, ut casum omnium pro omisso haberi oporteret l. commodissime 10. de liber. & posth. Ita post eam constitutionem quæ proculdubio ius nouum fecit, dubitari non potest quin is qui pupillo in vnum casum substitutus fuit, in alterum quoque substitutus intelligatur, d. l. iam hoc iure. Nec magis hodie quam

quàm olim voluntatis quæstio vlla relinquitur in re quam certo perpetuoque iure diffiniri placuit. Nisi quid aliud interueniat quod ex verisimili testatoris voluntate contrariam suadeat interpretationem. Cum enim Marci constitutio non aliam rationem habuerit quam ut voluntas testatoris suppleretur, conuenienda scilicet ex eo, quod testatorem animo adigitasse verisimile erat cum filio suo impuberi substitutum daret, rationi adprimè cõsentaneum est ut si alia testantis voluntas fuit, quam ut substitutio in vulgarem casum facta in vtrumque facta videatur, nullus sit locus constitutioni. Quòd verò est, obsecro, quod testatoris voluntatem obscuram & dubiam faciat ut cesset constitutio cum filio impuberi substitutus in vulgarem casum datus est matre in medio existente, si aliud nihil concurrat? An fauor matris quam, si aliud filij hereditate excludi non solum inciuile, sed etiam inhumanum videatur? Neque enim aliud quicquam pro matre comminisci possis. Atqui patris filio substituentis alium quam vxorem, licet in vulgarem duntaxat casum, apertissima voluntas illa est ut substituto mater obstat non possit. Cur enim alium quam matrem substituisset, si successionem intestati saluam matri esse voluisset? An non verè pupillaris substitutus est etiam matre in medio existente is qui in casum vulgarem substitutus fuit? Vtique ut ex eo apparet, quòd si mater post testatorem ante pupillum defuncta esset, aut filio succedere nollet, aut etiam non posset, puta exclusa per coniecturam aliquam voluntatis, substitutus admitteretur, & quidem ex pupillari substitutione & in casum pupillarem. Aliud ergo quidpiam interuenire necesse est ad excludendum substitutum, nec sufficere potest, quòd pupillo mater superfit. Alioquin noua substitutionis formula excogitanda erit quæ non minus matris quam pupilli mortem in conditione ponat, ut substituto locus fiat. Et verò cum post Marci constitutionem quisquis ita testatur ut filio suo impuberi non nisi in vnum casum det substitutum, consulto id fecisse credendus sit, quia non dubitaret futurum ea ratione, ut perinde in alterum quoque casum substitutus admitteretur, ac si in vtrumque substitueret, quid hodie interesse quæro potest, an in alterum duntaxat casum substitutus datus sit, an in vtrumque? Aut quomodo fieri potest, ut non cogitauerit de matre in totum excludenda, qui de alio pupillari substituto impuberi dando cogitauerit? Perinde id est ac si quis diceret eum, qui extraneum heredem proprio testamento sibi scripisset, de legitimis heredibus, qui alioquin ab intestato successuri erant, excludendis non cogitasse. Pupillaris siquidem substitutio testamentum est filij licet à patrè factum sit, quinimo hoc ipso potens est ad excludendam matrem non solum à legitima intestati successione, sed etiam à querela inofficiosi testamenti quòd pater ille est qui filio testamentum fecit l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. ff. de inoffic. testam. Nam de mariti testamento inofficioso conueni vxor non potest, sicut nec ab intestato succedere ipsi posset. Itaque tantum abest ut iuris prudentes favore i matris recedere voluerint ab eo iure quòd Marci constitutio indistinctè, ac generaliter induxerat, ut ex contrario substitutum matri prætulerint illo etiam casu quo pupillaris substitutio inutiliter facta esset, ut puta in codicillis hætenus saltem ut directa substitutio fieret in fideicommissum materque ab intestato succedens hereditatem pupilli substitutis pupillaribus ex fideicommissum restituere rogata videretur. Sic enim Scauola respondit in l.

Scauola. 76. ad SC. Treb. vbi additur, quod magis mirum est, id fieri benigna interpretatione, ut intelligamus multo benignius esse, ac testatoris voluntati cõuenientius, ut substituto quam ut matri faueamus, tum etiam cum stricti iuris ratio potius quam testatoris voluntas pro matre facit. Quanto igitur magis fauendum est substituto ut matrem in totum excludat, cum substitutio pupillo facta non solum valeat iurè, sed etiam pro eo habetur ex Diui Marci constitutione ac si in pupillarem casum expressim facta esset? An dicemus benignam interpretationem eam, quæ & testatoris voluntatem, & substituti adeoque ipsius testamenti ius euetat, ut matri non nisi ab intestato succedere valenti faueatur? Vna tamen eaque vnica species est & valde singularis in qua matrem substituto præferendam esse Iustinianus credidit, & ante Iustinianum Papinianus, à Iustiniano autor laudatus in d. l. vlt. C. de inst. & subst. Finge Titium cum Semproniam vxorem prægnantem haberet scripsisse heredem illam ex semisse, ventrem verò ex alio semisse, tum si posthumus natus non esset, Mauium substituisse posthumum autem natum fuisse, sed postmodum in ætate pupillari ante matrem decessisse. An substitutum matri præferemus? Placebat Vlpiano & Papiniano voluntatis esse quæstionem, id est non satis apertè ex iuris regula & Marci rescripto apparere quid in hac specie responderi deberet. Vlpianus tamen, ut Iustinianus innuit, à Papiniano dissidebat, & substituti partes tuebatur. Papinianus contra ut pro matre responderet, ex eo mouebatur quod verisimile esset testatorem qui substantiæ suæ partem vxori charissimæ reliquisset, multo magis id curasse aut animo agitare, ut & luctuosa filij hereditas ad matrem perueniret. Vlpianus sola Marci constitutione nitebatur: quæ licet de eo testatore locuta videatur qui filio impuberi substitutum dederit in vulgarem casum generalem, si filius heres non esset, ad eum tamen porrigenda etiam est qui substituit in vulgare casum specialem, si filius heres nollet, aut si filius heres esse non poterit, & consequenter ad illum specialio rem, si filius posthumus non nascetur, ut quamuis posthumus natus sit, videatur pater ei pupillariter substituisse, nec solum si heres ille esse aut noluerit aut non potuerit, sed etiam si heres fuerit & in pupillari ætate decesserit. Ita enim ius esse nec Papinianus negabat, & Iustinianus fatetur cum in proposita specie substitutum admittendum esse vult, non modò si posthumus editus non fuerit, sed et si eo nato mater prior decesserit. Difficilius quidem videtur ut casus ille specialissimus, si posthumus non nascetur, trahatur ad alium in specie contrarium, si posthumus nascetur & heres non erit, tum hic rursus ad illum, si heres erit & in pupillari ætate decesserit, quam ut vulgaris tantum casus generalis, qui speciales omnes in se vi sua continet, trahatur ad pupillarem. Sed tamen cum extensio & protractio hæc fiat solius legis potestate respicientis ad fauorem pupilli cui pater prospicere sine dubio voluit, non est difficilior hoc casu quam illo. Omnia enim quæ circa vltimas voluntates versantur, perinde facilia sunt legi, quæ ipsa supremis defunctorum iudiciis vim totam, & robur conferat. Papinianus autem illa potissimum ex iure vetere rationem adferre poterat, quòd casus ille tantum expressus esset, si posthumus non nascetur. Omissus verò ille qui euenerat, si posthumus nascetur, & in pupillari ætate decesserit. Proinde casus omissus pro expresso haberi non debere, d. l. commodissime l. Gallus. 29. §. 1. de liber. & post. Neque verò id Vlpianus ipse negaret, si Marci constitutio non est.

set. Ad eam porro constitutionem Papinianus respondēbat, non alia de causa sic à Marco fuisse cautum ut substitutio in vnum casum facta, in vtrumque facta intelligeretur, quàm ut mancā testamenti scripturam ex eo suppleret quod credibile esset à testatore cogitatum. Non enim esse dubitandum, quin testator si eo tempore quo suprema condebat interrogatus fuisset an substitutum quem in vnum casum dedisset, in vtrumque datum vellet, responsurus fuerit, se id maximè velle. Eadem nimirum volendi ratione impellente, ut heredem ex testamento pupillus omnimodo haberet, ne legitimæ intestati successioni locus relinqueretur. Consequens ergo esse, ut si qua probabilis coniectura ex testamento ipso emergeret, quæ diuersam testatoris voluntatem suaderet, constitutioni locus esse non posset, ne quod pro adiuvanda supplendæ voluntate inductum fuisset, in voluntatis euersionem retorqueretur. Idque est quod Modest. scribit *in d. l. iam hoc iure in fin. ita. n. in alio vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur.* † In proposito autem coniectura voluntatis pro matre aduersus substitutum. Papinianus ex eo sumebat quod testator vxorē dedisset ventri coheredem. Inde siquidem colligi poterat non solum fuisse illam testatori charissimam, quod non sufficeret si forte legatis duntaxat quantumcunque amplissimis eam honestasset, verum etiam non cogitasse testatorem de luctuosa filij hereditate auferenda matri, cui propriæ substantiæ, id est hereditatis suæ partem reliquisset. † Id enim causæ est cur substitutis pupillaribus magis quam legitimis heredibus fauere soleamus, quod pater substituendo pupillariter satis declarat nolle se pupilli hereditatem ad legitimos heredes peruenire. At quis in dubio credat noluisse testatorem alienam hereditatem ab intestato peruenire ad eam personam cui propriam ipse siue in totum siue pro parte relinquat? Præsertim verò hereditatem luctuosam, quæ in solatium amissi pupilli si non iure, saltem miserationis ratione matri debeat. † Quamquam autem coniectura hæc, si aliud nihil vrgeret, leuior videri posset quàm ut à certo constitutoque iure propterea discedi oporteret: tamen in proposita specie vires maximas ex eo accipit, quod per huiusmodi coniecturam id agit Papinianus ut redeat res ad ius vetus, casusque amissus pro omisso habeatur. Item ex eo, quod condicio illa negatiuè concepta *si posthumus non nasceretur* dupliciter defecerat, & quia posthumus natus fuerat, & quia patri heres extiterat, neque n. qui non nascitur, heres esse potest. Non quod difficultatis hoc casu inducatur constitutio Marci quam si substitutus datus fuisset in casum illum vulgarem generalem *si posthumus non esset heres* (nihil enim meo iudicio interesset si substitutus non cum matre, sed cum alio quolibet legitimo herede contenderet,) sed quoniam quod ad matrem pertinet, inultum sanè interest, quibus verbis concepta sit conditio, & an natus sit posthumus, an non natus. Nam cum is tantum casus expressus est, *si posthumus non nasceretur*, dici non potest testatorem qui posthumo substitutum dedit, cogitasse de luctuosa filij hereditate matri auferenda, quando nec vlla filij hereditas esse potest si non nascatur. Proinde nulli sit iniuria matri si in ea portione ex qua posthumus heres scriptus fuerat, substituitur extraneus & admittatur in eum casum quo posthumus non nasceretur. At nato posthumo sicut incipit vxor habere filium, ita & iustam habere querelam si ab eius mortui successione repellatur in eum casum qui sit ommissus, quique tam diuersam & sepa-

ratam ab expresso habeat rationem. Et hæc sanè meo iudicio præcipua observatio est quæ Papinianum mouere potuit & debuit ut contra substitutum responderet. Quam si ille ut Tribonianus, prætermittit, fecit fortasse, vel quod facile & ex ipsis testamenti verbis statim occurreret, vel quod sola minus sufficeret ad excludendum substitutum, etiam matre in medio existente. † Sed si aliam coniungas quam Iustinianus his verbis expressit, *si enim sua substantia partem vxori dereliquit, multo magis & luctuosam filij hereditatem ad matrem venire curauit* fortissimam sanè voluntatis coniecturam ex duabus collectam, iurisque veteris ratione corroboratam pro matre effeceris. † Cæterum non eam Papiniani, aut Iustiniani sententiam esse, ut generaliter & extra eam ipsam speciem de qua tractamus substitutus excludatur propter matrem, apparet manifestissimè ex illis verbis, *in huiusmodi casu*, quorum non alius sensus esse potest quàm ut in ea specie quæ proponitur, substitutionem respuamus, id est ita demum si & mater sit in medio, & coheres filio data, & substitutus in eum nominatum casum vocatus, *si posthumus non nasceretur.* † Nam quod statim sequitur *vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre decesserit*, non pro eo accipi debet quasi sit interpretatio eius quod præcedit *in huiusmodi casu*, sed ut sit prior pars distinctionis qua vtendum est cum quæritur, an in proposita specie substitutus admittendus sit necne. † Aut enim posthumus natus adhuc impubes viua matre decessit, & his duobus interuenientibus si cætera omnia concurrant de quibus diximus, substitutus excluditur. Aut posthumus editus non est, vel editus quidem est, sed matri superstes fuit, & his casibus substitutus admittendus est. Itaque melior condicio est substituti quàm matris. Illa enim non nisi vno casu admitti potest, & ita demum si duo concurrant. Hic autem duobus casibus admittitur, quorum vterque simplex est nec alium casum admixtum habet. † Quid ergo si mater filio coheres data non sit? Non excluditur substitutus licet posthumus adhuc natus viua matre impubes decesserit. Cessat enim hoc casu coniectura illa quæ Papinianum & Iustinianum præcipuè mouit, quod credendus non sit pater luctuosam filij hereditatem adimere voluisse matri, cui suæ propriæ partem dedit. † Quid rursum si coheres data sit, at non ventri, sed filio iam nato sub ea condicione, *si heres non esset*? Neque hoc casu substitutus excluditur, quia difficilius est, ut non cogitauerit hic pater de intestati successione matri auferenda, quàm si posthumo nondum nato substituisset sub ea condicione, *si non nasceretur.* † Quid si pater compendio verborum ita substituerit, *quandocumque posthumus decesserit Sempronius heres esto.* Admittam substitutum eodem modo, eademque ratione, quia compendium illud verborum licet plura tempora contineat, non tamen diuersos illos casus *si posthumus nasceretur & si non nasceretur.* Natum enim esse omnino necesse est ut possit decedere. Itaque perinde est ac si iam nato filio, si is heres non esset, substitutus datus fuisset. † Nec aliud respondebo si ventri facta substitutio sit his verbis *si posthumus nasceretur & heres non erit.* Nam statim atque apparet testatorem nato quoque posthumo substituere voluisse, nullus interpretationi pro matre faciendæ locus relinquitur, tametsi coheres filio data proponatur. † Quid denique si non mater ipsa in medio sit, sed frater aliuve legitimus heres posthumi idemque cum posthumo ex parte institutus, eique substitutus siue nasceretur posthu-

mus siue non nasceretur? Substituto locus erit, quia non sicut matri ita matri aut alij cuiuslibet legitimo heredi luctuosa pupilli hereditas videri potest. † Nec auiam quidem excipio siue paternam siue maternam, licet interpretes vulgo excipiant, eandemque matris & auæ rationem hac parte constituent. Et si eam ascendentibus omnibus pro cuiusque gradus prærogatiua descendentium hereditates deferri solent ratione miserationis *l. nam et si. 17. D. de inoff. test. l. scripto. 7. §. vlt. vnd. liber.* luctuosior tamen est matri quàm auæ hereditas pupilli, longèque maiore commiseratione mater quàm auia digna est, non solum propter coniunctum dolorem ex casu amissi patris sed etiam propter partus periculum quod ipsa, non auia, pro pupillo subiicit. *argument. l. affinis. 12. vers. quis enim earum non miseretur? C. qui pot. in pign. lib.* Denique non patiar ut casus ille adeo singularis qui Iustiniani constitutione diffinitur, ad alium vllum casum porrigitur, quia nec similem alium vllum comminisci possis, si vel minimam demas ex iis facti circumstantiis, quæ in proposita facti specie occurrunt. † Sanè in eo ipso casu plus fauebo matri quàm fauere interpretes soleant, qui substitutum ei præferunt si sit ex liberis testatoris. Præferam enim matrem siue filius testatoris idemque substitutus consanguineus tantum frater pupillo fuit, siue vtrunque coniunctus, non ob id solum quod eadem commiserationis, æquitatis, & voluntatis rationes pro matre vrgeant quæ vrgerent si substitutus omnino extraneus fuisset (nam si filius substitutus non nisi consanguineus pupillo fuit, postponitur omnino matri in pupilli intestati successione, si vtrinq. coniunctus fuit, concurrat quidem cum matre, sed tanto æquius ferre debet, quod ex substitutione non admittitur) verum etiam quia Iustiniani verba sunt taxatiua & præcisa, non tam aduersus substituti personam, quàm aduersus ipsam substitutionem. Sic enim scribit *substitutionem quidem in huiusmodi casu respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus cum posthumus minime editus fuerit vel post eius partum mater prior decesserit.* Nato igitur posthumo & ante matrem defuncto nulla substitutio est: quod cum ita sit, quid attinet de substituto quærere an sit ex liberis necne? Nam vbi substitutio nulla est, nec substitutus quisquam esse potest. † Quare nec distinguam vtrum filius ille substitutus, eodem testamento institutus fuerit cum matre & impubere, an ex heredatus. Quamquam in exheredato minorem dubitationem res habet, cum verissimile nõ sit voluisse patrem à legitima pupilli successione excludi matrem per filium quem ipse à propria repulerit hereditate. Nec quicquam apertius est quàm Iustinianum, vt matri faueret contra substitutum, ad ipsius matris personam & fauorem duntaxat respexisse, non etiam ad id quod extraneus substitutus proponeretur. Et verò, quisquis eandem ille sit, qui substitutus est, idem matris fauor esse debet cum non de testatoris, sed de pupilli bonis & hereditate agitur, quando quidem æquè vno ac alio casu luctuosa ei est hereditas filij, nec magis hoc quàm illo dici potest de ea excludenda cogitasse testatorem qui ventri substitutum dedit in eum duntaxat casum *si posthumus non nasceretur.* † Sicuti nec quicquam refert an ex dimidia hereditatis parte, an ex tertia tantum aut alia minore vxor fuerit instituta. Sufficit enim quod testator substituti e suæ partem ei reliquerit, nec vt pars illa dimidia sit, Papinianus exigit aut Iustinianus. Vnus tantum iuris locus est quo mouetur interpretes vt pro matre contra substitutum respondeant,

& Iustiniani constitutionem locum habere putent illo etiam casu quo vxor nulla ex parte à marito heres scripta proponatur. Is est *in l. precibus. 8. C. de impub. & alius substit.* De cuius sententia quoniam hæc iam longiores fuimus, dicendum nobis est separatim, totaque hæc disputatio sequenti capite absolueda.

CAPVT X.

Ad l. precibus. 8. C. de impub. & alius substit.

SUMMARIUM.

- 1 Species d. l. precibus. & distinctio Imperatorum ad propositam speciem & questionem respondentium.
- 2 Respondetur ad argumentum ex priore illius distinctionis parte ab Interpretibus desumptum & allatum.
- 3 Cur in d. l. precibus substituto in casum dumtaxat vulgarem dato non prosit substitutio pupillari casu eueniente, & mater ab intestato potior sit?
- 4 Quomodo de militis testamento agitur, nudam militis voluntatem inspicere, nulla scripti admessa interpretatione.
- 5 Propria & singularia quedam in militum testamento obseruantur.
- 6 An aliud in lege proposita obtineret si vnus ex liberis testatoris substitutus proponeretur?
- 7 Multum ea parte differre testamentum militis à testamento pagani.
- 8 Nihil in d. l. interesse an mater sit que ab intestato succedat, an alius agnatus.
- 9 Non eandem esse posse d. l. vlt. & d. l. precibus. sententiam.
- 10 Interpretatio secunde partis distinctionis in dict. leg. precibus.
- 11 Verba substitutionum quadam directa esse, quadam vero obliqua.
- 12 An verbum substitutio sit verbum commune ad directam & fideicommissariam substitutionem pertinens?
- 13 Verbum commune in eam hoc iure §. 2. ff. de vulg. substit. ad quam dicitur referendum sit?
- 14 Substitutum iure nunquam simpliciter dici eum qui per fideicommissum est vocatus.
- 15 Cur Tribonianus in quibusdam iuris locis substitutionem pro fideicommissum dixerit?
- 16 Verbum illud substitutio in l. Scæuola 76. ad S. C. Trebell. ad fideicommissariam substitutionem non stricta iuris ratione, sed benigna interpretatione trahi.
- 17 Quantas controuersias excitauit sententia eorum qui verbum substitutio commune esse tam ad directam, quàm ad precariam substitutionem existimauerunt?
- 18 An mater per compendiosam substitutionem verbo communi factam ita à pupilli hereditate excludatur vt legitimam saluam habeat?
- 19 Ratio medie Interpretum sententia reprobat.
- 20 Non posse eandem substitutionem pro parte tacitam censeri, pro parte vero expressam.
- 21 Ei cui nihil prorsus testamento relictum est, nullam actionem ex testamento ad consequendam legitimam competere.
- 22 Legitimam ab intestato non deberi.
- 23 Responderetur obiectioni Interpretum qui legitimam matri adiudicant compendiosa substitutione verbo commune facta.

570

- 24 *Compendiosam substitutionem pupillo intra pubertatem decedente perinde pupillarem directam esse, ac si pupillaris aetas expressa esset.*
- 25 *An compendiosa substitutio sit tercia substitutionis species à vulgarari & pupillari differens?*
- 26 *Compendiosam illam substitutionem non plus iuris substitutio acquirere quam si pupillares annos finis non egrediretur.*
- 27 *Casus quo substitutio illa compendiosa propriam naturam & a ceteris distinctam habet.*
- 28 *Eandem si à pagano facta sit pupillarem tantum esse, non vulgarem non fideicommissariam.*
- 29 *Fideicommissariam toto genere à pupillari, & à vulgarari differre.*

CVm tamen maritus idemque miles filium impuberem testamento heredem scripsisset, eique substitutum dedisset, tunc defuncto pupillo de ipsius hereditate inter matrem superstitem & substitutum controuertetur consulti Imperatores quid iuris constitui placeret, rescripserunt distinguendum esse utrumne in primum casum, an in secundum substitutus datus esset, an in vulgarem an in pupillarem. Non enim esse incerti iuris, quod si quidem impubes in patris militis positus potestate primo tantum casu habuit substitutum & patri heres extitit, defuncto eo, ad matrem omnimodo pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio verborum, id est non usque ad certam aetatem facta reperitur, siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes quos pater ei constituit. Sed si post pubertatem, mater equidem ab intestato filij sui successione obtineat, ab ea tamen, bona omnia quae patris cum moreretur fuerunt, per substitutum velut ex causa fideicommissi peti possint. Priore distinctionis parte nostri abutuntur, ut probent Iustiniani constitutionem in l. ult. C. de inst. & substit. de qua proxime diximus, non minus locum habere ut mater substituto praeferatur, etiam si coheres illa filio data non sit, quam si data esset. Nam in specie l. precibus, solus filius impubes, & consequenter ex toto asse scriptus proponebatur. Sed & illud pro substituto faciebat, quod non in casum illum specialissimum si posthumus non nasceretur datus erat, sed in vulgarem generalem si filius heres non esset, qui casus utpote minus remotus à pupillari facilius ad illum trahi potest ex constitutione Diui Marci, quam si posthumo in eum duntaxat casum quo non nasceretur substitutus datus esset, quemadmodum in superioribus disputauimus. Et tamen non dubitat Imperatores quin ab intestato mater substituto praeferenda sit. Sed mirum est non fuisse ab interpretibus animaduersum aut ponderatum quod ipsa legis verba bis inculcant, de testamento militis eo loco disputari. Inde enim, nec aliunde fit ut substituto in casum duntaxat vulgarem dato non possit prodesse substitutio casu pupillari eueniente, & quod est consequens ut matrem ab intestato potior esse sit necesse. Certum namque est constitutione Diui Marci quae primum ius illud induxit ut substitutio filio impuberi in vnum casum à patre facta in utrumque facta intelligeretur, non pertinere ad testamenta militum: quoniam cum de militis testamento agitur, nudam militis voluntatem intuemur, id est qualis scripta est, nulla scripti admitta interpretatione, tantum abest ut casum omissum suppleamus & pro expresso habeamus: In quo militis aliud ius est, quam pagani. Testamentum, n. pagani hominis diffinimus iustam ipsius sententiam, id est non nudam ut militis,

sed iuris rationi & regulis conuenientem, adeoque ex iure & legibus aut Principum constitutionibus interpretandam l. i. D. qui testam. facer. poss. l. i. in fraudem. 15. §. i. l. miles si testamentum. 35. D. de testam. milit. Atque ut in vnum casum facta substitutio in utrumque facta intelligatur, non fit citra interpretationem, imò suppletionem opus est, ut supra diximus. Mirum igitur non est si ea Marci constitutio ad militum testamentum non pertineat. Nam & permittitur iis decedere pro parte testatis, pro parte intestatis l. si miles. 6. eo. pro parte, inquam, non modò honorum, sed etiam temporis l. ex militari. II. §. ult. & l. miles ita. 41. cod. & cum testamento imperfecto, ut perfecti potestate obtineat, adeoque cum pluribus testamentis d. l. miles. 35. Denique miles etiam notis testamentum dictare potest l. Lucius. 40. cod. & filio impuberi testamentum facere, licet sibi ipsi non faciat d. l. miles ita. §. ult. Ut cetera taceam quae ex principalibus constitutionibus propria atque singularia iura in militum testamentis obseruantur l. 2. & post. co. tit. Porro cessante Marci constitutione quid aliud relinquatur, nisi ut qui in vulgarem duntaxat casum substitutus fuit, pupillari eueniente non admittatur, legitimisque heredibus, quicumque tandem illi sint, locus fiat? Quare nec aliud esset tamen vnus ex liberis testatoris substitutus proponeretur, quo tamen casu putant interpretes potioris substituti causam esse debere. Non enim quod substitutus sit ex liberis facere potest ut eo magis constitutio locum obtineat in testamento militis, quod neque coniecturam, neque interpretationem admittit. Et magis miror quod Iacobus Cuiacius in obseruationibus scripsit nihil hac parte differre testamentum militis à testamento pagani Hoc enim si ita est, cur adiecta sunt in principio legis verba illa miles defunctus & paulò post in patris militis positus potestate. Sed & quod ad hanc rem pertinet, nihil interest an mater sit quae ab intestato succedat pupillo, an alius agnatus. Quisquis enim ille sit, praefertur substituto, quia in pupillarem casum substitutio nulla esse intelligitur. Idque non incerti iuris est ut lex ait, sed certissimi & exploratissimi, cum tamen si à pagano factum esset testamentum, datumque substitutus sub ea conditione si posthumus non nasceretur, facendum esset vel substitutum vincere debere vel saltem voluntatis esse quaestionem, ut Vlpianus & Papinianus putabant d. l. ult. C. de inst. & substit. Substitutione vero in vulgarem casum generalem facta si posthumus heres non esset, nulla esset quaestio voluntatis, sed omnimodo substitutus vinceret propter Marci constitutionem, si non contraria patris voluntas probaretur l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. substit. l. quamuis. 4. C. cod. Non igitur eadem esse potest sententia Iustiniani in d. l. ult. & Imperatorum Diocletiani & Maximiniani in l. precibus, ut mater praecipuo quodam fauore excludat pupillarem tacitam substitutionem siue filio coheres data sit siue non sit. Quod vero ad compendiosam attinet, quae secunda pars est distinctionis positae in d. l. precibus, multo magis ridiculum est quod nostri voluit, sic eam interpretanda quoties mater in medio est ut fideicommissaria sit potius quam directa si per verbum commune facta sit, ut puta, inquit, per verbum substituo. Nam imò verò nihil prius interest an filio substitutus datus sit in casum quo heres erit, pupillari aetate expressa, id est adiectis his verbis & in pupillari aetate decesserit, an verò compendio verborum non usque ad certam aetatem hoc modo quandoque decesserit. Utroque enim casu pupillari substitutio est, & quidem expressa & utilis, si modò pupillus

intra

intra pubertatem moriatur, siue directis verbis substitutio facta sit in d. l. precibus, quod apparet ex iis verbis facere duntaxat heredem scripsisset, siue communibus ut nostri appellant. Nam & voluntas testatoris & ratio iuris facit ut substitutio quae duplici iure valere potest, id est tanquam directa aut tanquam fideicommissaria, directa potius quam fideicommissaria censumatur, si pater de testam. in 6. Quamquam, si verum scatur, cap. si pater de testam. in 6. Quamquam, si verum amamus, absurda est & à prudentium traditionibus aliena distinctio illa verborum ut quaedam directa sint, quaedam obliqua, quaedam communia. Summa enim omnium diuisio est quod quaedam directa sunt quae & ciuila & impetratiua vocantur, quaedam obliqua quae & precaria, & inflexa, communia verò nulla prorsus. Vnde illa etiam diuisio voluntatum quod omnes aut directae sunt aut precariae l. verbis ciuilibus 7. l. centurio 15. D. de vulg. & pupill. substit. l. cum proponebatur 64. de legat. 2. l. 2. C. commun. de legat. l. quoniam indignum 15. C. de testam. Sed illud multo absurdius est quod vno ore nostri omnes iactitant, verbum substituo esse commune ad directam & ad fideicommissariam substitutionem, abutentes in hanc rem Modestino in d. l. iam hoc iure. nec animaduertentes commune eo loco dictum esse ratione vulgaris & pupillaris substitutionis duntaxat, non etiã ratione fideicommissi, de quo tota ea lege ne verbum quidem. Quamquam in illo quod eo loco de communi verbo scriptum est referri non ad verbum substituo, sed ad dictionem inuicem: illa enim est quae communem facit inter institutos, & duplicem substitutionem, idque ab interpretibus aut à nobis ante hunc diem animaduersum non fuisse miror. Eumuerò si verbum instituo merè directum est ut iudicem omnes fatentur, quidni substituo etiam directum erit, eum substitutio, si Vlpiano & Caio credimus, nihil aliud sit quam institutio secunda aut secundi heredis? Nec nam memini vilo iuris loco legere me substitutum dici à prudentibus eum qui non nisi per fideicommissum sit vocatus: Quin ex contrario à Papiniano scriptum video in leg. iustores 39. §. heres institutus D. de adm. & peric. iur. heredem institutum qui hereditatem ex fideicommissio restituere debuit, nullum tamen habere substitutum. Quare nec vnquam Iure consulti substitutionem simpliciter dicunt ut fideicommissum expriment, sed vel addunt fideicommissariam, quo modo etiam hominem mortuum qui homine vera non est, hominem appellamus, & institutionem quoque precariam dicimus in l. querebatur 19. D. de test. mili. vel substitutionis nomine utuntur cum fideicommissum in legato fideicommissio factum est, ut dubitari non possit directamne an precariam substitutionem intelligant, quemadmodum à Papiniano quoque factum est in l. cum pater 77. §. volo de legat. 2. Tribonianus certe plerique locis substitutionem dixit pro fideicommissio ut in l. generaliter 6. §. cum autem Cod. de inst. & substit. & alibi passim. Ideo fortasse quod substitutionis nomen generale & æquiuocum est. Nam & arbores substitui dicimus in locum demortuarum l. agri usufructu 18. D. de usufr. Sed testator qui substituendi verbo usus est de fideicommissio sensisse vilo casu videatur, nisi à prudentibus, at ne quidem à Triboniano ipso proditum reperias. In eamque rem textus est, ut mihi videtur, & elegans & apertus in l. Scauola 76. D. ad S. C. Trebell. ubi cum proponeretur pater filio impuberi codicillis substituisse, negat tamen Scauola substitutionem valere, quod esset merè directa, codicillis autem hereditas directo dari non magis quam adimi possit. Nec quod eam flecti vult ad fideicommissum, quicquam obstat. Fate-

tur enim ad eam sententiam se decurrere benigna interpretatione, id est contra vim verborum strictamque iuris rationem, pro tuenda duntaxat patris voluntate quo pupillo favorabilior videretur. Quid verò benigna interpretatione opus esset si verbum substituo quo testator usus erat commune esset ad directam & fideicommissariam substitutionem? An non enim ex vi quoque verbi defendenda esset substitutio iure fideicommissi, praesertim quae & in codicillis facta esset, in quibus fideicommissa relinqui solent, & directo iure defendi nullo casu posset? Hic tamen error ut verbum substituo contraue esse existimetur tam ad precariam quam ad directam substitutionem dici non potest quantas apud interpretes controuersias, & perplexitates pepererit. Hinc siquidem inextricabiles illae quaestiones De compendiosa substitutione verbis communibus facta: An directa censenda sit an fideicommissaria, praesertim matre in medio existente, an verò directa usque ad tempus pubertatis, post id tempus precaria. Inde tot etiam lites & contentiones in tribunalibus, quoties ferè substitutio aliqua testamento continetur, an vulgaris aut pupillaris censenda sit, an fideicommissaria. Inde tot diuinationes in conuenienda aut potius comminiscenda defuncti hominis voluntate an de fideicommissio inducendo senserit is, qui substituendi verbo usus est. Quae omnia cessarent & iure longè certiore vteremur si verbum substituo quod re vera semper merè directum est, nunquam pro communi haberetur. Sed quid rogo absurdius, quam quod noui isti iuris & æquitatis arbitri induxerunt, ut per compendiosam substitutionem verbo communi factam mater excludatur quidem ab hereditate pupilli, non in totum, sed ita ut legitimam saluam habeat? Nam si substitutio merè directa est, ut est, & consequenter pupillaris, atque ita ipsius pupilli testamentum, quomodo fieri potest ut legitima quae testamento matri relicta non est vlla ei debeat? Aut ut citra querelam inofficiosi testamenti, legitima detur matri praeterita, cui nec querela vlla competere possit d. l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis D. de inoff. testam. Nam quod pro ratione adferunt substitutionem hanc pupillarem neque omnino expressam esse neque omnino tacitam, sed expressam verbis generalibus, tacitam specialibus, ob idque mediam sententiam ex æquitate sequendam esse ut neque in totum excludatur mater quae si substitutio omnino tacita esset, in totum admitteretur, neque in totum admittatur, quae si substitutio expressa omnino esset in totum excluderetur: hoc, inquam, adhuc ineptius est. Ut enim taceam quod iam in superioribus dixi & probaui, per tacitam pupillarem perinde ac per expressam excludi omnino matrem extra casum illum singularem de quo in l. vit. C. de inst. & substit. quis non videt longè tolerabilius esse, ut tacita pupillaris contra matrem non admittatur, quam ut tacita esse existimetur ea quae compendio verborum expressa est? Aut tacita pupillaris admittatur contra matrem ad excludendam eam ab hereditate, non admittatur quod ad legitimam attinet? Quis possit credere eandem substitutionem pro parte expressam censeri, pro parte tacitam? An non idem illud est ac si quis diceret pupillum videri decessisse pro parte testatum, & pro parte intestatum? Testatum quatenus substitutum admittimus, intestatum quatenus matri omnino praeterita legitimam damus citra querelam, quasi portionem quandam successione quam ab intestato esset habitura: Quamquam, quod magis mirandum est, non possint interpretes quotquot ineptiam hanc sequuntur, di-

tere quo iure legitima hæc matri adiudicetur, an ex testamento an ab intestato. Ex testamento enim quomodo habeat mater cui nihil prorsus testamento relictum est? Scio Iustiniani constitutione in *L. omnimodo* 30. *C. de inoff. testam.* inductum esse ut ei cui legitima debetur, siue ex ascendentibus ille sit, siue ex descendentibus si quid relictum sit minus legitima competat actio ad supplementum, quæ ipsa ex testamento esse existimatur, licet detur ad plus consequendum quam testamento relictum sit, nimirum quia nec per modum querelæ datur, neque tanquam ab intestato, cum ob hoc ipsum inducta sit ut salua maneat causa testamenti quod alioqui per querelam rumpetur. Sed ei cui nihil prorsus testamento relictum sit negotium ullam competere posse quæ sit ex testamento, præsertim ad legitimam consequendam, quam nec relinqui fuerit necesse. † Ab intestato autem legitimam deberi quis vnquam dixit, vel audiit? Legitima siquidem nihil aliud est quam triens, vel semis portionis ab intestato contingentis. Aut quis locus successioni intestati reliquus esse potest, eo casu quo substitutus pupillaris ex ipsa pupillari substitutione admittitur? An non pupillaris substitutio testamentum pupilli est? An vero quamdiu causa testati subest, intestati successio vlla ex parte locum habere potest? Somnium igitur egroti hominis est diuisio ista iuris & voluntatis, in re, quæ commodam non recipit diuisionem. † Atqui, inquit, si substitutio illa compendiosa per verbum commune facta censeretur, fideicommissaria etiam intra pupillares annos fauore matris, posset mater non solum legitimam ex fideicommissio detrahere, sed etiam Trebellianicam. Ergo boni consuleret substitutus pupillaris debet quod matri non nisi vnus legitimæ detractio permittatur. Respondedo necessarium omnino esse ut valeat substitutio vel tanquam directa prorsus vel tanquam fideicommissaria. Nam ut valeat tanquam directa, & tanquam fideicommissaria simul, admitti nullo modo potest. Si tanquam directa, fieri iniuriam substituto, cui portio hereditatis pro legitima matris auferatur, cum vnuerfa pupilli bona obtinere debeat. Si tanquam fideicommissaria, fieri iniuriam matri quæ totam successionem ab intestato habere debet sub onere fideicommissi, salua ex fideicommissio duplicis quartæ detractio. Itaque dum nostri quasi in iure incerto vagantes id agunt ut neutri iniuriam faciant, faciunt proculdubio alterutri, quod rusticorum, ut trito fertur prouerbio, non prudentum iudicium esse solet.

† Sed apertius iniuriam faciunt substituto, quem fatentur ex directa pupillari, non ex fideicommissaria succedere: quando nec negare possunt, quin substitutio compendiosa, ut vocant, perinde sit directa pupillaris pupillo intra pubertatem decedente, ac si pupillaris ætas expressa esset, etiam ad matrem excludendam, quod omnium apertissime probat d. l. precibus in versiculo illo *Si vero substitutio in secundum casum vel expressa vel compendio non vsque ad certam ætatem facta reperiat, siquidem intra pubertatem decesserit, heredes eos habeat quos pater ei constituit.* † Illud verò non minus absurdum est, quod de hac compendiosa substitutione sic nostri tractant, quasi tertia sit species substitutionis differens è vulgari & pupillari, continens in se expressas verbis generalibus ceteras omnes substitutiones, adeoque fideicommissariam si testator vsus sit verbo cõmuni. Nihil enim aliud est quàm pupillaris ipsa substitutio, diuersam tamen in eo formulam habens, quod sit sine temporis præfinitione, & his verbis quæ apta sint comprehendere tempus

pupillaris ætatis, sicut & id tempus quod sequitur pubertatem. † In quo tamen non minus acquirunt substituto, quàm si pupillares annos non egredere: tur: cum post eam ætatem verbis directis filio substituere pater non possit *leg. verbis civilibus 7. de vulg. & pup. substi.* Nisi militem proponas eum qui testatur, cui ius competit ex generali militum privilegio ut post quamcunque ætatem substituere non solum liberis, sed etiam quibuscunque aliis heredibus directo possint, quoniam & ex tempore & ad tempus heredes scribere possunt ut sequenti capite dicemus. † Quo casu non inficior substitutionem hanc habere propria quandam naturam, & constituere tertium genus substitutionis, quam qui militarem appellarunt, eius vim & condicionem percepisse mihi videntur. † Ceterum si à pagano facta sit, dico pupillarem tantum esse, nõ vulgarem, non fideicommissariam. Etsi enim se abstinente pupillo cui facta fuerat, substitutus ex ea in vulgarem casum admittitur, id tamen ob eam rationem fit, quod idem contingeret etiam si pupillaris expressa non compendio verborum facta esset, scilicet ex Marci Imper. constitutione, non quod proprio quodam iure tam vulgarem quàm pupillarem substitutionem in se contineat, & vtramque æquè principaliter. Argumento est, quod si filio impuberi miles ita substituerit, filius verò hereditate patris se abstinerit, dicendum est non admitti substitutum, ut pote qui non in casum illum vulgare substitutus fuerit, sed in pupillarem, qui casus non potest ex Marci constitutione trahi ad vulgarem in testamento militis, nullam, ut prædiximus, interpretationem, aut supplementationem admittente. Quod non similiter eueniret si vulgar substitutio æquè ac pupillaris in compendiosa substitutione vi verborum contineretur, quando nulla opus esset interpretatione. † De fideicommissaria verò quin differat toto genere à compendiosa sicut & à pupillari, nec proinde in compendiosa contineatur, dubitari iam non potest, si verum est quod probauimus neque verbum *substituo* neque aliud vllum esse commune, quod captari possit ad directam & à precariam substitutionem.

CAPVT XI.

De breuiloqua, ut vocant, & reciproca substitutione, ad l. in testamento 6. C. de testam. milit.

SVMARIA.

- 1 De quarta substitutionis specie quam Interpretes breuiloquam dixerunt, & commentum sunt.
- 2 Explicatur l. iam hoc iure §. i. de vulg. subst. qua breuiloqua substitutionis introducenda occasioem Interpretibus præbuit.
- 3 In quo breuiloqua substitutio compendiosa sit similis, in quo item dissimilis?
- 4 Breuiloquam substitutionem elegantius à Iureconsultis reciprocam appellari.
- 5 Præcipua differentia inter compendiosam & reciprocam.
- 6 Reciprocam substitutionem à milite factam siue pluribus impuberibus siue vni impuberi alteri puberi non trahi ad casum pupillarem aut pupillari similem.
- 7 Sententia l. in testamento 6. C. de testam. milit.
- 8 Annon aliqua differentia sit inter militem & paganum qui diuerse ætatis liberos inuicem & reciprocè substituerunt?
- 9 Tacitam pupillarem contra matrem admitti. (substit. Ratio & emendatio l. Lucius 45. de vulg. & pupill. Requirunt

- 11 Requirunt coniectura & interpretatio quorundam ad l. i. in testamento.
- 12 Verba illa eiusdem legis, sed tibi probandum est an inter frater tuus senserit, ad quod tempus referenda sint, & in quem sensum habeant?
- 13 Quoniam sit in d. l. differentia inter paganum & militem reciprocè substituentes.
- 14 An si paganus in d. l. etiam puberi aut extraneo in casu adita hereditatis substituere possit & diuerse ætatis & conditionis personas substitueret, substitutio in vtrumque casum facta intelligatur?
- 15 Nihil interesse an miles inter filios impuberes, an inter filium impuberem & extraneum heredes scriptos reciprocè substitutionem fecerit?
- 16 Differentia inter primum & secundum casum, seu vulgarem & pupillarem, in substitutione.
- 17 Si quis miles filio puberi aut extraneo instituit in casum adita hereditatis substituerit, Diui Marci constitutionem in eo locum habere non posse.
- 18 Eum qui pluribus heredibus siue puberibus siue impuberibus siue vno pubere altero impubere instituit si a substituit eosque inuicem substituo, in primum duntaxat casum substituisse censerit.
- 19 Breuiloqua substitutio cur sic appelletur?
- 20 Breuiloquam substitutionem facit paucitas verborum, reciprocam duplicitas substitutionis.
- 21 Respondetur obiectionibus contra sententiam eorum aliarum qui volunt eum qui pluribus etiam impuberibus sic substituit, eosque inuicem substituo in primum duntaxat casum substituisse intelligi.
- 22 Casus omnes qui in conditione cuiuslibet substitutionis poni possunt hos tantum esse, vulgarem, pupillarem, militarem, exemplarem.
- 23 Militem qui extraneis heredibus si a substituit, eosque inuicem substituo in vulgarem duntaxat casum substituisse videri.

Non † dissimilius alius nostrorum error in eo est, quod quartam directæ substitutionis specie constituant, quam vulgo breuiloquam dicunt, quæ sui natura, ut omnes fatentur, sit directa, id est vulgaris aut pupillaris, sed quæ tamen ex coniecturis possit esse fideicommissaria, cum fieri soleat per verbum commune substituo. Illius namque formula hæc est *eoque inuicem substituo* cum pluribus instituit alter alteri substituit. *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. subst.* † Vbi Modestinus hoc tertium genus substitutionis appellat, quæ res erroris occasione verius quàm causam præbuit. Iis siquidem verbis tertiam speciem concipiendæ formulæ significare voluit, potius quàm tertiam substitutionis speciem à vulgari & pupillari differentem. Neque enim fieri potest quin sit aut vulgaris aut pupillaris. Vulgaris si inter eos facta sit quibus pupillariter ex vtraque parte substitui non potest, aut etiam inter pupillos quorum alter se hereditate abstinerit. Pupillaris si inter pupillos quorum alteruter heres extiterit patri, & in pupillari ætate decesserit. Quod supradicto loco Modestinus explicat satis cum statim subiicit, *nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eoque inuicem substituat, in vtrumque casum reciprocè substitutionem factam videri Diuus Pius constituit.* Cur ergo tertiam aut quartam substitutionis speciem dices, cum vulgare illam aut pupillarem esse necesse sit? Nam ut aliquando sit etiam fideicommissaria non magis admitti potest quàm in compendiosa: propter eadem rationes. † Est enim persimilis compendiosa in eo quod vtraque verborum compendio plures substitutionum casus potius quàm plures sub-

stitutiones complectitur: sed in eo tamen dissimilis, quod compendiosa non tam actu quàm potentia plures casus comprehendit, nec nisi ratione temporis, quia nec aliam ob causam dicitur compendiosa, quàm quod fiat sine temporis præfinitione. Breuiloqua verò nunquam apta est vnam substitutionem comprehendere, quin actu ipso plures comprehendat, tot nimirum quot personæ sunt inter quas fiat: plures autem non specie, sed numero duntaxat. Eiusdem enim speciei ut omnes sint, oportet in testamento 6. C. de testam. milit. l. Lucius 45. de vulg. & pupill. substi. † Ideoque rectius & elegantius à Iureconsultis reciproca appellatur d. l. iam hoc iure, aut inuicem ut à Papiniano in l. cum proponeretur 64. de leg. 2. † Est & in eo potissimum dissimilis quod compendiosa non sit nisi in secundum casum, id est pupillarem d. l. precibus. Reciproca verò non nisi in vulgarem: ut ex eo apparet quod in d. l. scriptum est per extensionem constitutionis Diui Marci factum esse ut huiusmodi substitutio reciproca in vtrumque casum facta intelligatur. Nam si visua vtrumque casum æquè principaliter contineret, quid necesse erat ad hanc quoque substitutionis formulam protrahere ius constitutionis? Itaque sicuti compendiosa substitutio quæ iure pupillaris valere poterat, si pupillaris casus contigisset, trahitur ad vulgarem casum cui filij abstentio locum fecerit, scilicet ex constitutione Marci Imperatoris, si reciproca quæ sui natura non nisi vulgaris est (tametsi vulgarem casum non magis exprimat quàm pupillarem) trahitur ad pupillarem si alteruter ex filiis impuberibus quibus pupillariter potest substitui, heres patri extiterit & in pupillari ætate decesserit. † Quæ admodum igitur diximus compendiosam substitutionem, si à milite facta sit, non trahi ad casum vulgarem, quia Marci constitutio ad militum testamentum non pertinet, ita contendo reciprocam à milite factam siue pluribus impuberibus, siue vni impuberi alteri puberi (nihil enim refert in milite non trahi ad casum pupillarem aut pupillari similem, id est adita hereditatis non eam militis voluntatem fuisse probet substitutus. Eadem vtroque casu ratione, quod non possit ea prætractio fieri citra interpretationem, cui in militis testamento locus nullus est. † Quæ mihi sententia esse videtur d. l. in testamento 6. C. de testam. milit. vbi differentia inter paganum & militem hæc constituitur, quod si paganus liberos suos quorum alter impubes, alter pubes sit, inuicem substituerit, non intelligitur substituisse ne pupillo quidem nisi in vulgarem casum, quia non nisi eo casu potuit vtrique pari ratione substituere. Sin miles fuit, potest vtrique directo substituere non quidem in casum pupillarem cum alter tantum impubes fuit, sed in secundum casum adita videlicet hereditatis: idcircoque nihil aliud obstaret, superior ratio facere non posset quominus vulgaris casus traheretur ad pupillarem in persona & portione impuberis. Sed tamen quia id fieri non potest sine auxilio constitutionis Diui Marci, quæ in testamento militis locum non habet; propterea quod iudicium & simplex militis voluntas intuenda est, negat Imperator admitti debere substitutum nisi probet ita sensisse testatorem ut substitutio illa reciproca, & consequenter in vulgare duntaxat casum facta ad vtrumque casum traheretur. † Dices secundum hanc interpretationem futurum ut differentia nulla sit inter militem & paganum, quandoquidem etiam si pagano facta substitutio esset liberis diuersæ ætatis, vtrumque tamen casum contineret si ea patris voluntas probaretur, d. l. iam hoc iure. Fateor nullam fore differentiam quod ad substitutionis

effectum atinet, cum substitutio diuersæ ætatis liberis facta est. Nam siue miles, siue paganus testator fuit nec alia testatoris voluntas probetur, substitutio non nisi in casum vulgarem valet: probatur autem voluntate testator valere potest etiam in secundum casum. Sed differentia erit in causa & ratione effectus. Nam in pagano idcirco non valet, quod constitutio Diui Marci non nisi inter eos locum habeat, quibus paritate potuit substitui, id est in eundem casum. In milite autem non eadem ratione id fit, siquidem milites heredibus suis licet extraneis in eum quoque casum quo heredes extiterint substituere ex privilegio potest: sed quia etiam si uterque ex iis quibus reciproca substitutio facta est, impubes reperiretur, non posset tamen constitutio Diui Marci vires suas exercere in testamento militis, nisi ea militis voluntas probaretur. Itaque si ponas vtrumque ex liberis inuicem substitutis, fuisse impubem, differentia hæc eadem quidem, sed tamen apertior erit etiam quod ad effectum substitutionis, quoniam in testamento pagani constitutio locum habebit, nisi contrariam defuncti voluntatem legitimus heres quisquis ille sit probet, in testamento autem militis locum non habebit, nisi eam voluntatem fuisse probet ipse substitutus. Illo igitur casu probandi onus incumbit legitimo successori, isto casu incumbit substituto. † Quia ex re magis apparet quam verum sit quod nos contendimus, tacitam pupillarem admitti etiam contra matrem. Nam cum pupillaris illa quæ in reciproca continetur æquè tacita sit atque illa quæ in vulgari vulgaribus verbis expressa, ut modò probauimus, constat tamen pupillo cui reciproca substitutio facta est, intra pupillares annos decedente, substitutum succedere præferri que matri, † vt apertissime probat *lex Lucius 45. De vulg. & pupill. substit.* quæ matrem nõ alia ratione admittit quam quòd in ea specie constitutioni Marci locus esse non posset: id ipsum autem ad eò, non quòd tacita duntaxat pupillaris esset ex qua succedere volebat substitutus, sed quòd filio naturali quem non habebat in potestate pater in secundum casum substituere non potuisset. Idque fiet apertius si vulgatam lectionem simulque Iacobi Cuiacij emendationem sequare, quæ ad Florentinam sic addit *Aliter si eiusdem conditionis & ætatis liberi instituti, inuicemque substitui fuissent. Tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius successio non ad matrem, sed ad substitutum eius deuoluuntur.* Quamquam totum id glossa interpretis esse malo, cum ea illatio ex præcedentibus Pauli verbis satis manifestè colligeretur, nec verisimile sit Florentinum codicem ad eò mancum & mutilum esse vt multæ lineæ desint. † Errant verò peregre qui in interpretatione d. l. in testamento, comminiscuntur nescio quid de mutata patris militis voluntate: quasi lex innuat testatorem qui diuersæ ætatis liberis reciproce substituit siue is miles siue paganus fuit, non ea videri esse voluntate vt in vtrumque casum substituat impuberi, sed tamen inter paganum militem hoc interesse quod si post testamentum mutata probetur voluntas militis, ea sequenda erit, quando nuda quæque voluntas militis testamentum est, quod in pagano non similiter dici posset. † Et enim quod lex ait *sed tibi probandum est an ita fuerit ius senserit* non ad aliud tempus referri potest quam ad tempus testamenti, & hunc proculdubio sensum habet vt qui superest ex iis quos miles reciproce substituit, non aliter admittendus sit ex reciproca substitutione in secundum casum hereditatis aditæ, quam si probet ita sensisse militem cum testabatur, vt in hunc etiam casum substitutus admittere-

mur. Fateor posse sufficere vt ea militis voluntas ex post facto superuenerit, & superuenerit probe ur, nec idem in pagano dici posse, quippe cuius voluntatem solennem esse oporteat quæcumque post testamentum superuenit. † Sed dico, etiam si voluntatis mutatio nulla superuenerit, differre in eo militem à pagano quod substituendo reciproce inter eos quibus in vtrumque casum aditæ & non aditæ hereditatis substitui potuit, tamen non nisi in primum casum eos substituisse intelligitur, siue pupillarem impuberi, siue puberem aut extraneo substitutionem in secundum casum fecerit, nisi per substitutum probetur alia fuisse voluntate. Paganus verò in vtrumque casum substituere voluisse creditur, quoties personarum inter quas substitutio facta est, par ætas, & condicio eam voluntatis interpretationem admittit, nisi contrariam eius voluntatem iij probent, qui volunt excludi substitutum vt ab intestato præferatur. † Itaque fingit paganus æquè ac militem directo substituere posse etiam puberi aut extraneo heredi in casum quoque aditæ hereditatis, atque ita diuersæ conditionis & ætatis personas inuicem substituisse: dicerem perinde in vtrumque casum substitutionem factam intelligi, ac si inter impuberes facta fuisset, si non contraria pagani voluntas per legitimos heredes probaretur. Quid enim potest inter esse an impubes quis sit an pubes, an filius an extraneus vt substitutio in casum non aditæ hereditatis: qui vulgaris casus est, facta trahatur ad contrarium casum aditæ hereditatis si modò testator ius habuerit directo substituendi etiam puberem, etiam extraneo, etiã post aditam hereditatem. † E contrario quoque quid interest, an miles inter filios impuberes reciprocam fecerit substitutionem, an inter filium impubem & extraneum heredes scriptos, vt de illius voluntate aliter atque aliter sentiamus: Nam quod priore casu potest substituo vtrumque pupillaris esse non etiam posteriore, nec voluntatis nec iuris diuersitatem inducit, quia nec Marci constitutio sic loquitur vt casus vulgaris trahatur ad pupillarem, sed, quomodo refert Modestinus in d. l. iam hoc iure, vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituerit in vtrumque substituisse intelligatur. † Duo enim casus sunt quorum primus non aditæ hereditatis semper vulgaris est, primusque dicitur, quoniam vt eleganter Baldus docuit, non esse præcedit esse. priusque est vt quis heres non sit quam vt heres sit & postea decedat. Secundus verò casus est aditæ hereditatis, qui non semper pupillaris est, sed ita demum si pupillo substitutum sit. † Nam si quis filio puberi aut extraneo instituto substituerit ex privilegio militum; vt si institutus heres extiterit cum decesserit. Sempronius heres sit, casus hic non potest esse pupillaris, & tamen secundus æquè casus est, aditæ scilicet hereditatis. Ergo & in eo locum haberet substitutio Marci quæ induxit vt in primū casum substitutus, in vtrumque substitutus videatur, id est etiam in secundum, nisi vim & potestatem constitutionis illud impediret, quòd cum de militis testamento agimus, nudam ipsius & simplicem non interpretatam suppletamque voluntatem intuemur. † Qui autem pluribus heredibus siue impuberibus siue pupillis, siue vno pubere altero impubere institutis ita substituit eosque inuicem substituit, is sanè in primum duntaxat casum substituit, si verba inspicias, licet non exprimat conditionem non aditæ hereditatis quæ vulgò pluribus verbis exprimi solet *si heres non erit*. † Nam & ob id breuiloqua substitutio appellatur, quòd non solum duplicem substitutionem tribus verbis contineat, sed etiam

etiam quod duplicis eius substitutionis casum, qui duplex quoque numero est, non etiam specie, vt ipsa complectatur, sicuti compendiosam substitutionem complectitur & consequenter pupillarem quoque, licet etiam mentio facta non sit. Nam quod interpretes breuiloquam dici volunt quod & vulgarem & pupillarem simul casum contineat, ridiculū est. Quid enim si duobus puberibus à pagano facta sit? Nemo dixerit valere eam posse in alium quam in vulgarem casum & tamen non eo minus breuiloqua est & reciproca, quoniam tribus verbis duplicem habet substitutionem, licet vtramque vulgarem. † Breuiloquam facit paucitas, vt ita dicam, verborum, reciprocam vero duplicem substitutionem, quamuis non nisi numero duplex sit substitutio, specie autem vna eademque, id est vulgaris. *d. l. Encius 45. de vulg. & pup. subst.* † Ceterum quemadmodum qui sic loquitur *Tuio Casum substituo* nõ nisi in vulgarem casum substituit, quia nec aliter potest [pono enim restatorem pagani & heredem extraneum] ita qui pluribus institutis etiam impuberibus sic substituit, eosque inuicem substituo non nisi in vulgarem primumque casum substituere intelligitur. Nec quod idem etiam in pupillarem substituere possit, ad rem facit. Nam & similiter in casum pupillarem substituere potest, qui vulgari tantum expressio substituit impuberi, neque tamen idcirco in pupillarem quoque substituisse dici aut videri posset si Marci constitutio non esset. Neque rursum mouet, quòd post eam constitutionem reciproca substitutio in vtrumque casum facta intelligitur. Nã & idem contingeret, si non reciproca, sed simplex vulgaris, solo casu vulgari expressio facta proponeretur. Quo tamen casu fatentur omnes pupillarem quæ in vulgari expressa tunc inesset, non expressam dicendam fore, sed vel tacitam, vel vt alij malunt, à lege subintellectam. † Et hæc quidem de breuiloqua substitutione dixisse sufficiat, quæ sanè verissima esse fatebitur quisquis cogitabit casus omnes qui possunt poni in conditione cuiuslibet substitutionis siue directæ siue precariæ, hos tantum esse, vulgarem, pupillarem, militarem, exemplarem aut si maus quasi pupillarem & fideicommissarium. Quorum omnium nullus est quem breuiloqua possit suum dicere præter vulgare siue in hereditate, siue in legato mutua substitutio facta sit. *d. l. cum proponebatur 64. de legat. 2. l. Scauola 76. d. ad S. C. Trebell.* † Quare si fingas militem extraneis heredibus institutis ita substituisse eosque inuicem substituo dicam in vulgarem duntaxat casum videri eum substituisse, non etiam militarem, nõ quòd æquè non potuerit, si voluisset, sed quia non creditur voluisse cum vulgarem duntaxat casum expresserit, nec in eo locum habeat constitutio Diui Marci. Nam si haberet, vtique tam facile admitterem vt substitutio reciproca in militarem casum quam vt in pupillarem facta videretur, quandoquidem casus vnus & idem est aditæ hereditatis, qui & secundus dicitur, licet pro distinctione personarum & temporū substitutionis, idem casus aliquando pupillaris dici debeat, aliquando militaris, vt supra diximus. Quemadmodū etiam cessante Marci constitutione perinde dicendum esset militarem substitutionem in breuiloqua & reciproca contineri atque pupillarem si pupillari ex vi verborum in ea contineretur. Nam cum vtraque substitutio sit directa, & miles non minus extraneo cui libet in quacunque ætate ex privilegio, quam propriis liberis intra pupillares annos ex iure communi substituere directo possit, nihil causæ est cur reciproca

substitutionis verba, facilius pupillarem quam militarem substitutionem, in suo quamque casu continere debeant. Sed neutram continent li vim verborum inspicias, sin potestatem constitutionis: in pagano continent pupillarem, in milite non magis pupillarem quam militarem. Supererat vt paulo interruptam interpretatione legis precibus ablueremus, quod ad vltimam rescripti partem attinet, in qua scriptum est, si filius cui miles pater compendio verborum in secundum casum substituerat, post pubertatem decesserit, superstiti matre, successionem ad matrem eius pertinere, sed veluti ex causa fideicommissi bona que patris cum moreretur fuerunt ab ea per substitutum peti posse. Sed quoniam id obscurius est & subtilioris disceptationis, separatim de eo nobis tractandum est.

CAPVT XII.

Substitutionem directam siue à pagano siue à milite factam in casum agnitæ hereditatis, numquam cenferi fideicommissariam. Ad l. verbis 7. & l. centurio 15. de vulg. & pupill. substit.

SVM MARIA.

- 1 Quo sensu dicatur paganus, verbis civilibus & directis post annum decimumquartum substituere non posse, militem verò posse.
- 2 Duplex circa hanc questionem interpretum sententia improbat.
- 3 Substitutionem verbis directis post annum decimumquartum à pagano factam fideicommissi iure non valere.
- 4 Casus Scauola in leg. 76. ff. ad S. C. Trebell. quo Interpretes moti in contrariam sententiam ierunt, valde singularem esse.
- 5 L. verbis 7. ff. de vulg. & pupill. substit. Interpretum sententia contrariam esse.
- 6 Papinianum in d. l. non aliud sensisse in substitutione facta verbis communibus, quam in substitutione verbis civilibus & directis facta.
- 7 Verbum substituo ad vulgarem & pupillarem duntaxat, non etiam ad precariam substitutionem commune dici.
- 8 Cuiacij interpretatio ad verba illa d. l. verbis, sed qui non admittitur vt substitutus, &c.
- 9 Reijciunt ratio qua idem motus in d. l. substitutum admittendum negat.
- 10 Vera & germana ratio afferitur.
- 11 Ratio dubitandi propter quam in d. l. is qui vitiose ex tempore pubertatem excedente substitutus se pro pure instituto habendus videri potest.
- 12 Testatore sic locuto, si filius meus post decimumquartum annum intra vice simum decesserit, Sempronius heres esto, duo esse que substitutio obstat ne statim admitti possit.
- 13 Eiusmodi substitutionem vitio temporis sublato puram non remanere nec substitutum cum instituto in eodem gradu concurrere.
- 14 Verba hæc quancumque non in dict. l. verbis pro nunquam accipi.
- 15 Substitutionem à milite in secundum casum factam, etiam ea ætate que pupillares annos excedat iure directo valere, contra Cuiacium extenditur.
- 16 Eandem ad fideicommissum flectendam non esse.
- 17 Varia militum privilegia circa testamenti institutiones & substitutiones.

num casum facta, in vtrumque facta esse intelligatur, ad militum testamenta non pertinet *d. l. precibus*. Addeo vt nec aliud dicendum esset tamen inter filios impuberes ea substitutio reciproca facta proponeretur: sicut pluribus à nobis superiore capite tractatum & probatum est. Nec sanè dici potest, quæ alia ratione explicanda sit differentia quæ in *d. l. in testamento* apertissime constituitur inter militem & paganum.

38 Quod autem Cuiacius sententiam suam comprobatur ex *d. l. centurio 15. D. de vulg. & pupil. substit.* facit certè quàm in subtiliter, cum vel ex eo præcipue loco refelli possit. Nam cum centurio filiis suis intra quintum & vicimum ætatis annum decederent, directò substituit, ait Papinianus *intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus iure communi capiet. Post eam autem ætatem, ex privilegio militum, patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hereditate*. Ergo vtroque casu substitutus bona patris capiet, & consequenter iure directæ substitutionis. Nam quod iure fideicommissi percipitur aut debetur, fideicommissarius non capit simpliciter sed per manus eius qui restituere rogatus est. Quod & vetus formula legatorum quæ per vindicationem, aut perceptionem relinquebantur, demonstrat, si Vipiano credimus in *princ. tit. De legat.*

40 Ne illud etiam addam quod passim nostri interpretes in ore habent, Verbum vnum determinans positum inter multa determinabilia, debere omnia illa æqualiter determinare, ex *l. iam hoc iure 4. eo tit. De vulg. & pupil. substit.* Vnico enim verbo capiet Papinianus vsus est vt substituti ius exprimeret, siue is pupillo ex pupillari substitutione succederet, siue ex militari. Quemadmodum igitur nemo dubitat quin succedendo ex pupillari substitutione capiat bona omnia & patris & pupilli iure directo, ita fatendum est succedentem illum ex militari capere bona patris solius eodem iure directo, quamvis non iure communi, vt cum succedit ex pupillari sed ex privilegio militum. Diversæ sunt sanè species substitutionis pupillaris & militaris, quia pupillaris non fit nisi pupillo, finiturque pubertate: militaris autem fit etiã puberi filio, adeoque extraneo, sed à solo milite, nec alio tempore finitur quàm quod ei finiendæ miles præstituerit. Sed tamè conueniunt in eo, quod vtraque fit in casum acquisitionis hereditatis, & vtraque tamen iure directo: in quo etiam vt hoc obiter moneamus, idem Cuiacius errauit, & eum secuti ex recentioribus plerique existimantes duo tantum genera esse substitutionum si ius succedendi spectetur, vulgarem & pupillarem, debuit enim addere tertium genus, militarem substitutionem, aut casum duntaxat, non etiã nomina substitutionum exprimere. Verum enim est duos tantum esse casus, ex quibus substitutiones omnes constare necesse est, delatæ, & acquisitionis hereditatis: quorum prior idem semper est, eisdemque semper producit effectus, licet distinguatur in casum duplicem, voluntatis, vt vocat, & impotentia: posterior vero alias leges & condiciones habet in pupillari substitutione, alias in militari, alias denique in exemplari [quæ & pupillari proprius accedit] pro personarum quibus fit varietate. Aliud enim ius in persona impuberis constituendum est, aliud in persona puberis aut extranei cuiuslibet, aliud denique in persona dementis aut furiosi filij iam puberis facti. Indèque fit vt pupillari & militari substitutioni eadem formula sufficiat *d. l. centurio, cum l. in pupillari 14. eo*. quoniam idem casus est acquisitionis hereditatis, idemque genus substitutionis, nimirum directæ. Nã si militaris, non nisi fideicommissaria esse possit, quemadmodum pupillaris semper directæ est, fieri

nullo modo posset vt ad vtrâque eadem formula accommodaretur. Nec pro Cuiacio quicquã facit quod ex fideicommissaria substitutione æque ac ex militari futurum sit vt substitutus omnia bona quæ patris mortis fuerunt cõsequatur cum fructibus inuentis in hereditate, *l. coheredi 41. §. cum filia eo*. non enim consequens est vt substituto militari vtilius non sit & honorificentius ex militari substitutione & directo iure succedere, quàm fideicommissio, propter eas rationes quas supra attulimus, & sequenti capite fusiùs trademus. Et quicquid causetur Cuiacius, vera & genuina ratio quæ facit vt substitutus militaris non nisi militis bona capiat, illa est quam Goueanus reddidit, Quod priuilegiũ militis nõ debeat cuiquã fraudi esse. Nam si pupilli quoque bona in eam substitutione venirent, sicut veniunt in pupillare, vtique fieret iniuria pupillo, qui etiã pubes factus atque ita testamenti factionem adeptus, testari tamè de bonis suis quæ aliunde quã à patre habuisset, prohiberetur, aut eos sibi ab intestato successores eligere quos testatorem heredes scribere si posset, vellet. Et quæ ratio placuit eidem Papiniano in *l. impuberi 40. D. de administr. & peric. iunior.* vbi scribit ille, impuberi datum à centurione curatorem si decretum pratoris secutum nõ sit, & nihil ipse administret, periculo contumaciæ vel negligentia nõ adstringi, propterea quod priuilegiũ militũ ad alienam iniuriã poni non oporteat. Addit etiam quod summopere notandum est *nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiæ venia datur, quam in bonis militum*. Vt intelligamus quemadmodum militum imperitiã tot priuilegia extorsit quod arma magis quàm leges scire existimantur, ita eorum priuilegia in eo elucere omnia, quod imperitiæ venia datur, id est, vt quicquid ab iis imperitè & contra iuris rationem factum est, eodè iure censeatur acsi peritè factũ esset. Cui cõsequens fit vt substitutio quã miles verbis directis fecerit etiam puberi aut extraneo in casum adquisitionis hereditatis, iure etiã directo defendatur, non autem iure fideicommissi: alioqui non daretur omnino venia imperitiæ militis, si nõ eo profuso modo valeret substitutio quo valere miles voluisset. An vero nõ voluit valere iure directo, qui verbis directis substituit: Sed & nõne imperitior milite est quisquis substitutionem directis verbis factam valere vult iure fideicommissi? Augere & adiuuare imperitiã hoc est, non excusare. Placuit etiã illa eadem ratio Vipiano in *l. cum filius familias 28. D. de testa. milit.* in cuius specie cum filius familias miles deceisset filio impubere herede instituto, eique substituisset in aui potestate manenti tuorẽque dedisset, admittit quidẽ Vlp. substitutionem valere, sed tutoris dationem valere negat ex rescripto duorum fratrum, quia, inquit, *hereditatis sua miles qualem vellet substitutionem facere potest, verumtamen alienum ius minuire non potest*. Cui conuenit quod à Tryphonino scriptum est *in leg. miles ita 41. §. nec tutorem eod. tit. & ab eodem Vlp. in leg. 2. De testam. tutel.* Quid verò tu Cuiaci ad verba illa *qualem vellet substitutionem facere potest*? An non satis aperte videtur tibi Vlp. docere ius esse militi directo substituendi cuiuslibet si directam militarem faceremal, quàm vulgarem fideicommissariam? Et quod iam dixerat *substitutionem valere* an non istam fideicommissi interpretationem profuso excludit? Nulla siquidem ratio est flectende directæ substitutionis in fideicommissariam, verbis fideicommissi omnino deficientibus nisi saltem vbi sic faciendi necessitas aliqua est, vt in *dist. leg. Scævola 76. D. ad S. C. Trebell. l. generaliter 24. §. si quis seruo D. de fideic. libert.* Atquã necessitas nulla est

est cum substitutio directis verbis facta valet Respondeamus iam ad *l. precibus 8. C. de impub. & aliis substit.* quæ sola virum doctissimam nulla alia lege aut ratione peritiam fecellit.

CAPVT XIII.

Tribus locis corruptum esse *l. precibus 8. C. de impub. & aliis substit.* ac quomodo emendanda sit, Et ad *l. Papinianus 43. D. ad S. C. Trebell.*

SUMMARI A.

- 1 Postrema verba *d. l. precibus* quomodo à Cuiacio accepta sint?
- 2 Distinctio ab Interpretibus sententiæ Cuiacij addita.
- 3 Goueani interpretatio ad verba illa finalia *d. l. precibus*, veluti ex causa fideicommissi.
- 4 Substitutum militarem, secundum illam interpretationem non iure fideicommissi sed directo succedere.
- 5 Non tamen ferendum esse vt substitutus ille ad exemplum fideicommissarij succedere dicatur vbi variæ inter fideicommissarium & militarem substitutum differentia afferuntur.
- 6 Cur substitutus militaris Falcidiam nullam patitur.
- 7 Alia differentia inter militarem & fideicommissarium substitutum.
- 8 Proponitur singularis quidam casus militaris substitutionis vbi de iure adrecedendi agitur.
- 9 Regulam quæ habet, eum qui semel heres fuit semper heredem manere in testamento militis fallere.
- 10 Cur in casu illo proposito *Mænius ius adrecedendi solus habeat*?
- 11 Non id iuris fore si in dicto casu *Mænius* militariter substitutus fideicommissarij iure censeretur.
- 12 Species & emendatio leg. Papinianus 43. ff. ad S. C. Trebell.
- 13 In quam sententiam Papinianus in specie & questione dictæ legis inclinet?
- 14 Differentia inter aditionem & restitutionem hereditatis.
- 15 Cur in *d. l. Papinianus* noua restitutione opus videatur, si heredi adire compulso post restitutionem hereditatis portio adrecederit?
- 16 Non vnam hereditatis aditionem sufficere, sed tot requiri, quot sunt portiones quoties per alium pium per filium familias vel seruum hereditas acquirenda est.
- 17 Tot in specie *d. l. Papinianus* restitutiones necessarias esse, quot sunt hereditaria portiones.
- 18 Heredes fideicommissi grauatos vltro & spontè portionem suam aduemes non transferre ius adrecedendi in fideicommissarium.
- 19 Cur in casu illo imperius proposito substitutus militaris fideicommissarius dici non possit?
- 20 Ius adrecedendi, nisi de eo expressim cautum sit, in testamento militis locum habere non posse.
- 21 Alia superioris sententiæ ratio.
- 22 Verba illa *d. l. precibus*, ex causa fideicommissi substituta esse.
- 23 Alius eiusdem legis versiculus tanquam suspectus expungitur.
- 24 Verba illa sub finem eiusdem legis & adierint hereditatem Interpretis non Imperatorum esse.
- 25 Quis sit eius legis à mendis repurgata sensus.
- 26 Similes nullo herede ad tempus scripto heredem tantum ex tempore scripserit, scriptum heredem non idè substitutum dici.

- 27 Ad directam hereditatis petitionem referendam esse quod *d. l. an, substitutum posse bona patris a matre petere quæ filio puberi & intestato successit*.
- 28 Alij loci ad propositam questionem pertinentes, Interpretum aduionibus variati notantur.
- 29 Requiritur & refutatur quorundam Interpretum distinctio ad *d. l. precibus*.

Postrema legis huius verba, de quorum interpretatione contendendum nobis nunc est cum Iacobo Cuiacio ceterisque ferè omnibus interpretibus (nã quæ præcedunt omnia iam satis nos in superioribus explicauimus) hæc sunt, *si vero post pubertatem, tunc eius te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi si bona quæ cum moreretur patris eius fuerunt, à te peti possunt*. Sic enim à viro doctissimo accepta sunt vt substitutio à milite facta verbis directis siue puberi filio siue cuiuslibet extraneo, flectatur ad fideicommissum nec nisi fideicommissi iure defendatur. Quæ sententia vulgaribus quoque interpretibus placuit, sed cū hac distinctione si mater in medio sit quæ de substitutionis iure contendat cum substituto, non itè si alius siue cognatus siue agnatus. Quæ tamen omnia quàm nõ modò falsa, sed etiam absurda & ridicula sint, tam liquidò ex iis quæ proximè disputauimus constare arbitror, vt ei qui ex vera rectaque iuris ratione estimare rem velit, nulla ne vel minima quidem dubitandi causa superesse videatur. Scio posse responderi quod Antonius Goueanus vir numquam sine laudis præfatione nominandus, ante nos dixit, nec improbabili- ter, verba illa *veluti ex causa fideicommissi*, nõ sic intelligenda vt substitutus militaris succedat iure directo, ad exemplum tamen fideicommissarij, propterea quod sicut is qui per fideicommissum substitutus est, solius testatoris bona ex fideicommissio capiat cum fructibus in hereditate repertis, non etiam si quid aliunde rogatus heres habuit *l. coheredi 41. §. cum filia D. de vulg. & pupil. substit. l. sequens questio 67. de legat. 2*. Ita & qui ex militari substitutione succedit, militis duntaxat, non etiam heredis, cui directò substitutus est, bona consequatur *l. centurio 15. de vulg. & pupil. substit.* Sed cū quàm interpretationem quæ & verbis aptissime cõuenit, perinde omnino est acsi apertius scriptum esset quemadmodum si ex causa fideicommissi succederetur. Ex quo apparet tanto manifestius fideicommissi iure substitutum hunc non succedere, sed directò. Alioqui simpliciter scribendum erat *ex causa fideicommissi* non addita dictione illa *veluti* quæ similitudinis & improprietatis magis quàm veritatis nota est. Sed tamen si verum amamus, nec illud ferendum est vt substitutus militaris ad exemplum fideicommissarij succedere dicatur. Sunt enim omnia dissimilia, vt in superioribus probauimus. Substitutus militaris succedit ex testamento, fideicommissarius, quoties directæ institutio aut substitutio flectitur in fideicommissum succedit ab intestato *l. quærebatur 19. D. de testam. milit. d. l. Scævola 76. D. ad S. C. Trebell.* Ille iure directo quia miles hereditati suæ qualem vult & legem dicere & substitutionem facere potest *leg. l. cum filius familias 28. de testam. milit.* Hic autem non nisi iure obliquo, quia ius directum, id est civile, fideicommissa non agnoscit *l. qui vsu fructum 3. ff. si vsu petat*. Ille Falcidiam nullam patitur, tamen tota defuncti militis hereditatem ex militari substitutione cõsequatur: non ob id solùm quod ad militum testamenta lex Falcidia non pertineat *l. si post missionem 17. cum l. seq. l. si miles 92. D. ad leg. Falcid. l. si certari. 16. §. vltim. cū l. seq. de testam. milit.* sed etiam quia profuso inauditũ est vt

legis Falcidia potestas contra eum qui & ipse heres institutus, aut substitutus sit, inducatur. Nec rursus locum hic habet ratio Senatufconsulti Pegasiani, per quod facta est heredi potestas deducendæ quartæ ex fideicommissio, ut aliquo præmio inuitaretur heres ad eundem, ne alioqui fideicommissum intercederet. Nam si prior heres ad tempus scriptus à milite hereditatem adire nollet, non posset cogi à substituto qui ex tempore institutus esset, neque tamen substitutus ipse statim adire & heres fieri posset, sed omnimodo expectanda esset mors instituti, post quam utique secundus heres suo iure & ex testamento succederet, interim autem successio intestati locum haberet *l. miles ita 41. in princ. eod. tit.* At is qui ex fideicommissio succedit ab intestato conuersa directa substitutione in precariam, pati Falcidiam cogitur *l. 2. §. vlt. D. de iur. codicil.* Substitutus militaris nulla ex parte tenetur ad præstationem legatorum à primo herede instituto relictorum *d. l. quærebat ut §. vlt. eo.* Fideicommissarius contra tenetur ad præstationem legatorum omnium quæcûque ab herede rogato testator reliquit, præterquã si ea testator ad heredis onus pertinere expressim voluit *l. 1. §. pen. & vlt. iud. l. 2. D. ad S. C. Treb.* Et quidem in solidum si tota hereditas ei restituta sit ex Trebelliano, aut pro portione hereditatis restituta si restitutio facta sit ex Pegasiano deducta Falcidia *l. 2. C. eod.* Sed & finge & militem testamento ita scriptum esse *Titius ex iussu post biennium heres esto. Sempronius ex alio iussu usque ad biennium heres esto, post biennium Mæuius heres esto. Ius adcrendi inter eos saluum esto Mæuius post biennium Sempronij iussu ex substitutione iam nacto. si Titius suum repudiet, dico ius adcrendi quod testator inter heredes saluum esse voluit, non Sempronio, sed Mæuius competiturum, licet Sempronius priore loco heres scriptus sit sicut & Titius, diciturque soleat in iure adcrendi potior esse illorum causam qui in eodẽ gradu vocati sunt, *l. qui dam testamento 30. l. qui annos 42. de vulg. & pupil. subst.* Nimirum quia verum est Mæuium heredem solum esse eo tempore quo per Titij repudiationem ius adcrendi locum habere incipit, Sempronium autem licet prior heres fuerit, nunc tamen heredẽ non esse. Illa enim iuris regula quæ habet, eum qui se vel heres fuit semper heredẽ manere *l. aut prior 7. §. sed quod Papinianus de minor. l. ei qui soluendo 83. de hered. instit.* locum habere non potest in testamento militis cui ex privilegio permissum est vt heredem ad tẽpus quædam modum & ex tempore scribat. & consequenter vt postquam heredem ex testamento usque ad certum tempus habuit, pro reliquo tamẽ toto tempore intestati exitum faciat dicit. *l. miles ita 41. de iustam. milit.* Itaque post biennium Sempronius qui toto illo biennio heres fuit, perinde habetur ac si heres non fuisset, Mæuius verò, quod verè nunc heres sit, solus habet ius adcrendi. haud secus ac si præcedente biennio intestatus miles fuisset nec Sempronium heredem habuisset, quo casu nemo diceret legitimum heredẽ ius adcrendi habiturum esse viuo & superstitẽ Mæuius, qui verè ex testamento heres esset. Proinde nulla actione indiget Mæuius aduersus Sempronium, multo minus verò aduersus legitimum militis successorem vt deficientem Titij portionem consequi possit. Nam cum per ius adcrendi portio adcrendi adcrendi velut alluuio *l. si Titio 33 §. 1. de iust. leg. ut. fieri nullo modo potest vt portio Titij deficientes adcrendi legitimo heredi qui portionem nullam habet, ac ne quidẽ vt legitimus intestati successor vltus sit ei qui & ad certum usque tempus & ex eotempore habuit heredem ex**

testamento. Atqui si Mæuius militariter substitutus fideicommissarij iure censeretur, non idem iuris obtineret. Dicendum namque esset deficientem Titij portionem Sempronio adcrendi, tum à Sempronio ad Mæuium peruenire. Id. n. est quod ex Papiniano Vlpianus tractat *in l. Papinianus 43. D. ad S. C. Trebell.* si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem, & eam suspectam dicens compulsus adit, deinde fideicommissarius gnarus sit adcreuisse portionem hereditariam post restitutionem scripto heredi, an opus ei sit alia aditione. Sic enim malo legere ex Cuiacij emendatione. Et ait securum esse eum posse, id est alia non indigere aditione, sed de illo dubitari magis posse, an noua ei opus sit restitutione postquam portio adcreuit. Quibus verbis in eam sanè partem magis inclinare videtur, vt noua restitutio necessaria sit, licet contra putet Cuiacius. Non enim aditionis & restitutionis eadem ratio est. Aditio vna sufficit, quia is qui vel ex minima hereditatis parte heres est, vbi adit, ex toto asse heres esse & adit intelligitur siue coheredem nullum habuit, siue eum habuit qui aut antè aut post repudauerit, *leg. si quis heres 53. leg. qui ex duobus 53. l. qui patri 59. leg. si solus 80. D. de acquir. her.* Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patris 55. §. qui fideicommissum D. ad S. C. Treb. & ius adcrendi sequitur etiam inuitum leg. si ex pluribus 9. D. de suis & legit.* At restitutio vna sufficere non potest pro ea portione quæ post restitutionem adcreuit, quia nunquam potest videri fideicommissarius plus habere ex fideicommissi restitutione quam sibi restitutum sit: adeo vt illo etiam casu quo minus ei restitutum est quam ex testamento restitui debuit, perinde ex testamento agi oporteat ad restitutionem totius fideicommissi ac si nihil dũ omnino restitutum esset, quia neque aliter fideicommissum restitui vtiliter potest vt actiones transeant in fideicommissarium, quã quomodo testator voluit *l. 1. l. sed et si 9 §. vlt. cum l. seq. D. ad S. C. Trebell. si mulier 23 §. ex asse de iur. dat.* Ex contrario qui rogatus hereditatis semissem ex quo scriptus erat alteri restituere compulsus adit & restituit priusquam coheredis portio adcreveret, non potest videri restituisse portionem illam quæ postea adcreuit, quia nec rogatus erat vt eam restitueret, quã utique retineret sibi ipsi, si sponte non coactus adisset. Quod autem compulsus adit, licet indignum eum reddat quia ex testamento aut hereditate defuncti quicquã retineat, non magis tamen facere potest vt portio quæ restitutionis tempore nondum adcreuerat, pro restituta habeatur, quam vt ipsi fideicommissario potius quam heredi adcrendi. Et si. n. verum est quod diximus portionẽ portioni adcrendi, non personã, ea verò pars hereditatis cui deficientes adcrendi post restitutionem reperitur eo tẽpore penes fideicommissarium, quoniam tamen heres rogatus licet compulsus adierit, reuera heres manet (vnde illud est quod Senatufconsultum tametsi heredẽ facere possit, fideicommissarium tamen non facit, quia nec potest, ne vni duo sint heredes) & ius adcrendi non nisi inter eos qui ex eadem iure succedunt locum habet. i. inter coheredes, nõ inter heredem & fideicommissarium aut legatarium, necessarium sit vt deficientes portio coheredi adcrendi etiam post restitutionem & restitutionem coactè factã, non itam fideicommissario. Quidni ergo noua restitutione opus erit? Nã & quãuis aditio vna sufficere soleat vt diximus, si tamen per alium acquirenda sit hereditas, vt puta per filium, aut per seruum, tot aditiones necessariae sunt quot sunt portiones, non solum si duo eiusdem

dem patris liberi instituti proponantur *l. si quis heres 35 §. 1. de acquir. hered.* sed et si pater vel dominus ex parte institutus sit, filius verò vel seruus ex alia parte *l. si ex sua 36. eod.* quin & si idem filius aut seruus ex parte institutus sit purè, ex parte sub conditione, licet ex illentis quoque conditionis tempore adhuc sit in potestate *l. si solus 80.* vbi est textus elegans *in si. eo. tit.* Hoc verò cur ita? Nisi quia pater vel dominus qui sibi per alium quæsit hereditatem, non potuit quætere nisi quatenus iussit, non iussit autem pro ea parte quæ tum fuerat delata? Quamquam ea res, vt puto, non excluderet ius adcrendi si quid esset quod impediret ne aditio noua sequi posset. Atqui quod fideicommissario acquiritur, hereditas fit per interpositam heredis personam, & intercedente ministerio restitutionis, neque potest quicquam incidere propter quod noua restitutio fieri non possit, nam & prædefuncto eo, qui rogatus est, fieri potest ab eius herede dummodò is ipse adierit, qui rogatus est *l. ille 17 a quo 13. §. 1. D. ad S. C. Treb.* Tot ergo restitutiones necessariae sunt, quot sunt portiones, quæ siue principaliter siue in consequentiam, veniunt in restitutionem. Quid enim si heres ex parte scriptus qui portionem suam coactus adierat, adcrendem retinere vellet, fideicommissarius autem conueniret? quis diceret ex vi factæ restitutionis hanc quoque portionem acquisitam esse fideicommissario, & aliqua retrocessione opus esse? Sed et si eo casu quo heres scriptus coactus adisset, faterer non magis restitutione quam aditione noua opus esse, ratione illa quam nimis generaliter & ex ingenio suo Cuiacius adituit quod omnia quæ perdit is qui compulsus adit, tacito iure fideicommissarium sequantur (in quorum numero non est ius adcrendi sicut nec nomen ipsum heredis cui inseparabiliter vnitum est ius illud adcrendi, sed tantum commodum quod ex iure adcrendi pauenturum erat ad heredem si sponte adisset) Illud tamen Cuiacius non negat, imò defendit, & rectè, contra receptum interpretum traditionem, heredes vltro & sponte portionem suam adentes non transferre ius adcrendi in fideicommissarium, ne plus habeat ex testamento quam testator voluerit. Ergo vt ad id redeamus, cuius probat substitutus militaris fideicommissarius dici, aut fideicommissario comparari, cum ius adcrendi habeat proprio iure, & citra personam primi heredis, si modò ius illud inter heredes saluum esse miles voluit. Quod idcirco subieci & in superiore formula militaris testamenti clausulam illam addidi, *Ius adcrendi inter eos saluum esto*: quoniam alioquin certum est ius adcrendi in testamento militis locum habere non posse nisi id ipsum expressim cautum sit, quippe quod ex legis potestate magis quam ex testantis voluntate inducatur. ex quo fit vt ab intestato quoque locum habeat *d. l. si ex pluribus 9. De suis & legit.* Aut si testamentum factum sit, inducitur ex tacita voluntate quasi coheredes inuicem substituisse testator videtur *l. si Titio 61. §. Iulianus de legat. 2.* At militis voluntas tacita nulla est, sed ea demum quæ sit nuda & aperta, adeo vt si miles vnum ex fundo heredem scripserit, credatur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse *leg. si miles. 6. D. de test. milit.* Sed me illud omnium maxime mouet, quod, vt superiore capite attigi fideicommissariæ hereditatis restitutio fieri non potest nisi ab eo qui restitutionis tempore heres sit: quomodo. n. hereditatem restitueret qui heres non esset? Atqui is qui cui in casum adi-

ta hereditatis datus est à milite substitutus post certum tempus, puta *post. 14. annum* heres non est nisi ad tempus & in vltimum usque instans completi anni decimi quarti: quando militi permissum est heredem scribere ad certum tempus. Ergo etiam si filius aut extraneus heres, cui miles sic substituitur, eo tempore viueret, hereditatem tamen ex cautia fideicommissi restituere non posset, quam tum amplius non haberet. Multo minus igitur sic facta substitutione *si post decimum quartum annum filius decesserit* mortuo post eam ætatem filio, admittendum est vt legitimus filij heres fideicommissio vltro obstringatur, cum nullo iure dici ille possit heres militis, qui filium non nisi quoad viueret heredem habere voluit. Concludo itaque verba illa *veluti ex causis fideicommissi* esse supposititia & inepto interpreti adscribenda. Quod vt sentiam, præter certissimam iuris rationem, ex eo quoque moueor, quod video aliis duobus eiusdem legis locis non sibi temperasse interpretem quin & textum corrumperet, & incertam suam proderet. Primum illo loco vbi sic scriptum legitimus *si intra decimum quartum sue ætatis annum aut postea decesserit.* Totum enim illum versiculum non dubito eiusdem esse interpretis explicare volentis verba hæc *an in secundum filio suo quem habuit in potestate mortis tempore substituitur* quæ tamen explicatio ridicula est. Nam cum paulò post sequatur *si verò substitutio in secundum casum vel expressa vel compendio non usque ad certam ætatem facta reperitur* debuerat exemplum duplex poni substitutionis in secundum casum factæ, Vnari substitutionis factæ certa ætate expressa hoc modo *si intra vice simum quintum annum decesserit, vt in d. l. centurio 15. De vulg. & pupil. subst.* Alterum substitutionis factæ compendio verborum, id est non usque ad certam ætatem expressam hoc modo *quandocumque filius meus decesserit* aut etiam, vt puto, *si filius meus decesserit.* Neutri verò conuenit illa formula *si intra decimum quartum sue ætatis annum aut postea decesserit.* Non enim dici potest facta compendio verborum quæ tot verba continet, & certam ætatem exprimit. Nec rursus admittam quod certa ætate expressa facta sit. Nã quæ sequuntur *aut postea* faciunt vt potius dici debeat non usque ad certam ætatem factam esse. Proinde cum id ageret stolidus interpres vt vtriusque substitutionis diuersos casus eadem formula exprimeret, alicuius est vt neutram expresserit. Quod si ex ea formula tollas verba illa *aut postea* nihil tamen effeceris. Quæ enim relinquuntur *si intra decimum quartum sue ætatis annum decesserit* nullam substitutionem continent quæ non finiatur pubertate siue à pagano siue à milite facta sit. Sequentia autem legis verba demonstrant tractari hac lege de substitutione sic concepta vt & intra pubertatem & post pubertatem locum habere possit, licet alio esse. Rursum in versiculo illo *si quidem intra pubertatem decesserit, habeat eos heredes quos pater ei constituit & adierint hereditatem* existimo eiusdem esse interpretis verba hæc *& adierint hereditatem.* Quid enim attinebat de adita hereditate tractare, cum non nisi de iure adenda hereditatis consulti essent Imperatores à matre quæ dubitabat an sibi, an potius substitutis delatum esset ius adenda hereditatis? Quid si substitutus erat aliquis ex liberis fortasse primi thori? Quid si seruus testatoris? Vtique non fuisset in iis necessaria aditio, quia quisquis patri heres necessarius est, idẽ si pupillus substitutus sit ei quoque necessarius heres est vt probauimus libro superiore c. 14. Et quod lex ait *eos habeat heredes* sic accipiendum est *eos habere debeat,*

proinde siue necessarii heredes sint siue voluntarij, & ex voluntariis siue iam adierint hereditatem siue nondum adierint. Frustra igitur & ineptè adiecta sunt verba illa & adierint hereditatem quæ nec commodè possis construere nisi addas relatiuum qui & legas qui adierint. Quis igitur improbable nunc putat ea quæ tollimus veluti ex causa fideicommissi ab eodem interprete addita fuisse? Aut quis miretur ab imperito interprete intractum errorem quem tot tantique interpretes auferunt defendere? Quamquam vix credibile est tam supinum errorem in villius eruditi interpretis mentem venurum fuisse si non eos corruptæ lectionis auctoritas fecerit: in quo tamen non caret reprehensio ne, qui plus receptæ lectioni quam iuris rationi ponderis tribuerunt. His autem verbis sublatis, manifesta est legis sententia, Defuncto post pubertatem filio cui pater miles in secundum casum substituerat directo siue expressa ætate siue compendio verborum non vsque ad certam ætatem, filij successionem ad matrem pertinere ab intestato bona verò quæ patris cum moreretur fuerunt, spectare ad substitutum militarem ex directa substitutione: non velut ex pupillari, nam pupillaris ipsa etiam filij bona comprehenderet: neque item velut ex causa fideicommissi propter tot differentias de quibus diximus, sed potius veluti ex causa institutionis, quia non aliam ob causam huiusmodi substitutio militibus permilla est quam quod ex tempore heredem instituire possint, quamuis non quisquis à milite institutus est tempore dici debeat substitutus milititer, sed is demum qui sic institutus est post alium ad tempus institutum. Substitutionem enim æstimamus, vt iam supra dictum est, ex secundo gradu, secundaque hereditatis dilatione ab eodem testatore & eodem testamento facta.

16 † Quare si miles nullo herede ad tempus scripto heredem tantum ex tempore scripserit deferretur quidè ei hereditas suo tempore, adeoque secundo loco, id est post legitimos intestati successores d. l. miles ita in prin. Sed tamen non idcirco substitutus dicitur, sed institutus ex tempore, quia primus ille est, non secundus cui ex testamento defertur hereditas. Cæterum quemadmodum eo casu succederet iure directo nec fideicommissum petere cogeret ad legitimum intestati successorem, quia testamentum valeret, ita & alio herede priore ad certum vsque tempus scripto, substitutus eodem iure vitur, nec ob id deterioris conditionis fit quod testamentarius non legitimus heres ex causa succedendi eum præcesserit. † Itaque quod lex ait substitutum posse bona patris petere à matre quæ filio puberi & intestato successit, ad directam hereditatis petitionem referendum est, quæ datur contra quemcunque hereditatis possessorem si pro herede aut pro possessore possideat, non ad fideicommissariam. Ideò autem necessaria est substituto petitio hereditatis, quod confusis per filij immixtionem bonis patris cum bonis filij, omnium possessio à filio in matrem eandemque legitimam heredem transfusa fuerit: quæ res impedit ne substitutus capere propria autoritate possit bona militis licet veniant in directam substitutionem. † Eidem verò interpreti cuius inscitiam & audaciam hic prodimus, adscribo etiam additionem illam quæ in codices omnes solo Florentino excepto irrepsit in l. Lucius. 45. de vulg. & pupill. substi. ab illis verbis aliter si eiusdem ætatis vsque ad §. Paulus respondit, quam additionem emendatione etiam egere docuit Cuiacius libro 17. cap. 26. Eidem quoque adscribo quicquid irreperitium

est in l. 1. eo. 11. De cuius emendatione scribemus infra. 29. † Suaves verò mehercule sunt interpretes nostri qui substitutionem hanc volunt flecti ad fideicommissum favore solius matris, non etiam si substitutus contendat cum aliis siue agnatis siue cognatis, etiam si à milite facta sit. Nam contra hanc distinctionem apertissimus est textus legis in testamento. 6. C. de test. mil. in cuius specie cum inter matrem pupilli & substitutum à milite contenderetur de iure substitutionis non dubitat Imperator quin substitutus matrem vincere deberet si constaret factam à milite substitutionem militarem, id est cogitasse militem de reciproca substitutione in secundum casum faciendam. Quod tamen in dubio cogitasse non præsumitur, siue mater siue alius agnatus sit aut cognatus qui substituto controuersiam hereditatis faciat, quia non potest id fieri citra interpretationem petendam ex præsumpta testatoris voluntate, cui interpretationi & præsumptioni in testamento militis locus esse nunquam potest vt probauimus in superioribus.

CAPVT XIII.

Explicatio I Scauola. 76. D. ad S. C. Trebell. l. 4. C. de codic. l. fundum. 92. §. ult. de legat. 1. & alia pleraque de iure codicillorum tam ex testamento quam ab intestato.

SVMARIA.

- 1 Quam rationem habeat Scauola responsum in dict. leg 76.?
- 2 A iuris regulis alienum esse, vt substitutio directa que iure directo valere non potest, ad causam fideicommissi trahatur.
- 3 Reijcitur ratio qua Interpretes motum Scauolam in dicta lege ad benignam interpretationem decurrisse existimant.
- 4 Substitutionem verbis civilibus post decimum quartum annum factam ne iure quidem fideicommissi valere.
- 5 Nec distinguendum esse an verbis civilibus & merè directis, an verè communibus substitutio facta sit.
- 6 Scauolam ad id non respexisse quod pater in d. l. verbo communi substituo, potius quam alio vsu esset.
- 7 An cum Cuiacio dicendum sit supradictum Scauola responsum pro fundamento pupilli fauorem habere.
- 8 Pupillarem substitutionem pupillo non solum utilem sed honorificam olim fuisse, & nunc fauorabilem esse.
- 9 Benignam interpretationem in d. l. Scauola. ex fauore pupilli eliciendam non esse.
- 10 Benignam interpretationem in d. l. admittendam non esse, cum iuris communis & ordinarij ratio pro substituto faciat.
- 11 Eum qui cum testamentum nullum fecisset, in codicillis ab intestato scriptis heredem directo instituit, hos ipso legitimum heredem rogare intelligi, vt hereditatem ex causa fideicommissi scripto heredi restituat.
- 12 Uno tantum casu nihil ab illo legitimo herede deberi.
- 13 Hereditatem codicillis æquè inutiliter dari ac confirmari, sed directam dationem in fideicommissariam flecti.
- 14 Directam hereditatis dationem factam testamento minus solenni quod clausulam codicillarem vel quamuis aliam enixa voluntatis declarationem contineat, in fideicommissariam flecti.

15 Potentius

- 15 Potentius esse eius codicillorum si ab intestato, quam si ex testamento facti sint.
- 16 Explicatur verba illa l. 6. in princ. ff. de iur. codicill. nihil egisse matrem.
- 17 Eum qui codicillis post testamentum factis heredem instituit, non videri rogasse testamentarium heredem vt heredi in codicillis scripto hereditatem ex fideicommissio restituat.
- 18 Quis sit sensus l. non idcirco. C. de codicill. & an ea de codicillis ab intestato factis sit accipienda?
- 19 Imperatores in d. l. intestato pro nullis vocatis testibus dixisse.
- 20 Ratio dubitandi & decidendi in eadem lege.
- 21 Frequentiores olim fuisse codicillos qui ex testamento, quam qui ab intestato fierent.
- 22 Hereditatem codicillis ab intestato scriptis directo dari ad fideicommissum flecti posse.
- 23 Differentia constituitur inter codicillos quos quis sibi siue ex testamento siue ab intestato, & eos quos pupillo fecit ab intestato.
- 24 Quid iuris quò quis intestato moriturus codicillos scribit, & in eis hereditatem suam institutionis vel substitutionis iure directo dat?
- 25 Non minorem esse codicillorum ab intestato factorum, quam testamenti fauorem.
- 26 Patrem non posse filio impuberi codicillos ab intestato facere.
- 27 Nec ideo magis id ei permitti debere, quod testamentum filio impuberi facere possit?
- 28 Patrem non prohiberi codicillos testamentarios filio impuberi facere, si non tantum sibi sed etiam filio restitui sit.
- 29 Nullo casu admittendum esse, vt codicillis ab intestato factis pater legitimum impuberis heredem fideicommissio grauari possit.
- 30 Testamento à patre facto nihil necesse esse concedi ei facultatem codicillos filio intestato faciendi contra communes iuris regulas.
- 31 Legitimum pupilli heredem eo casu tacite ab ipso pupillo institutum videri.
- 32 Eo casu quo pater pupilli sibi testamentum fecit, legitimum pupilli heredem quasi pupillaris substituti iure censeri.
- 33 Fideicommissum à legitimo pupilli herede quasi tacite substituto, in testamento vel testamentariis codicillis relictum pupillo pubere factis exanimescere.
- 34 Cur in specie d. l. Scauola substitutio directo in codicillis facta ad fideicommissum ipso iure non trahatur, sed benigna interpretatione opus sit?
- 35 Vnde petenda sit benigne huius interpretationis ratio?
- 36 Nihil interesse legitimi successoris pupilli quibus verbis pater vsus sit, precariis an aliis.
- 37 An si in proposita d. l. specie pater nullum sibi testamentum fecisset, aut si fecisset, inutile fecisset, licet clausulam codicillarem habens benignam interpretationem Scauola fuisse admittimus.
- 38 Patri non permitti tacite filio suo impuberi legitimum heredem facere.
- 39 Prinsque esse vt pater filio impuberi testamentum facere possit, quam vt legitimos ei heredes tacito iudicio substituisse videamur?
- 40 Posito quod pater siue testatus siue intestatus filio impuberi codicillos ab intestato facere possit, an mater substitutis pupillaribus fideicommissio obligetur, si iis codicillis directa pupillaris substitutio à patre facta sit?
- 41 Quomodo Scauola in supradicta lege dubitandi

causam expresserit.

42 Scauola responsum in d. l. Scauola. singulare esse, & ad suam speciem coartari debere.

43 Hoc responso abuti eos qui substitutionem militarem in casum adquisitæ hereditatis factam, quasi directo inuilem iure fideicommissi defendunt.

44 Nec minus eos qui in d. l. patris codicillos testamentarios a codicillis ab intestato factis non separant.

45 Errare quoque eos qui non distinguunt non testator in codicillis directo substituent, de sua, an de pupillari hereditate senserit.

46 Alius Interpretum error ex illo Scauola responso refellitur.

Difficile † interpretibus ferè omnibus semper visum est intelligere, quam rationem habeat quod in hac lege Scauola respondit, si pater filium suum impuberem ex alio scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit inutilem quidem esse substitutionem, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, sed tamen benigna interpretatione placere vt mater quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommissio obligetur. † Videtur enim hoc abhorreere à iuris regulis vt substitutio directa quæ iure directo valere non potest trahatur ad causam fideicommissi, cum nec fideicommissi verba illa sunt, nec aliud quicquam, ex quo appareat testatorem aut codicillantem de fideicommissio inducendo cogitasse. Quid enim à fideicommittendi voluntate tam alienum dici potest quam verbis directis uti, cum fideicommissa non relinquuntur nisi precariis? Idque Scauola ipse fatetur non obscure cum ait hoc fieri benigna interpretatione. Nam quid esset necesse ad benignam interpretationem recurrere si iuris ratio non repugnaret? Sed & verba illa præ se ferunt casum hunc singularem esse, specialemque habere rationem quæ non patitur vt facile trahi possit ad consequentias. In eoque potissimum laborant interpretes vt inuestigent qua ratione motus Scauola ad benignam hanc interpretationem decurrendum putauerit. † Nam si dicas quod plerisque placere video, ita eum respondisse pro conseruanda defuncti hominis supremæ voluntate vt eo saltem modo valeat quo valere potest, efficies vt eodem æquitatis colore generaliter concludendum sit, substitutionem quamlibet directam siue puberi siue impuberi filio, ac siue filio siue extraneo factam in casum quoque adquisitæ hereditatis, quam constat, extra casum pupillarem directo iure valere non posse, fideicommissi tamen iure defendendam esse. † Quo admissio, mendacij simulque imperitiæ reum facies Papinianum qui in l. verbis civilibus. 7. D. de vulg. & pupill. subst. apertissime contra scribit verbis civilibus post decimum quartum ætatis annum frustra fieri substitutionem Nam vt ad eum locum diximus supra c. 12. non posset dici frustra factam substitutionem, quæ tamen iure directo esset inutilis, tamen in vim fideicommissi defenderetur. † Nec est quod vulgare illud temperamentum adferas quo veluti collino interpretes vt solent, adhibita distinctione an verbis civilibus & merè directis substitutio facta sit, an communibus, quale voluit esse verbum substituo à Scauola vturpatum in ea specie de qua disputamus. Iam enim à nobis in superioribus satis superque probatum est communia verba nulla prorsus esse, sed omnia omnino vel ciuilia & merè directa vel precaria: sed etsi aliqua essent communia, nullum tamen magis directum dici posse quam ver-

bum *substituto* quod proprium est directarum omnium substitutionum. † Et verò non ad id respexisse Scauolam, quod hoc potius quam alio verbo pater usus esset, ex eo apparet quod ad benignam confugit interpretationem vt directam substitutionem flectat id fideicommissaria, cū tamen benigna dici non posset interpretatio, quam ipsa verbi vis & proprietate eliceret. Estque omnium apertissimus hic locus ad probandum *substituto* verbum commune non esse ad directam, & ad precariam substitutionem. † Rursum si cum Iacobō Cuiacio ceterisque ferè omnibus recentioribus dicas, responsum hoc Scauolæ non tam niti præsumptione voluntatis, quam fauore pupilli, perinde fiet consequens vt generalius, latiusque patere debeat, quam Scauola voluerit. Idem enim pupilli fauor extorqueere debet, vt quoties pupillaris substitutio ex quacunque causa inutiliter facta erit, defendenda tamen sit iure fideicommissi. Proinde siue pater pupillo tantum, non etiam sibi testamentum fecerit, siue sibi etiam quidem, sed minus ritè ac solenniter, siue pupillo quem testamenti aut mortis tempore non habuit in potestate, pupillariter substituerit, quibus omnibus casibus in confesso est, pupillarem substitutionem non valere, dicendum erit valituram iure fideicommissi, quandoquidem non minor his casibus pupillifauor videri debet quam cum in codicillis substitutio pupillaris facta est, imò tanto maior quanto minus alienum est à iuris regulis vt substitutio hæc in testamento, quam vt in codicillis fiat. Sed neque facile videre possum quis pupilli fauor in eo versetur, quod placet Scauolæ, vt legitimus pupilli heres substitutis pupillaribus fideicommissis obstringatur. † Nam cum dicimus pupillarem substitutionem non solum vtilem pupillo, sed etiam honorificam esse, ad id respicimus quod per eam pupillus habeat testamentarium heredem potius quam legitimus intestati successorem *l. Iulianus. 42. alias l. si pupillus D. de acquir. hered.* Ius enim habendi ex testamento heredis honorificum esse creditur, quia ciuium Romanorum & patrum familias proprium est: pupillo autem vtile ob id potissimum, quod ea ratione fiat vt agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli quandiu ignoratur qui ei successor futurus sit. Propter quam causam cauere olim patres solebant ne pupillares tabulæ viuo adhuc & impubere filio aperirentur *l. vit. D. ad S. C. Trebell. §. si autem quis inst. de pupill. subst.* Et si autem solent hodie pupillares substitutiones æquè aperte fieri ac vulgares, non sine magno pupillorū periculo, vt proinde non sic olim vtiles videri possent non eo tamen minus fauorabiles sunt, siue pupilli personam intucare, cui honorificentius fuerit ex testamento heredem habere quam ab intestato: siue ius ipsum testamenti, cuius causa semper fauorabilis nec immeritò esse existimatur *l. si par. 10. D. de inoff. testam.* † At in specie *l. Scauola*, non facit benigna illa interpretatio quam isti eliciunt ex fauore pupilli, vt substitutum heredem habeat ex testamento, sed tantum vt mater pupillo succedens ab intestato, de hereditate substituto restituenda per fideicommissum rogata videatur. Quis ergo pupilli fauor in eo versari potest? Quin potius dicendum esset pupillo incommodam & onerosam esse interpretationem quæ legitimus ipsius heredem, præsertim matrem, à qua nullum ipsius salutis periculum imminet, ad fideicommissum fortassis extraneo præstandum obliget. Tritum enim vtrumque est fideicommissariam substitutionem etiam pupillo qui alioquin testari ipse non posset, oneri esse, pupillarem

verò honori. *l. coheredi. 41. §. cum filia D. de vulg. & pup. subst.* Quid verò hac parte interest an à pupillo ipso, an ab eius legitimo successore fideicommissum relinquatur? Igitur alia ratio quaerenda est propter quam visum sit Scauolæ, benignam esse interpretationem illam quæ faciat vt pupillaris substitutio inutilis flectatur fideicommissum. † Mihi verò, contra quam vlli adhuc interpreti in mentem venerit, multo difficilius illud videtur, quid necesse fuerit Scauolæ ad benignam illam interpretationem recurrere, cū iuris ordinarij & cōmunis ratio faceret pro substituto. Et si enim codicillis hereditas directò nequidari neque adimi potest, siue ex testamento cōfirmati sint, ne per codicillos qui ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per institutionem heredis acciperet, confirmari aut destrui videretur, vt eleganter Papinianus ratiocinatur *in l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* siue ab intestato facti sint, ne hoc ipso testamentum factum videri posset, aut codicillorum & testamentorum iura confunderentur *§. penult. Inst. eod. tit. l. si idem. 7. C. eod. l. non codicillum. 1. C. de testam.* † Tamen si is qui testamenti tabulas nullas fecit, codicillos ab intestato scribat, & in iis heredem directò instituat, hoc ipso legitimus heredem rogare intelligitur vt hereditatem scripto heredi ex causa fideicommissi restituat, dummodo dubitari non possit quin voluerit defunctus eam scripturam intactam habere codicillorum: quomodo idem Papinianus loquitur *in l. illum enim. 13. §. 1. De iur. codic.* † vbi addit non nisi vno casu nihil à legitimo herede deberi, nimirum si defunctus testamentum se facere existimauerit. Quod et si in dubio præsumendum est cum ea scriptura heredis institutionem aut exheredationem continet, aut vulgarem substitutionem aut legata aliaue huiusmodi quæ in testamentum, non codicillos conferri solent vt ibidem Papinianus subiicit, & scriptum etiam est *in d. l. non codicillum*, nullus tamen præsumptioni aut dubitationi locus relinquatur, cum paterfamilias codicillos se facere velle dixit. Quod etiam pertinet quod *in l. 2. §. vit. co. tit. ex Iuliano* proponitur, hereditatem testamento inutiliter datam non posse codicillis confirmari quasi hereditatem, sed tamen ex fideicommissis peti posse salua legis falcidiae ratione. † Quid enim refert an hereditas codicillis detur, an confirmetur? Vtrumque inutiliter fit, sed posterius hoc, vt ita dicam, inutilius, quia duplici ratione confirmatio illa impeditur. Vna, quod confirmatio dationis datio quædam sit, neque proinde fieri queat vt hereditas confirmetur in ea scriptura in qua dari non posset. Altera quod inutilis actus præcedentis utilis confirmatio fieri nequeat, quod enim inutiliter factum est, ex integro faciendum non confirmandum est. Et tamen inutiliter data in testamento hereditatis confirmatio adhuc inutilior in codicillis facta prodest vt legitimi heredes de hereditate illa ex fideicommissis restituenda rogati existimantur. Quidni ergo proderit datio ipsa hereditatis licet inutiliter directò facta, vt flectatur in fideicommissum? Sed & si quis factò testamento minus solenni in quo heres directis & ciuilibus verbis instituit clausulam codicillarem in eo adscripserit, de qua *l. 3. D. de testam. mili. & in l. vit. C. de codicill.* vt scilicet testamentum valeat vice codicillorū, perinde dicimus directam hereditatis dationem conuerti in fideicommissariam. Quinimò etiam si neque clausula codicillaris, neque codicillorum mentio vlla facta sit, sed ita fortè testator scripserit *Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit vt in l. ex ea scriptur.*

ra. 29. D. qui testam. facere poss. Aut vt in *l. Titia. 13. de inoff. testam.* Aut quomodo Lucius ille Titius de quo idem noster Scauola in *l. Lucius. 88. alias l. codicillis §. vit. de legat. 2. Lucius Titius hoc mecum testamentum scripsit sine vilo iurisperito, rationem animi mei secutus potius quam nimiam & miseram diligentiam: & si minus aliquid legitime minusve peris è fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sciam voluntas.* Nam cum in eo testamento heredes institueret, postea verò inutiliter factum esse testamentum constitisset, non dubitat Scauola quin intestati eius bonorum possessione petita portiones hereditariae heredibus adscriptæ ex causa fideicommissi peti possint. Quanto igitur magis idem responderet si testator ille vel apertioribus verbis clausulam codicillarem adscripserit, vel nihil nisi codicillos ab intestato fecisset? † Ideo autem de codicillis ab intestato factis loquimur, quoniam fortius & potentius eorum ius est, quam si ex testamento facti essent. Qui enim testamento confirmati sunt, siue testamentum præcesserit, siue subsecuti sint, non possunt heredis instituti ius vlla ex parte lædere aut minuere, si quid in iis verbis directis scriptum sit ad causam hereditatis pertinens, siue data hereditas siue adempta, siue condicio institutioni adiecta, siue directà substitutio facta proponatur *l. pen. §. vit. D. de cond. inst. l. Diui. 6. in princ. D. de iur. codicill.* † vbi Marcianus refert, à Seuero & Antonino rescriptum esse nihil egisse matrem quæ cum liberos heredes suos pure instituerit, conditionem emancipationis codicillis adiecit, quia, inquit, neque conditionem heredi instituto codicillis adiecere neque substituere directò potest. Non enim nihil gessisse dici posset si quæ in codicillis perperam directis verbis sanxisset, fideicommissi iure defenderentur. Quemadmodum ex eo quod Papinianus scribit *in l. verbis ciuilibus. 7. De vulg. & pupill. subst.* ve. bis ciuilibus vltra decimum quartum annum substitutionem frustra fieri probauimus in superioribus: non igitur flecti ad fideicommissum, quia non fieret frustra quæ fideicommissi iure valeret † Putoque eò spectare Papiniani verba illa *in d. l. illud. 13. §. 1. de iur. codicill.* *Tractari, inquit, solet de eo qui cum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit, Titium heredem esse volo.* Vt intelligamus non similitè tractari, id est dubitari posse de eo qui factò iam testamento codicillis heredem scripserit, an heredem testamentarium rogasse videatur de hereditate ex fideicommissis restituenda, ei quæ subinde in codicillis heredem scripsit. Certum est nullum ex eiusmodi codicillis induci fideicommissum, non solum quod ad ipsam heredis institutionem de qua minus dubitari potest, sed & quod ad legata, nisi si quod expressim & verbis precariis relictū sit. † Quæ sententia ex legis *Nō idcirco. 4. C. de codicill.* ea tantum ex codicillis debita esse admittentis quæ precariis verbis relictæ sunt. Nā si de codicillis ab intestato factis loqueretur, quomodo omnes, vt opinor, quotquot vnquam fuerunt interpretes intellexerunt, valerent proculdubio illa etiā quæ directis verbis relictæ essent, non quidè iure directò, sed iure fideicommissi: cum multo facilius aut saltè nõ difficilius sit conuerti legata in fideicommissa quam institutione directà in substitutione fideicommissaria *l. querebatur. 19. §. 1. de testam. mili. & in l. vit. C. de codicill.* vt scilicet interpretes fefellerint verba illa quod intestato te absente codicillos mater tua fecit, non animaduertentes intestato dixisse Imperatores, pro eo quod est nullis conuocatis testibus. Quemadmodum ex cōtrario dicemus testam. quid fieri, pro eo quod est testibus conuocatis *l. vit. D. de leg. commissi. qui Rome 122 in princ. & §. coheredes de verb. obl.*

† Dubitandi autem causa pro filio illa erat, quod cum testamento matris heres scriptus fuisset, vt in *l. 2. eod. tit.* atque ita ius ei aliquod ex testamento quaesitum videretur, non debuerat eius condicio deterior fieri per codicillos quos mater non solum ipso absente, sed etiam nullis conuocatis testibus fecisset. Sed decidendi ratio est quod codicilli nullam iuris solennitate detideret *§. vit. Inst. de codicill. nec. proinde testium conuocatione illa solennè quæ in testamentis requiritur. l. vit. C. eod.* multo minus autem præsentiam heredis instituti. Quippe cui nullum ex testamento ius ante mortem testantis quaesitum dici possit: licet multo minor aut potius nulla prorsus futura sit dubitatio in codicillis ab intestato factis absente eo qui nõ nisi legitimus heres sit. † Et verò frequentiores olim fuisset codicillos qui ex testamento quàm qui ab intestato fierent, vt pote à quibus codicillorum ius exorbire sumpserit vt Iustinianus refert *in princip. iur. de codicill. instit.* adeoque potentius esse ius heredis instituti quam legitimi, ex eo colligi potest quod Papinianus *in d. l. quod per manus. 10. De iur. codicill.* proposita quaestione illa generali, Cur in codicillis hereditas dari non possit, adfert rationem ad testamentarios duntaxat codicillos pertinentem *ne. inquit, per codicillos qui ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.* † Ex quo illud etiam apparet, licet in codicillis intestati æquè ac in testamentariis hereditas inutiliter directò detur, non tamen vsque adeò inutiliter eam dari quin flecti possit ad fideicommissum, quoniam ea res non lædit ius successionis intestati heredisque legitimi, quod nec commune quicquam habet cum iure codicillorum ab intestato factorum vt ab intestati successione pendere videantur, quomodo pendet ex testamento ij qui siue ante siue post testamentum fiunt, vt mirum non sit si non tantam vim habeant ad lædendum ius heredis scripti, ex cuius institutione confirmantur: læderent autem si fideicommissis eum obstringerent à quo nihil petitum esse quique suo iure heres existeret *arg. d. l. illud enim, in princ.* Hancque differentiam eleganter Paulus expressit *in l. ab intestato. 16. eod.* illis verbis *intestato patre familias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti obtinent, testamento autem facto ius sequuntur eius.* Quæ cum ita sint, non est iam quod quis miretur directam substitutionem in codicillis inutiliter factam defendi iure fideicommissi. Sed illud, meo iudicio, longè magis mirandum est quod tamen nemo miratur, quamobrem in ea specie quam Scauola tractat *in d. l. Scauola* necessariam putet ille benignam interpretationem ad substitutum ex fideicommissis admittendum quasi deficiente iure. † Dicam quod mihi videtur, & ni fallor, id ipsum quod res est, quamuis à nemine adhuc animaduersum. Differentia hac parte constituenda est, & elegans & vera, inter substitutionem pupillarem & ceteras directas, id est inter codicillos quos quis sibi siue ex testamento siue ab intestato, & eos quos pupillo fecerit ab intestato. † Cum quis intestatus moriturus codicillos scribit & in iis directò dat hereditatem suam, siue institutionis siue substitutionis iure: tunc ea proculdubio locum habent quæ hucusque diximus, id est, quicquid ab intestato succedit rogatus intelligitur de hereditate per fideicommissum restituenda eis qui heredes directò instituti fuerunt aut substituti: quoniam alioqui fieret vt suprema defuncti hominis voluntas destitueretur, ni eo saltem modo valeret quo valere potest, id est per fideicommissum: quod tamen ferendum non

fit ab intestato, illique codicillis factum esse à patre directam pupillarem substitutionem in reipidè dicerem futurum eo casu ut mater quæ filio impuberi ab intestato successisset, substituitur pupillaribus. fideicommissio obligaretur, idque non ex benigna aliqua interpretatione, licet æquè verum foret hereditatem codicillis directò dari non posse, sed ex ratione juris communis quæ facit ut quicquid in fideicommissis ab intestato factis relinquatur verbis directis, siue hereditas sit, siue legatum, siue libertas, aut quid aliud simile, ex fideicommissio debeatur. Nam si quemadmodum testamentum volente patre, ita & codicillos ab intestato habere pupillus posset, nulla ratio esset cur nõ in hac etiam parte ceterorum patrum familias iure uti deberet. Ita que observandum est quod dubitadi causam Scauola sic expressit, licet substitutio inutilis sit, quoniam codicillis hereditas neque dari neque adiri potest. Non dixit licet substitutio directa in codicillis intestati facta non possit trahi ad causam fideicommissi (id enim falsum fuisse, ac præterea parum ad rem accomodatam, quia de codicillis testamentariis Scauola tractabat, nec rursus codicillos ab intestato habere pupillus vnquam intelligitur) sed dixi simpliciter substitutionem inutilem esse, quia codicillis hereditas neque dari neque adiri potest. de codicillis nimirum sentiens non pupilli, sed patris, cui non magis permittitur ut pupillarem hereditatem quam ut suam det in codicillis. In eo tamen patrefamilias, qui codicillos ab intestato fecisset, usque suam non alienam hereditatem directò reliquisset, siue per institutionem duntaxat siue per adiectam institutionem vulgarem substitutionem, ratio illa dubitadi & falsa esset & inepta. Non enim illa institutio aut substitutio directa absolute inutilis dici posset quæ iure communi & citra benignam interpretationem valeret iure fideicommissi. Et quod subiicit Scauola quia codicillis hereditas neque dari neque adiri potest, æquè falsum esset quando & dari & adiri per fideicommissum potest, licet directò non possit & permittit. Inst. de codicil. In pupillo tamen absolute quomodo Scauola concepit id verum est, nec fuit necesse adicere ditionem illam directò ut absolute vera esset ratio, quia de fideicommissio ex pupillaribus intestati codicillis inducendo tractari hic non potest, cum nec eiusmodi codicillos pupillus habere vnquam possit. ¶ Constat igitur ex superioribus, ut tandem concludamus, verum esse quod in tota hac disputatione monuimus responsum hoc Scauolæ esse valde singulare, & ad suã speciem omnino coartari debere: nimisque eo abusos interpretes ut probarent substitutionem pupillarem in testamento pagani factam verbis communibus, post decimumquartum annum flectendam ad fideicommissum benigna interpretatione: nam & in ea ipsa specie quam Scauola tractat non aliter locum habet benigna illa interpretatio quam si filius impubes decederit. Quinimò etiam si fideicommissum verbis precariis à legitimo pupilli herede iis codicillis relictum esset, quod suo iure pater dummodò facto sibi testamento relinquere posset, tamen post pupillarem atatem deberi desineret, neque benigna interpretatione magis quam ipso iure sustineretur, d. l. quod fideicommissum. 93. iunct. l. præced. & seq. de legat. 1. ¶ Abutuntur etiam qui substitutionem militarem in casum adquisitæ hereditatis factam in testamento militis quasi directò inutilem, defendunt tantum iure fideicommissi tanquam ex benigna huiusmodi interpretatione, quomodo sensisse videtur ineptus ille interpres qui in l. præced. de impub. & alijs subst. adiecit ex suo capite ea verba voluit ex causa fideicommissi, quæ nos su-

periore capite tollenda esse probauimus. Vult enim illa iure directò: nec fideicommissi interpretatio vlla cadere potest in testamentum militis directò quod constituenas. ¶ Abutuntur & ij qui ex sola pupilli persona benignam illam interpretationem elucubrant nõ separant hac parte codicillos patris testamentarios à codicillis ab intestato factis: cum tamen si nullum à patre testamentum factum esset, nullus benignæ huiusmodi interpretationi locus relinqueretur, quia nec expressim verbis precariis fideicommissum à legitimo pupilli herede relinquere pater posset, ne intra pubertatem quidem. ¶ Abutuntur ij quoque, qui non distinguunt an testator substituendo in codicillis directò, de sua hereditate senserit, an de pupillari. Nam si de testatoris hereditate ageretur, nullo casu locum haberet benigna illa interpretatio, sed omnimodo directò deberi hereditatem ex fideicommissio debent codicillis ab intestato factis in testamento siue anteriore siue posteriore confirmati essent, nullo modo debent, qui hereditas testamento data codicillis adiri nisi per fideicommissum non potest, nec rursus per fideicommissum nisi verbis precariis. Verba enim directa in codicillis post testamentum factis postea nunquam flectuntur ad sensum obliquorum ut dicemus cap. seq. ¶ Sed omnium maxime damandi sunt & ex hoc Scauolæ responso resellendi qui putant quociescunque de pupillari hereditate contenditur inter matrem pupilli & substitutum, eam interpretationem benigne accipiendam, quæ matrem præferat aut in totum aut saltem quod ad legitimam portionem. Nam si eo quoque casu quo pupillaris substitutio in codicillis facta nec directò iure valet, nec iure fideicommissi benigna tamen interpretatio placet Scauolæ quæ matrem obliget ad hereditatem ex fideicommissio substitutis pupillaribus restituendam, quanto magis pronunciet ille pro substituto contra matrem si pupillaris substitutio siue expressa siue tacita directò iure valere potuisset?

CAPVT XV.

Melius quam antehac explicata Seueri & Antonini constitutio, de qua in §. non tantum Institut. de codicillis.

S V M M A R I A.

- 1 Reuocat auctor sententiam suam de validitate codicillorum ante testamentum factorum post Seueri constitutionem.
- 2 Quam ob rationem Papinianus putauerit, quocumque codicillis ante testamentum factis relicta essent, specialis confirmatione indigere?
- 3 Ius codicillorum à testamentis originem sumsisse.
- 4 Legata ab instituto relicta non debent à legitimo intestati successore, nisi per clausulam codicillarem aut aliam æquipollentem ab eo repetita sint.
- 5 Ratio superioris sententia Papiniana ab auctore ante reddita, ab ipso reuocatur.
- 6 Codicillos post testamentum factos nulla egere confirmatione.
- 7 Confirmari quidem potuissent, sed non ex necessitate.
- 8 Post Seueri & Antonini rescriptum ex ijs codicillis qui testamentum præcedunt, licet confirmati non sint, fideicommissum peti posse.
- 9 Cuiusmodi interpretatio ad illud rescriptum.
- 10 Ante superioris rescriptum non magis valuisse fideicommissa quam legata ijs codicillis relicta, qui ante testamentum

- mentum facti nec testamento nec quouis alio voluntatis indicio confirmati essent.
- 11 Cur fideicommissa ex dictis codicillis non debeantur?
 - 12 Post Seueri & Antonini rescriptum non solum fideicommissa sed etiam legata directis verbis eiusmodi codicillis data non quidem iure directò, sed ex fideicommissio debent.
 - 13 Hanc rescripti interpretationem æquitatis colore adinuari.
 - 14 Illud rescriptum etiam tunc locum habere quum codicillis ante testamentum factis, nec specialiter confirmatis legata duntaxat, non etiam fideicommissa relicta fuerint.
 - 15 Directam institutionem vel substitutionem ijs codicillis contentam non valere nec ad fideicommissum flecti posse.
 - 16 Extra causam directæ hereditatis, legata, libertates & alia que non nisi directò dari possunt, superioribus codicillis dari posse & ad fideicommissum flecti.
 - 17 Differentia inter codicillos ante testamentum factos, & eos qui post testamentum facti, testamento specialiter confirmati sunt.
 - 18 Ex codicillis posterioribus testamento confirmatis legata iure directò debent.
 - 19 Ex non confirmatis non valere quæ in eis verbis directis relicta sunt.
 - 20 Ante Seueri & Antonini rescriptum plenius fuisse ius codicillorum qui post testamentum, quam eorum qui ante facti essent.
 - 21 Post rescriptum ius anteriorum codicillorum plenius esse.
 - 22 Licet anteriorum & posteriorum codicillorum idem ius sit, si testamento confirmati sunt, magnam tamen esse in ipso confirmandi modo differentiam.
 - 23 An ante tabulas. ff. de iur. codicil. propter illud Seueri & Antonini rescriptum immutata sit?
 - 24 Quid noui illo rescripto inductum sit, & quis sit sensus, vers. si appareat. d. §. non tantum. Instit. de codicillis.
 - 25 Cur codicillis ante testamentum factis & testamento nõ confirmatis, post allegatum rescriptum immutata voluntatis probatio heredi incumbat?
 - 26 Multum in crese codicilli anteriores testamento vel quo alio indicio confirmati sunt, necne.
 - 27 Post illud Seueri & Antonini rescriptum locum hodie non esse sententia Iuliani, quæ extat in l. impuberem 22. §. qui codicillos. ff. ad l. Corn. de fals.
 - 28 Cur Paulus de codicillis ante testamentum factis in d. §. loquatur.

Existimabam ¶ aliquando codicillos ante testamentum factos non aliter valere etiam post Seueri constitutionem, quam si testamento specialiter confirmati sint, aut qua alia posteriore voluntate, nisi quod ad ea pertinet, quæ precariis verbis per fideicommissum relicta sint. Quam in sententiam mouebat me auctoritas viri doctissimi Iacobi Cuiacij potius, quam ratio vlla iuris aut æquitatis: sic enim ille scripsit li. 18. Obferu. c. 7. & nos probauimus lib. 5. c. 12. Nunc verò me in contrarium illa reuocant quæ proximè disputati de iure codicillorum. ¶ Nam si eam iuris rationem inspicias, propter quam Papinianus putabat quacumque codicillis ante testamentum factis relicta essent, indigere speciali confirmatione, aut aliquo saltem indicio retentæ voluntatis, siue directis, siue precariis verbis relicta proponerentur, non alia sanè esse potuit, quàm quod is qui nullo adhuc facto testamento codicillos scribit, ea mente esse videatur ut valeant quasi ab in-

testato, si non expressim eos referat ad testamentum quod postea facturus sit. Alioqui enim quomodo testati codicillos facere videri potest, qui neque testatus est, neque dum testatur, neque testaturum se proficitur? Nimirum postquam inductum & receptum est ut etiam ab intestato codicilli fieri possint. ¶ Neque etiam id tam citò & ab initio obtinuisse credendum est, cum ius codicillorum originem sumpsit à testamentariis ut Iustinianus refert in princip. ut. De codicil. inst. inact. §. non tantum eod. Atquin is qui codicillos primùm fecerat tanquam intestato moriturus, si postea testamentum faciat, haud dubiè recedit à priore voluntate, cum sint omnino hæc non modò contraria, sed etiam contradictoria, testatum quem decedere & intestatum. Ita ergo fit ut quæ velut ab intestato relicta sunt, licet eo iure valere potuerint, desinant tamen valere si ex testamento succedatur. ¶ Nam & simili licet contraria ratione illud admissum est ut legata & fideicommissa ab instituto data non debeantur à legitimo intestati successore nisi per clausulam codicillarem aut quam aliam æquipollentem ab eo repetita sint l. eam quam, 14. C. de fideic. l. filium quem. 20. D. de bonor. posses. contr. tabul. Proinde non abs re Papinianus putabat codicillorum qui ante testamenti tabulas facti essent, necessariam esse specialem confirmationem, siue ea confirmatio fieret in ipso testamento, siue extra testamentum retenta quocumque indicio priore voluntate, ut ipse loquitur in l. ante tabulas. 5. D. de iur. codicil. ¶ Nec probabile est motum fuisse Papinianum ratione illa quæ nobis aliquando placebat, quod is qui post codicillos testamentum faciat nec præcedentes vel confirmat vel reuocat, eorum oblitus fuisse videatur. Quid enim si eo ipso die quo facti sunt codicilli, testamentum quoque fiat? Quis ex vnius aut alterius hora intervallo præsumat obliuionem? Quid rursus si post quinque, nium aut sexennium non testamentum factum sit, sed alij codicilli? Plures enim ab intestato quoque fieri posse constat §. vlt. Inst. eod. Quidni tam facile prioris voluntatis obliuio præsumatur quàm si testamentum factum esset? Et tamen nullo iuris loco proditum est pluribus ab intestato factis codicillis non aliter valere priores quàm si specialiter sint confirmati. Nempe quia non potest quis videri recessisse à prioribus codicillis hoc solo quod alios fecerit, cum sint omnes eiusdem conditionis, id est ab intestato facti: in quo etiã nos in prioribus nostris cogitationibus errabamus, cum nihil referre putaremus an post codicillos testamentum quis fecisset, an alios codicillos. ¶ In illo sanè bene sentiebamus quod cum Accursio aliud iuris constituendum fatebamur in codicillis post testamentum factis, ut nulla egerent confirmationem. Nam & idem hodie nobis placet, non ratione illa quam tum assercbamus, quod dici non possit testator cum suprema ordinaret eorum oblitus de quibus ne quidem cogitabat, sed quia non sicut qui post codicillos tanquam ab intestato factos testatur, recedit à priore voluntate, eligens causam testati, sic ex contratio qui post testamentum facit codicillos eo animo est ut mutet voluntatè, & eligat causam intestati, quia nec eo modo mutare posset, tamen si maxime vellet, quandoquidem testamentum per codicillos rumpi non potest. Nec absolute verum est codicillos siue vetustiores sint testamento siue posteriores, speciali semper indigere confirmatione. Nam præter illam diuersitatis rationem quæ attuli, quero cur Papinianus in d. l. ante tabulas, & Paulus in l. impuberem. 22. §. qui codicillos ad l. Corn. de fals. i. remque Iustinianus in d. §. non tantum. loquantur de codicillis ante testamentum factis, si in ijs quoque qui

post testamentum facti essent idem iuris admittendū esse putarunt? † Fateor potuisse codicillos etiam posteriores confirmari non modò testamento, sed etiam post factum testamentum, idque in usu fuisse ut conici potest ex *l. quaedam. 7. l. consuevitur. 8. §. si post factum & §. ult. l. Plorius. 8. D. de iur. codicil. l. sine initio. C. eo.* Sed necessariam fuisse specialem illam confirmationē ad validitatem codicillorum, nego & pernego, idq; apparet satis ex *§. ult. l. 3. ff. eo.* Nisi ad hoc ut valerent que in iis relicta essent verbis directis, quod & Cuiacius supra dicto loco sentit. † Hæc verò cum ex iuris ratione ita se habent placuit Seuero & Antonino, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, licet confirmati non sint, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse. † Quod rescriptum sic interpretatur Cuiacius & nos aliquando probabamus, ut ad ea pertineat, quæ iis codicillis relicta sint per fideicommissum, & verbis precariis, non directis, speciali quodam & proprio fideicommissorum iure, quasi sola debeantur ex codicillis testamento non confirmatis vel ab intestato confectis: † ego verò tota hac re melius perpensa longè aliter nunc sentio: ante rescriptum Seueri & Antonini non magis valuisse fideicommissa quam legata iis codicillis relicta qui ante testamentum facti nec testamento confirmati aut alio quocumque voluntatis indicio retenti essent: post rescriptum verò valere non modò fideicommissa, sed etiam legata cateraque eiusmodi licet directis verbis data, si modò non aperte testatorem cum testamentum condideret, aut postea, recessisse à priori voluntate, hætenus tamen ut non iure directo, sed ex fideicommissis debeatur. Et priorem quidem sententiæ meæ partem ex eo probò quod in *d. l. ante tabulas d. §. qui codicillos & d. §. non tantum* aperte negatur valere virisque villas habere codicillos ante testamentum factos neque confirmatos. Non igitur legata dicitur in utilia sunt: sed etiam fideicommissa & cetera omnia quæcumque iis codicillis continentur. Neque enim fieri potest ut ex codicillis inutilibus quicquam debeatur. Nec quod fideicommissa etiam codicillis ab intestato factis relinquere potuerint, ad rem facit. † Dicimus namque nõ deberi, non quòd inutiliter ab initio data fuerint, sed quod postea factò testamento reuocata intelligantur, propter mutatam voluntatem eius, qui cum ab intestato codicillos fecisset, maluit postea decedere cū testamento. Quemadmodum ex contrario si quis in testamento etiam solenni fideicommissa reliquerit, deinde ex aliqua causa intestatus decesserit, nõ ob id magis fideicommissa debeantur à legitimo successore, quam legata, quòd ab eo quoque perinde atque ab instituto fideicommissa relinquere possint. Sufficit enim quòd iure suo heres sit, nihilque ab eo fuerit petitum *l. illud enim. 12. in prin. de iur. codicil. extra casum illum elegantem de quo Papin noster in l. si. 10. 17. D. de iust. rapt. & iur. fact. test.* quam nos enarrauimus *lib. 9. c. 14.* Multòque maior ratio est ut in proposito casu fideicommissa nulla debeantur, quia cum testamento factò in quo alius quam legitimus successor institutus est, appareat magis dilectum à testatore hunc quem instituit quam illum quem codicillorum tempore legitimum sibi heredem fore sperabat, coniectura voluntatis non patitur ut à minus dilecto grauato ad magis dilectum grauandū argumentemur, quando nec valet argumentum à magis dilecto grauato ad minus dilectum grauandum si causa testati conuertatur in causam intestati. *d. l. ea quam. 14. C. de fideicom. cum similib.*

† Posteriorem verò sententiæ nostræ partem probò ex

eo quod à Seuero & Antonino non illud constitutum est, ut fideicommissa peti possint quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, [nam qui sic loqueretur inueneret aliud ius esse legatorum ut non possent peti sed ut ex eiusmodi codicillis non confirmatis fideicommissum peti possint. Quod ipsum quid aliud est quam ea omnia quæ in iis codicillis relicta sunt siue directis verbis siue precariis, deberi iure fideicommissi. Nã & similiter dicimus hereditatē in codicillis ab intestato verbis directis datā peti ex fideicommissis, *l. 2. §. ult. de iur. codicil.* & tanquam fideicommissariam *d. l. illud. 12. §. 1. eo.* tamen si precaria verba nulla profus interuenerint. † Et hæc interpretationem nostram ille etiā æquitatis color adiuuat, quod inspecto initio & eo tempore quo facti sunt codicilli tanquā ab intestato, legata in ipsis scripta in eo fuerunt, ut iure fideicommissorum ualitura fuerint si paterfam. intestatus decessisset sicuti à nobis superiore capite probatū est. Qui in enim directa legatorum verba flectantur in sensum obliquorum, si quod multo difficilius est, ipsa hereditatis datio directa flectitur in fideicommissariam, codicillis ab intestato factis: Et si autē subsequente testamento dicimus eam voluntatem penitus intercidere ut nec fideicommissi quidē iure defendatur quasi reuocata, si nõ specialiter confirmata, aut quocumque voluntatis indicio retenta proponatur: tamen cum Seuero & Antonino placuerit ut hæc ipso retenta uideri debeat quòd non constat ab ea recessisse testator, cessante iam illa tacita reuocationis coniectura, consequens sit, ut eodem saltem effectu huiusmodi codicilli habeant ex testamento quem habituri erant ab intestato, hoc est ut ex iis fideicommissum peti possint, aut, quòd idē est, ut fideicommissi iure debeantur quæcumque iis relicta sunt siue directò siue precariò: sola excepta hereditate. † Alioqui quid dicemus si in codicillis ante testamentum factis nec specialiter confirmatis legata dicitur relicta fuerint, nõ etiam fideicommissa vlla? An dicemus inutilem fore Seueri & Antonini constitutionem, quæ tamen id egit non ut fideicommissis, sed ut codicillis ipsis alioquin inutilibus vires daret? † Hereditatem tamen excipio, quia factò testamento non potest ea vis esse codicillorum siue ante siue post testamentum facti sint, ut directa institutio aut substitutio in iis contenta flectatur ad causam fideicommissi, ne testamento per codicillos derogatum videatur in eo ex quo testamentum præcipue æstimatur, id est in heredis institutione: cum ex contrario directa institutioni quæ prioribus codicillis continebatur aperte derogatum uideri debeat per eam quæ in testamento collata est. Nam etsi precariis verbis fideicommissum paterfamilias reliquisset his verbis *quisquis mihi heres erit, is hereditatem meam Sempronio restituat*, ut in *l. quidam referunt. 14. §. ult. de iur. codicil.* non ideo tamen fideicommissis obstringeretur qui postea testamento scriptus heres esset. † At extra causam hereditatis, id est quòd ad legata pertinet, libertates, aliæque huiusmodi quæ non nisi directis verbis dari possunt, volo potentius esse ius codicillorum qui ante testamentum facti sunt quam si post testamentum scripti essent ad conuertenda verba directa in sensum obliquorum, & ad inducendum fideicommissum non modò propter Seueri & Antonini constitutionem quæ in codicillis ante testamentum factis ius hoc induxit, nec de posterioribus locuta est: verum etiam quia, ut iam attingimus, codicilli qui testamentum præcesserunt, eam conditionem & naturā ab initio habuerunt, ut quoniam nihil in iis directò relinquere poterat, quicquid directò relicto esset pro fideicommissis haberetur, ne alioqui

alioqui nullius essent momenti [cum tamen nihil omnino sit quòd codicillos ab intestato inutiles facere debeant, quandoquidem nullam verborum aliamve solennitatem desiderant, nec proinde verborum differentias curat. † Itaque facilius est ut ad eam redeant suam naturam hac vna differentia quòd testamento factò fideicommissum ex ipsis petitur tanquam ex testamento, quòd alioqui non potuisset peti nisi ab intestato. Codicilli verò post testamentum facti, si non specialiter testamento confirmati sint, non idem ius habent ut quæ in iis directò relicta sunt debeantur ex fideicommissis, quia nunquā in eo fuerunt ut per verba directa fideicommissum inducere potuerint, non magis quam si ex verbis directis in testamento adscriptis fideicommissum quis petere vellet. Præcedens enim testamentum impedit ne verba directa flecti possint ad fideicommissum: cum potuerint valere iure directo si testator ea legata in testamento conferre aut codicillos testamento confirmare voluisset. Itaque quicquid eiusmodi codicillis utiliter relinquitur, id ut precariis verbis relinquatur omnino necesse est *l. 4. C. de codicil. de cuius etiam sententia proximo capite diximus.* † Planè confirmatis testamento posterioribus codicillis nemo dubitat quin etiam legata directò iure debeantur. Quidni enim hoc casu idem ius sit codicillorum omnium siue testamento anteriores sint, siue posteriores? Atque ad hoc genus codicillorum, id est testamento confirmatorum pertinet sanè quòd scriptum est in *l. 2. §. 1. de iur. codicil.* codicillorum ius singulare esse, ut quæcumque in iis scribuntur perinde habeantur ac si in testamento scripta essent. Quamquā & nulla facta confirmatione fateor, quòd dixi, valere codicillos, & pertinere ad testamentum quòd quoquo tempore factum sit, nimirum ut sequantur ius testamenti, nec aliter valeant quam si valeat ipsum testamentum, licet in iis fideicommissa tantum, non etiam legata vlla relicta sint *l. 3. §. vltim. l. ab intestato. 16. cod. l. 1. C. eo.* † Sed hoc contendo quòd & Cuiacius fatetur, si codicilli posteriores testamento confirmati non sint, non valere quæ in eis relicta sunt verbis directis, quia codicillorum instrumentum proprium est fideicommissorum non legatorum siue testamentum factum sit, siue non, nisi quòd factò testamento si in eo confirmati sint, ipsius quodammodo testamenti naturam induunt ut in iis legata, libertates & quæ sunt similia etiam directò dari possint. † Ergo cum ante Seueri & Antonini rescriptum plenius esset ius codicillorum qui post testamentum quam eorum qui ante facti essent, in eo quòd saltem fideicommissa in posterioribus relicta valebant quasi ex testamento etiam si eo testamento confirmati non essent, ut conici potest ex *l. libertates. 43. de manum. testam.* Ex prioribus verò ne quidem fideicommissa peti poterant si specialis confirmatio secuta aut retentæ voluntatis indicium aliud non esset quasi pro reuocatis habendi esse. † Nunc post rescriptum Seueri plenius est ius codicillorum anteriorum, quandoquidem ex iis tanquam ex testamento peti possunt iure fideicommissi illa etiā quæ directis verbis testator dedit, tamen si confirmatio nulla expressa secuta sit nouum retentæ voluntatis indicium dū ne in contrarium reuocationis indicia vlla appareant. Ex posterioribus autem si non expressim confirmati sint non alia possunt peti, ne iure quidem fideicommissi quam quæ precariis verbis fuerint relicta. † Sed etsi diximus quòd & verum est, idem ius esse codicillorum anteriorum & posteriorum si vtrique confirmati sint, larga tamen differentia est in ipso confirmandi modo. Posteriores enim non modò specia-

lem, sed etiam expressam confirmationem omnino exigunt, quia non possunt tacitam accipere ex testamento cum dici non possit testatorē eo tempore quo testabatur de futuris codicillis cogitasse si nihil de iis dixerit, ob idque necesse est ut confirmentur vel testamento ipso vel post factum testamentum priusquam fiant ut in *d. §. si post factum.* Postquam enim facti sunt confirmari non possunt, seraque confirmatio est. Quòd fortasse pertinet quòd Iulianus in *dict. l. 22. §. qui codicillos de fals. tractans* de confirmatione codicillorum iam factorum, ponit eos ante testamentum factos, facit nõ ineleganter quòd Papin scribit in *l. centurio. 27. de testam. milit.* cum miles secundo testamento factò dixit se ad superius redire irrita fieri omnia quæ in secundo scripserat, nisi nominatim ea confirmasset ad priorem voluntatem reuersus, quia nec de his cogitare tunc potuerat cum prius testamentum ordinaret. Anteriores verò etiam ante constitutionem Seueri & Antonini non vsque adeò specialem confirmationem requirebant ut non sufficeret voluntatem quæ in ipsis expressa esset quocumque indicio retineri, ut Papinianus loquitur in *d. l. ante tabulas.* † Quem locum qui à Triboniano propter illam constitutionem immutatū putant, egregiè meo iudicio decipiuntur. Nihil enim aliud à Seuero & Antonino inductum est, nisi ut cum olim retentæ quocumque indicio voluntatis probationes ab eo exigerentur, qui ex codicillis quid peteret, hodie ex contrario immutatæ voluntatis probatio incumbat heredi qui legata & fideicommissariis codicillis relicta ex fideicommissis præstare recusat. † Sic enim accipio quòd Tribonianus ait in *d. §. non tantum.* Si appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse, acti scriptum esset, nisi appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat recessisse. Satis enim apparet nõ recessisse ex eo ipso quòd non apparet recessisse. Similisque loquendi formula ab ipsis etiam iuris autoribus usurpata est ni eidem Triboniano eam tribuere malis in *l. dotem trigesima. D. de iure dotium. l. generaliter vigesima quarta. §. sed etsi ita scripsit octavo de fideicommiss. libertat. & alibi sæpe. leg. si Stichum. octaua §. si quis ita de nouat.* Alioqui dici non possent quid noui Seueri & Antonini pro codicillorum iure induxerint, cum ipsi Papiniano satis fuerit si voluntas in codicillis expressa quocumque iudicio retentæ probaretur. Et verò cum non aliā ut diximus, ratione moueretur Papinianus quam quòd codicilli quasi ab intestato facti secuto postea testamento reuocati viderentur simul cum ipsa voluntate habendi ab intestato heredis, æquissima sanè est illa interpretatio ut quocumque indicium sufficiat ad probandum eandem mansisse voluntatem. Nihil enim facilius est quam ut voluntas quæ defecerat, iudicio recenti redisse intelligatur ut idem Papinian. tractat in eleganti illa specie de qua in *l. qui ex liberis. 11. §. 1. de bonorum possess. secund. tab.* quam nos explicauimus *lib. 10. cap. 18.* quando tamen facilius est, ut eadem voluntas retineatur, quæ nunquam defecerit? † Etsi namque is qui prius codicillos ab intestato fecerat postea testatus in eo mutat voluntatem quòd nõ vult intestatus decedere, potest tamē iuris fortasse ignoratione in eo labi quòd existimet nihilominus ualitura ea quæ in codicillis antea factis reliquerat cum non sint expressè reuocata, licet nec sint confirmata. Fit enim ea ratione iuris potius quæ voluntatis ut testamento factò ea deberi desinant que testator prius ab intestato reliquerat, & ut dicam apertius non tam deficit voluntas codicillantis, quam ius codicillorum propter mutatam causam succedat.

fioris. Et ideo si forte proponeretur miles, valeret proculdubio codicilli etiam apud Papinianum, saltem quasi ex noua voluntate, vt dici solet de milite filiofamil. qui capite minutus fuit vel emancipatus, vel à patre suo in adoptionem datus *l. miles filiusfamilias. 22.* Noua enim quidem voluntas esse intelligitur, [quia prius ipsum testamenti ius per capitis diminutionem quæ superuenit reuera sublatum est.] sed quæ tamen non eget aliqua confirmatione at neq; noua vlla voluntatis declaratione. Itaque summam æquitatem habet Seueri & Antonini rescriptum quod nec illud exigere vult, vt voluntas codicillis declarata indicio aliquo retenta probetur: difficile enim est vt qui post codicillos testatur præsertim breui tantum interiecto tempore non meminerit codicillorum, aut vt eorum memoriam tenens non videatur quoque voluntatem eandem retinere, si nulla det indicia contrariæ voluntatis. † An igitur in dubio nihil intererit an codicilli anteriores testamento confirmati sint aut quo alio indicio necne? Imò intererit vt dixi, hæc tamen quod si confirmati sint relicta directis verbis iure directo debentur excepta hereditate, quæ nullo modo debentur, relicta autem verbis precariis iure fideicommissi si confirmati non sint dum ne aliquo voluntatis indicio probentur reuocati, nihil ex iis debentur præterquam ex fideicommissio, haud secus ac si ab intestato valerent, nisi quod fideicommissum illud ex testamento & debetur, & petitur. Si verò aliqua vel minima voluntatis coniectura appareat testatorem à priore iudicio recessisse nihil omnino ex iis codicillis debentur ne fideicommissa quidem: Quæ postrema distinctio non cadit in codicillos post testamentum factos, Vt potè de quibus reuocandis non potuerit testator testamenti tempore cogitare, cum necdum facti tunc essent. † Est autem superioribus consequens, vt post illud Seueri & Antonini rescriptum non sit hodie locus ei sententiæ Iuliani quæ exiat in *d.l. impuberem. 21. §. qui codicillos. D. ad l. Corn. de fals.* Id est, vt si quis codicillos ante testamentum factos in quibus legatum ei adscriptum erat confirmauerit in Senatufconsultum Libonianum non incidat, quia nec quicquam illius interest quod codicilli confirmati sint, cū etiam si confirmati non essent, valerent, legatumque in iis relictum debere: ut, fideicommissi quidem non legati iure, sed eodem tamen effectu postquam Iustinianoplaucit vt in omnibus idem ius sit legatorum & fideicommissorum. Iuliani temporibus, id est ante Seueri & Antonini constitutionem [floruit enim ille temporibus Hadriani] intererat legatarij codicillos antè testamentum factos confirmari, vt legatum ex codicillis deberetur. Post eam constitutionem & Pauli quoque temporibus cuius ea lex est, adhuc intererat, quia commodius erat ex legato quid consequi quam ex fideicommissio. præsertim si per vindicationem aut per præceptionem legatum fuisset Nunc verò nihil prorsus interest post ex æquata per omnia & in omnibus legata fideicommissis vt scripsimus lib. 6. cap. 1. † Ideo autem Paulus post Iulianum de codicillis ante testamentum factis loquitur, Aut quia non æquè ex postfacto confirmari poterant codicilli post testamentum facti, vt supra dictum est, sicut nec codicilli ante testamentum facti post testamentum confirmari possent, ni sufficeret probatio retenta quocūque iudicio voluntatis, aut quia fieri non potest vt quis mala mente scribat confirmationem codicillorum nondum factorum, tanquam ex iis legatum aliquando percepturus de quo nec testator quidem cogitet, tametsi postea eueniat vt iis codicillis lega-

tum huic datum inueniatur: quamquam prior interpretatio non solum subtilior sed etiam probabilior mihi videtur.

CAPVT XVI.

Emendatio l. 2. §. codicillorum. D. de iur. codicil. & ad l. generaliter. 30. §. si quis seruo. D. de fideic. libert.

S V M M A R I A.

- 1 *Iulianum in d. §. codicillorum. de codicillis testamento confirmatis, & post testamentum factis tractare.*
- 2 *Confirmationem illam in ipso testamento, non extra testamentum factam fuisse.*
- 3 *Collectionem à Iuliano in d. §. factam. proxima conclusioni è diametro contrariam esse.*
- 4 *In specie d. §. seruo qui testamenti facti tempore testatoris fuit, licet codicillorum tempore fuerit alienus, libertatem directam rectè dari.*
- 5 *Negationem in illis verbis d. §. abundare, non rectè libertas directam datur.*
- 6 *Superior emendatio sequentibus Iuliani verbis confirmatur.*
- 7 *Seruum in secundo eius §. casu testatoris fuisse quum moreretur.*
- 8 *Fieri non posse vt in utroque d. §. casu idem ius constituitur.*
- 9 *Totam illam clausulam in fin. d. §. & ideo directæ libertates & perperam subiectam fuisse.*
- 10 *Seruo qui testamenti tempore alienus, codicillorum verò tempore testatoris fuit, fideicommissariam non ideo deberi, quod directam non competat.*
- 11 *In omnibus ferè causis fideicommissarias libertates ex quo competere cœperunt pro directo datis habendas.*
- 12 *Quid exigatur, vt seruo qui codicillorum tempore alienus fuit fideicommissaria libertas debeatur?*
- 13 *An quod in §. si seruus alienus. l. si seruus. 108. de legat. 1. scriptum est, perinde locum habeat, etiam si seruus ille testamenti tempore alienus, postea in domino morientis testatoris esse cœperit?*
- 14 *Verba vulgaria in l. libertates. 16. de fideicommiss. libert. pro precariis accipi. & directis opponi.*
- 15 *Versiculum & ideo directæ libertates, tanquam superpositum è d. §. codicillorum. expungendum esse.*
- 16 *Versiculum illum ab aliquo Interprete additum fuisse.*
- 17 *Quomodo accipi debeat quod in d. §. scriptum est. Quocumque codicillis scribuntur perinde haberi ac si in testamento scripta essent?*
- 18 *Accursij interpretatio ad hæc verba.*
- 19 *Reprehenditur Tribonianus quod in l. generaliter. 24. §. si quis seruo. de fideicom. libert. fideicommissariam libertatem seruo pignorato dederit.*

Quando † in hunc tractatum incidimus De iure codicillorum, dicendum etiam nobis aliquid est de sententia & emendatione §. codicillorum. l. 2. D. de iur. codicil. Locus enim est vt perelegans & præcipui in toto illo tractatu momenti, ita ni fallor maxime mendosus, & viciatus. Codicillorum, inquit Iulianus, singulare ius est vt quæcumque in his scribuntur perinde habeantur ac si in testamento scripta essent. Senus est non ille quem putat Accursius, vt quicquid in codicillis scribitur perinde sit ac si testamento fieret eo ipso tempore quo fiunt codicilli, sed ex contratio, [quod verba ipsa præ se ferunt tam apertè vñon potuerit

tuerit dici apertius] vt quæ in codicillis scribuntur, in testamento ipso quod iam ante factum sit scripta esse videantur, & consequenter ad testamenti tempus referantur. Tractat enim hoc loco Iulianus de codicillis testamento confirmatis, & post testamentum factis, vt appareat ex iis exemplis quæ subiicit, de libertate directo data. Siquidem certi iuris est quos nos proximo capite probauimus, nihil directis verbis relinquere posse in codicillis post testamentum factis si non sint illi testamento confirmati. † Porro confirmatis codicillis dicimus tempus confirmationis inspiciendū esse non quo facti sunt codicilli, præterquam in certis casibus de quibus in *l. quædam 7. eod. tit. & alijs similibus.* Confirmatio autem licet extra testamentum dummodo facta iam testamento fieri potuit *l. conficiuntur. 8. §. si post factum. eod.* tamen vt plurimum fiebat in testamento: nec dubitandum est quin de iis codicillis Iulianus loquatur, qui in testamento ipso confirmati sint: Alioqui nulla ratio esset cur de testamenti tempore inspiciendo tractaret, cum certi iuris sit confirmationis tempus spectandum esse *d. l. quædam.* Non igitur testamenti nisi quatenus in eo facta confirmatio sit: Quamuis nulla etiā facta confirmatione, aut ea post testamentum facta non eo minus codicilli vires accipiant ex testamento quod ad hoc vt testamenti ius sequantur, nec aliter valeant, quam si testamentum valeat & habeat effectum *l. 3. §. vbi. leg. ab intestato 16. in fin. eod. l. i. C. eod.* † Hoc ita constituto, videamus quid Iulianus inferat, Idèque, inquit, seruo qui testamenti facti tempore testatoris fuisse, codicillorum tempore alienus, non rectè libertas directam datur. Inepta sanè collectio, & proxima conclusioni ex diametro contraria. † Nam si ea omnia quæ in codicillis scribuntur perinde habentur ac si in testamento scripta essent, quidni obsecro directam libertatem in codicillis rectè dabitur ei cui in testamento dari vtiliter potuisset? Is enim superioris conclusionis totus effectus est. Atqui nemo dubitat quin ei seruo qui testamenti tempore seruus testatoris fuit, libertas directam testamenti dari potuerit. Quid enim obstaret post confirmatas lege duodecim tabularum testamentarias manumissiones, sicut & supremas reliquas defunctorum voluntates? vt Ulpianus in titulis scribit. *ru. 1. §. vt testamento.* Nom quod postea seruus hic testamento liber esse iussus idem viuo testatore factus esset alienus, utique non impediret libertatem, quæ testamento ritè & rectè data fuisset, si modò mortis tempore in testatoris dominio reperiretur. Tritum enim est media tempora libertatibus non nocere quæ nec alijs legatis nocerent, nec aliud quicquam requiri vt valeat libertas directam data, nisi vt seruus fuerit testatoris duobus illis temporibus testamenti & mortis *leg. Seruus 35. in fin. leg. si seruis 30. Digest. de manum. testamen. §. libertas in fin. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. 1. 1.* Ergo in proposita specie fatendum est, seruo qui testamenti facti tempore testatoris fuit, licet codicillorum tempore fuerit alienus, libertatem directam rectè dari. Alioqui non testamentum & confirmationis tempus spectaretur, sed codicillorum, quod disertè Iulianus negat. † Hoc verò si ita est abundat certè negatio in illis verbis non rectè libertas directam datur. Illum enim casum proculdubio Iulianus tractat quo seruus hic qui testamenti tempore fuit testatoris, codicillorum tempore alienus, redierit in dominium viui testatoris, nimirum vt de directam libertate tractari queat, cui nec aliter locus esse posset, siue testamenti siue codicillorum tempus inspiceretur. † Idque apparebit euidentius si iungas quod sequitur apud Iulianum, Et

contrò, si cum testamentum fiebat alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intelligitur alieno seruo libertas data. Hoc enim ex eodem illo manat principio, quod testamenti tempus inspici debet non codicillorum. Nam si codicillorum tempus spectaremus, aut si, quomodo Accursius interpretatur, libertas in codicillis data perinde haberetur, ac si data esset in testamento facto eo ipso tempore quo codicilli facti sunt, non intelligeretur libertas alieno seruo data, sed proprio, quandoquidem eo codicillorum tempore proprius fuit non alienus: & ideo valeret tanquam directa. † Nam & hoc casu ponendum est seruum hunc fuisse testatoris cum moreretur: Alioqui parum referret an testamenti aut codicillorum tempore alicuius fuisset necne: cū æquè futurum esset utroque casu vt ei qui mortis tempore alienus reperiretur, directam libertatem inutiliter testamento data videretur. Cū verò hos casus tanquam contrarios Iulianus opponat inuicem, prorsus consequens est vt sicuti alieno seruo directam libertatem inutiliter datam esse ait, quæ ei data est qui testamenti tempore alienus, codicillorum tempore testatoris fuit: ita ex contrario senserit & scripserit rectè libertatem directam dari ei qui testamenti tempore fuit testatoris, licet codicillorum tempore fuerit alienus: vno igitur casu directam libertatem testamento data valet: alio casu non valet. † Nam cū casus isti non modò diuersi, sed etiam contrarij & inuicem oppositi sint, ex eadem tamen iuris regula & propositione æstimandi, fieri nullo modo potest vt idem iuris in utroque constituatur siue directam libertatem competere dicas siue neget, sed necesse omnino est vt si primo casu directam libertatem non valet, secundo valeat: aut contrò si secundo casu non valet, vt primo valeat, † Cui consequenter fatendum etiam est ineptissime subiectam esse totam illam clausulam sequentem & ideo licet directæ libertates deficiunt, astamen ad fideicommissarias eundem est. His enim verbis innuit, utroque illo casu de quo actum est, directam libertatem deficere: quod falsissimum est, utroque tamen fideicommissariam deberi quod adhuc falsius est, & ineptius. † Nam non quemadmodum data libertate seruo qui testamenti tempore fuit proprius, licet codicillorum tempore fuerit alienus, fideicommissaria libertas competere non potest, cū directam competat [neque enim fieri potest vt concurrant sicuti docuimus lib. 6. cap. 16.] Ita ex contrario dicendum est si seruus ille testamenti tempore fuerit alienus, codicillorum verò tempore, testatoris, fideicommissariam libertatem ob id deberi, quod directam competere non possit. Certum namque libertatem seruo alieno verbis directis datam vsque ad eodè nullius esse momenti vt nec fideicommissi iure debeatur *l. si seruus legatus. 108. §. si seruus alienus de legat. 1. vbi eleganter Africanus ex Iuliano scribit.* Si seruus alienus liber esse iussus & legatus sit, peti eum ex legato posse: nam cum libertas, inquit, nullius momenti sit, absurdum esse per eam legatum infirmari quod alioquin valeret si solum datum fuisset. Quæ ratio apertè falsa & stulta esset, si libertas directam seruo alieno male data iure fideicommissi defenderetur. † Id enim est quod dici solet in omnibus ferè causis fideicommissarias libertates ex quo competere cœperunt pro directo datis habendas *l. Iulianus 49. D. de manum. testamen. in fin. l. si idem 14. De leg. 2.* Nec est quod quis dicat in ea specie quam nos tractamus, id est cū directam libertas data est seruo qui testamenti tempore fuit quidem alienus, sed postea & mortis tempore fuit testatoris, facilius capi posse fideicommissariam libertatis interpretationem,

quàm si de eo tractaremus, qui non modò testamen-
 ti sed etiam mortis tempore alienus fuisset. † Nam
 vt fideicommissaria libertas debeat, non exigimus
 vt vel hoc vel illò tempore seruus fuerit testatoris,
 sed etiam vtroque tempore atque ad eò semper fue-
 rit alienus, fideicommissariam tamen libertatem de-
 beri admittimus, dummodo non ea testatoris volun-
 tas fuerit vt directam libertatem daret. Tunc eni
 non magis fieri potest vt directa flectatur in fidei-
 commissaria, quantuquàm fauor sibi libertatis, quàm vt
 scriptura ab eo facta qui se testamentu condere existi-
 mauit defendatur iure codicillorum *l. illud enim. 13. §.*
 1. *D. de iur. codicil.* † Neque verò dubitandum est quin
 quod Africanus scribit in *d. §. l. si seruus alienus*, perin-
 de locu habeat etiã si seruus ille testamenti tempore
 alienus postea cœperit esse in dominio morientis te-
 statoris: quo casu tamen nihil est quod impediatur
 statim ex fideicommissio libertas præstari possit *d. §. li-
 bertas Inst. de singul. reb. per fideicom. relit.* vbi addit
 Iustinianus quod ad rem nostram maximè pertinet,
 nihil referre vtrum de suo proprio seruo testator ro-
 get, an de eo qui ipsius heredis aut legatarij, aut et-
 iam extranei sit: quod & scriptum est in *l. Imperator.*
 12. §. 1. *D. de fideic. libert.* & apertius in *l. libertates. 16.*
 14. *cod. †* vbi tamen additur *na tamen vt vulgaribus verbis*
 & quibus euidenter voluntas testatoris exprimi possit, vt
 intelligamus solum fauorem libertatis facere nõ pos-
 se vt si directis verbis data sit, valere debeat tanquam
 fideicommissaria Precariis enim verbis opus est quæ
 Jurisconsultus eo loco vulgaria appellat elegantissi-
 mè, ad differentiam directorum quæ ciuilia dicuntur,
 & imperatiua, propterea quod legum propria sunt,
 nec ita cuiusque menti testatoris obuia, aut ad om-
 nem voluntatis speciem accommodata. Vnde illa et-
 iam dubitatio apud Papinianum in *l. rogo. 21. cod. tit.* an
 his verbis rogo ne Stichus alienus seruus meum experiatur
 fideicommissaria libertas data videatur. Tatum abest
 vt directis verbis data libertas peti vnquam ex fidei-
 commissio possit. † Quare totum illum versiculum
 & idè licet directæ libertates deficient, attamen ad fideicom-
 missarias eundem est supposititium & irreptitium esse
 affirmo, quem & dictiones illæ licet attamen, faciunt
 etiam ineptiorem. Quasi verò si directæ libertates
 competere, dubitari minus posset an ad fideicom-
 missarias eundem esset. Cùm ex contrario verum sit
 quod diximus fideicommissarias libertates numquã
 posse cum directis concurrere, id est eo casu deberi
 quo comperant directæ: nisi cùm testator seruo ele-
 ctionem dedit *l. si quis seruo. 56. D. de manum. testam.*
 Quare sic potius scribendum erat & idè cùm directæ
 libertates deficient ad fideicommissarias eundem est. † Vi-
 detur autem is versiculus ab imperito interprete ad-
 ditus quem corrupta præcedentis clausulæ lectio fe-
 fellisset, existimantem in neutra earum specierum
 quas Iulianus tractat directam libertatem compete-
 re quam tamen in priore specie competere probauim-
 us, id est cùm ei data est qui testamenti tempore
 fuit testatoris, codicillorum tempore alienus. Inter-
 pretem verò illud sanè sefellit quod propositionis &
 regulæ à Iuliano constitutæ vim & sententiam non
 intellexit. † Putauit enim hoc quod dicimus, Quæ-
 cunque in codicillis scribuntur, perinde haberi ac si
 testamento scripta essent, ita accipi debere vt perin-
 de habeantur ac si testamentum eo tempore factum
 esset quo codicilli scripti sunt, cùm planè in opposi-
 tum sensus sit codicillos testamento confirmatos eo
 ipso tempore factos intelligi quo testamentum factum
 est. Alioqui dicendum esset in secunda specie,

id est, data libertate ei qui testamenti tempore alle-
 nus fuisset, codicillorum tempore testatoris non vide-
 ri libertatem alieno datam, sed proprio, ob idq;
 & directam competere: quod tamen Iulianus negat
 & iuris ratio ipsa non patitur. † Fuit quidem inter-
 pretatio illa etiam Accursij, sed videtur ille ad eam ex
 necessitate potius quàm ratione aliqua ductus incli-
 nasse, cùm aliud nihil haberet quod adferre posset cur
 directa libertas non competere ei data qui testamèti
 tempore fuisset testatoris, codicillorum verò tempore al-
 ienus. Ioannes autem vetus ille glossator, & vt mihi
 videtur inter primos præcipuus, bene vidit subesse
 mendum, cùm mutari casum scripsit, sed quomodo em-
 mendandus locus esset, aut mutatio illa interpretan-
 da non potuit assequi, certè nõ explicauit. † Quid ve-
 rò si omnes hos errores Triboniani inscitia tribua-
 mus? Nam & idem ille videtur mihi contra manifestã
 iuris rationem & Vlpiani mentem dedisse fideicom-
 missariam libertatè in specie *l. generaliter. 24. §. si quis*
seruo de fideic. libert. id est, cùm quis seruo suo pignora-
 to directam libertatem dedit: quo casu constat dire-
 ctam non competere: quia fieri non potest vt ipso iu-
 re & citra hominis factum liber sit is qui pignoris vin-
 culo tenetur: fideicommissariam verò multo minus
 quia nec relicta est, sed expressim directæ: nec proinde
 dici potest eam testatoris voluntatem fuisse vt fidei-
 commissaria deberetur: quamquam nec sola mens te-
 statoris tribuere solet fideicommissariam libertatem,
 sed verbis quoque fideicommissi opus est *d. l. libertates*
16. eo tit. sicut ex contrario, non tantum verba fideicò-
 missi, sed & mens testatoris necessaria est, vt idem Vlpianus
 scribit in *ead. l. generaliter §. sed est ita scripsit. 3.*
 Et tamen Tribonianò placet quasi & fideicommissaria
 libertate relicta seruum petere posse vt ex fideicò-
 missio liber fiat. Fauor enim, inquit, libertatis suadet
 vt interpretemur & ad libertatis petitionem proce-
 dere testamenti verba, quasi ex fideicommissio fuerat
 liber esse iussus. Subiicit nec enim ignotum est quod multa
 contra iuris rigorem pro libertate sint constituta. Quali
 in proposita specie fideicommissaria libertas induca-
 tur contra iuris rigorem solum, non etiam præter volun-
 tatem & contra verba testatoris. Quidni ergo si-
 militer admittimus fauore libertatis deberi fideicò-
 missariam libertatem in specie *l. Stichus. 39. de manum.*
testam. id est collata libertate in id tempus quo seruus
 alienus futurus est? Quidni etiam deberi ei, quæ quis
 tutorem scripserit, quod liberum eum esse putabat?
 Atqui neque libertatem peti posse, neque tutelam lib-
 ertatis præstationi patrocinari apertè Vlpianus scri-
 bit in §. præcedente. Quidni rursum fideicommissaria
 saltè libertates defendimus ex testamèto, quod
 agnatione posthumæ ruptum est? Atqui non magis fi-
 deicommissarias deberi quàm directas competere ait
 Vlpianus in §. proxime seq. *si quas*, inquit, non à legiti-
 mis quoque heredibus paterfamilias reliquerit, scilicet ex
 fideicommissariis, directas enim à legitimis heredi-
 bus relinquere non posse constat, vt valeant iure directo
l. libertates. 43. de manum. testam. Cur ergo in ea specie
 de qua medio loco Vlpianus tractat fideicommissaria
 libertatem, quæ nec relicta est, solo libertatis fa-
 uore non modò deficientibus sed etiam repugnantibus
 verbis & inuita iurisprudencia inducemus? Tactò
 quod ipse verborum contextus Tribonianum, ni fallor,
 prodit fati.

CAPVT XVII.

Emendatio & explicatio *l. 4. D. de ma-
 numiss. testam.*

SVM.

SVMARIA.

- 1 Verba illa, à testamento. in §. vlt. d. l. 4. ab Interpretate
 addita esse.
- 2 Legatum in d. §. stricti iuris ratione inspecta non vale-
 re, tanquam a libertate separatum.
- 3 Eum qui libertate testamèto datæ seruo proprio sic legat,
 eique si eum vindicta liberauero heres meus
 decem dato, legatum à libertate separatum.
- 4 Nec ob id magis valere eiusmodi legatum, quod testa-
 tor eum seruum viuus manumiserit.
- 5 Tribonianum humanitatis intuitu contrarium sensisse,
 si viuus testator seruum manumiserit.
- 6 Ea sententia iuris rationibus refellitur.
- 7 Testatore sic scribente, Stichus liber esto, eique heres
 meus decem dato, legatum deberi, etsi testator vi-
 uus Stichum manumiserit.
- 8 Ab eo casu multum differre casum in d. §. vlt. propositu.
- 9 Nullo æquatis colore legatum in specie d. §. seruo reli-
 ctum, & à libertate separatum sustineri posse.
- 10 Fieri aliquando vt libertas vtiliter data sit, legatum
 verò cum ea datum inutiliter relinquatur.
- 11 Legatum de quo in d. §. vlt. agitur nec legat, nec iu-
 re fideicommissi valere posse.
- 12 Vulgaris clausula codicillaris vsus in testamentis.
- 13 An ea clausula non expressa in testamentis hodie sub-
 intelligi debeat?
- 14 Cur superioris legatum ne quidem fideicommissi iure
 defendi possit?

Idem Tribonianò adscribo quod ex Pomponio
 scriptum legimus in *l. 4. §. vlt. De manum. ff. tes-
 tam.* Si quis ei cui libertatem testamèto dedit sic le-
 gauerit eique si eum vindicta liberauero heres meus de-
 cem dato, licet ex nimia subtilitate separatum sit le-
 gatum, attamen humanitatis intuitu valere debere si
 eum viuus testator manumiserit. Neque enim dubi-
 to, quin eo casu non valeat legatum tanquam separatum
 non à testamento vt absurdè imperitior quidam inter-
 pres addidit, sed vt subtilitelligendum est à libertate †
 Nam cùm legari illis solis possit cum quibus testa-
 menti factio est §. legari. 24. *Inst. de legat.* ipso scilicet
 testamenti tempore inspecto *l. si seruo. 101. §. 1. de*
leg. 1. seruus autem ex propria persona testamenti fac-
 tionè non habeat, apparet inutiliter ei legari nisi cū
 libertate, ad eò vt nec legatum cū libertate coniun-
 ctum datum villo modo debeat, si non dies liberta-
 tis vtiliter cedat, quia cum vtrumque simul datum est,
 vtriusque eã diè simul cedere oportet *l. cum filius. 76.*
 §. seruus purè. *de legat. 2. †* At is qui libertate testamèto
 data seruo proprio sic legat eique si eum vindicta libe-
 rauero heres meus decem dato separat legatum à libertate:
 Ab ea scilicet quæ testamèto dat. Libertatè enim cõ-
 fert in tempus non mortis suæ sed aditæ hereditatis.
 Nam testamento liber esse iussus tùm fit liber cùm
 adita fuerit hereditas, & quidem ab eo gradu quo li-
 ber esse iussus est. *l. testamentum. 23. §. 1. leg. 25. de manum.*
testam. Legatum verò quod dat sub conditione quæ nõ
 nisi viuo testatore possit existere, id est purè [nihil
 enim refert si condicio impleatur qua non impleta
 nec de legato quarendum est,] confert in tempus
 mortis. Nec quod eo tempore iam liber futurus est, ad-
 rē facit. Non enim liber erit ex libertatis datione te-
 stamentaria, sed quia manumissus vindicta. Proinde
 verum semper est datum fuisse legatum sine testamen-
 taria libertate, & quidem ei cui sine libertate legatum
 separatim dari non potuit, cùm eo tempore testamè-
 ti factionem, quod seruus esset, non haberet. Quid e-
 nim si tùm testator decessisset? Vtique nemo diceret

legatum valere cuius conditio viuò adhuc testatorè
 defecisset, quia manumissio per vindictam fieri pera-
 gique non potest eo ipso instanti quo quis moriturus
 arg. *l. vlt. De condic. instur.* † Non igitur ob id magis va-
 lere debet quod testator diutius vixerit, & seruum viu-
 uis manumiserit. Non quidem propter regulam Ca-
 tonianam quæ sanè ad legata conditionalia non per-
 tinet *l. cetera. 14. §. 1. de legat. 1.* sed quia sublata causã
 libertatis quæ ex testamento competere amplius non
 potest postquam à viuò testatore data est, solum su-
 perest legatum, & consequenter à libertate separatum,
 quod ex testamento deberi non potest ei cum quo te-
 stamenti factio non fuit tùm cum legabatur. † Tribon-
 iano tamen placet veram illam priorisque necessa-
 riam iuris rationem nimia subtilitate potius tribuen-
 dam esse, & humanitatis intuitu, quomodo solet ille
 loqui, valere legatum si viuus testator seruum, manu-
 miserit, † Obseruandum autem est quod Tribonianò
 inscitiam manifestius detegit, non aliter eum intuitu
 isto humanitatis defendere legatum quàm si eodem
 testamento libertas fuerit seruo data. Sic enim scri-
 ptum reliquit *si libertate data sic fuerit legatum.* Nec
 sanè dubitandi causã vlla esset quin legatum nõ va-
 leret si eodem testamento libertas adscripta non es-
 set. At qui constat nihil prodesse posse dationem illã
 libertatis, & vt Pauli verbis vtatur in *l. Stichus. 39. in fin.*
cod. tit. nullum vtilem casum habere, quod saltem ad
 legatum ipsum pertinet, quia siue is seruus à viuò te-
 statore vindicta manumissus erit, intercidet legatum
 libertatis, siue non erit vindicta manumissus, legati
 conditio deficiet. Itaque quemadmodum Africanus
 in *d. l. si seruus legatus. 103. §. si seruus alienus. de leg. 1.* sic
 argumentatur vt dicat absurdum esse per libertatem
 infirmari legatum quod alioqui valeret si solum datum
 fuisset. Sic ego contraria ratiocinatione dico, absurdum
 esse confirmari legatum per libertatem quæ non pos-
 sit valere & competere, nisi eo casu solo quo legatum
 propter defectam conditionem non debeat. Lon-
 gè que dissimilis est hic casus iis de quibus in eadem
 lege Pomponius tractat & in quibus legatum valere
 defendit. † Nam si quis ita scripserit *Stichus liber esto*
 eique heres meus decem dato nulla dubitatio est quin de-
 beat legatum etsi paterfamilias viuus Stichum ma-
 numiserit. Etsi enim hoc casu non nisi separatim le-
 gatum præstandum est, nimirum post mortem testa-
 toris, non eo minùs tamen verum est conjunctum cū
 libertate datum fuisse legatum, quod sufficit vt vti-
 liter relictum dici possit, quoniam aliquo casu liber-
 tas ex eo testamento competere potuit, & cum liber-
 tate legatum. Sed etsi sic testator scripserit *Stichus*
l. liber esto siue statim siue post tempus, eique cùm liber erit
heres meus decem dato idem dicendum est vt valeat
 legatum etiam si à viuò paterfamilias seruus manu-
 missus sit, quia & eadem ratio hic locum habet.
 Nam siue ita scriptum sit *Stichus statim liber esto*, siue
 ita *Stichus post biennium heres esto* (sic enim Pompo-
 nius explicandus est non vt verba illa siue statim siue
 post tempus sint verba testatoris & eiusdem formulæ)
 non de alio tempore sensisse testator intelligitur
 quam quod post mortem suam futurum sit, propter
 quam causam & verba illa *postquam mortuus ero* addi
 solebant ne qua dubitatio superesset *l. si ita fuerit. 41.*
epist. Ita fit vt in idem tempus & legatum & libertas
 conferatur, nec legatum à libertate separetur: propter
 addita verba illa *cùm liber erit*, quamuis ex post facto
 ea separatio fiat, cùm seruus à viuò testatore manu-
 mittitur vindicta. † At cùm libertate testamento da-
 ta testator sic loquitur *eique si eum liberauero vindi-*

Et si heres meus decem dato fit separatio libertatis & legati in ipso testamento, data nimirum libertate in eum casum quo legatum non debetur, id est quo servus à viuo testatore manumissus non erit, & vicissim adscripto legato in eum casum quo libertas ex testamento competere non poterit, id est sub ea conditione, si servus ab ipso testatore vindicta manumissus erit. † Cur ergo aut quo iuris vel aequitatis colore admittamus legatum hoc valere? Aut quis humanitatis intuitus hic occurrere potest? Quasi verò inhumanum & impium futurum sit si servus libertatem representatam à viuo testatore consecutus, legatum quoque sibi eodem testamento perperam relictum non consequatur. Si de libertate ipsa tractaretur, memoria humanæ conditionis quæ homines omnes naturâ liberos esse vult, facere posset, vt humanitatis intuitu defendi nonnunquam libertas deberet quæ alioqui summo iure non valeret. Sed quod ad legatum pecuniarium attinet, non idem legatarij fauor est, eius præsertim qui pro modico illo pecuniario commodolibertatem à domino suo representatam citius certiusque sit assecutus, cum possent multa incidere quæ facerent ne directa illa libertas competere vnquam posset ex testamento, fortassis rupto, aut irrito facto, aut defuncto. † Neque nouum est vt libertas vtiliter data sit, legatum autem etiam cum libertate datum, inutiliter, aut vt vtroque ab initio vtiliter relicto legatum non debeat, libertas tamen debeat. *l. si ita scriptum 16. D. de l. fideicommissaria 23. §. etiam. D. de fideic. libert. l. rogo 21. cod. iur. et l. peto 69. §. prædum de legat. 2.* Sed vt legatum pecuniarium fauorabilius sit libertate, id est vt libertate & legato pecuniario simul datis valere possit legatum pecuniarium eo quoque casu quo libertas ex illo testamento non competat, quod hic contingeret, fieri nullo modo potest *d. l. Stichus seruus meus 39. D. de manu. test. †* Sed & cum humanitatis intuitu Tribonianus fauet libertatibus cõtra rectam iuris ratione hæctenus id facere solet vt ex directis faciat fideicommissarias, quem admodum proximo capite docuimus ab eo factum esse in *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill. in l. generaliter 24. §. si quis seruo de fideic. liber.* Qui ergo fieri possit vt verum sit quod Triboniano placet, legatum hoc de quo disputauimus valere simpliciter, id est iure legati? Illud verò multò minùs dici potest, quod nec Tribonianus tentare ausus est, valere iure fideicommissi. Etsi enim fideicommissorum fauor ille est vt aliquando etiam ab initio inutiliter data faciliùs conualescant, non idem tamen in testamentis aut in legatis quæ non nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, verbisq; directis relinqui possunt, admissu est *l. 1. §. 1. de legat. 3. †* Quam ob causam & in eam rem comparatus est vsus vulgaris illius clausulæ codicillaris, quæ totum testamentum id est non modò legata in eo conuertat in fideicommissum si qua ratione contingat testamentum non valere, aut rumpi aut irritum fieri *l. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. C. eod. d. l. generaliter §. testamento de fideic. liber.* † In quo miror tam grauitè errasse Iacobum Cuiacium qui scripsit eam clausulam hodie in omnium testamentis etiam non sit expressa subintelligi tamen debere, quòd vt plurimum ex cõsuetudine notariorù & testatorum addi soleat, quòdque dubitandum non sit eandem testantium omnium esse voluntatē quæ & Lucij illius Titij fuit de quo in *l. Lucius 88. alias l. codicillis. §. vlt. de legat. Nā & idem obici potuisset in ipsis quoque veteris iurisprudentiæ tēporibus cum si vlp. credimus in *l. 3. de test. milu.* iam tum sole*

rent plerique cum testamenta per scripturam faciebant adiciere, Velle se eam scripturam etiam vice codicillorum valere, neque verò dubitari oportet quoties ea clausula in testamentis adicitur quin ex testantis voluntate, potius quàm ex notariorum stilo & consuetudine adiecta intelligatur. † Cæterum in propõsa specie legatum quod nos iure legati valere negamus, nec fideicommissi iure defendi posse ex eo cõstit, quòd non magis per fideicommissum quàm per legatum quicquam relinqui potest ei cum quo testamenti factio non est. Item quòd etiam si adiecta esset clausula codicillaris, nullus tamen illius effectus esset ad conuertendum legatum in fideicommissum, quãdiu testamentum propriis viribus subsisteret. Habet enim conditionem illam siue expressam siue tacitam si ex testamento non succedatur.

CAPVT XVIII.

Emendatio l. vxorem. 29. D. cod. tit. De manum. testa. & l. quidam. 25. §. si quis filium ad S. C. Treb. & explicatio l. cum ex falsis 47. D. de manum. testam.

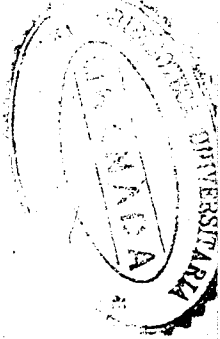
SVMARIA.

- 1 Species & questio d. l. vxorem. & Scauola ad eam responsum.
- 2 Testamento intercedente libertates quoque tam directas quàm fideicommissarias intercedere.
- 3 Tribonianum contra hanc iuris regulam, & contra Scauola sententiam in d. l. statuisset.
- 4 Ratio sententiæ Triboniani refellitur.
- 5 Hereditatem in specie d. l. ab instituto aditam non fuisse.
- 6 Nec si adita fuisset, potuisse ex ea aditione libertatem seruis competere.
- 7 De quo Scauola in d. l. interrogatus fuerit, & quomodo responderit?
- 8 Quid Tribonianum in specie illa fefellerit?
- 9 Plus esse præstitam esse libertatem ab herede licet indebitam, quàm à testatore in testamento nullo inutiliter datam esse.
- 10 Ad confirmandam libertatis indebitæ & per errorem factam donationem, constitutione Principis opus fuisse in specie l. cum ex falsis in princip. de manumiss. testam.
- 11 Cur in §. 1. eiusdem legis libertas seruo data ab herede conditionis implende causâ non reuocetur licet filius de inofficioso postea agens obtinuerit?
- 12 In cæteris libertatibus eodem testamento datis & ab herede post preparatam vel institutam querelam præstandis non idem esse.
- 13 Nisi testamentum post quinquennium ex magna & iusta causâ inofficiosum dictum sit.
- 14 Animaduersio ad §. 1. d. l. cum ex falsis. ff. de manum. testam.
- 15 Libertatem que conditionis implende causa capitur, mortis causâ potius quàm testamenti iure capiam intelligi.
- 16 Libertatem que ab herede vltro quasi proprio seruo præstat non confirmari si testamentum postea inofficiosum pronuntiatum fuerit.
- 17 Quod de libertate ex falso testamento præstita in §. 1. d. l. cum ex falsis. dicitur ad eam speciem coartandum esse in qua heres conditionis implende gratia seruum manumiserit.
- 18 Papinianum in d. §. 1. pro libertate ex falso testamento data sic responsurum non fuisse, si nulla constitutio præcessisset.

- 19 Cur proxijs modi libertate Papinianus responderit?
- 20 Quid miris in questione illa de falso testamento, si falsi accusatio iam adita hereditate superuenerit?
- 21 Quislibet libertates ex falsis codicillis, qui veri credebantur, præstitas ex Hædriani constitutione defendi.
- 22 Omnes quoque libertates ex falso testamento saluas fore, si is solus institutus sit qui ab intestato quoque totam hereditatem solus haberet.
- 23 Eas libertates que à testatore directis verbis dantur non valere ex testamento, quòd aut ab initio nullum, aut inofficiosum aut ex post facto falsum esse apparuit.
- 24 Secum in fideicommissarijs obtinere, que ab herede postea vltro in lite inofficiosi testamenti præstita sunt.
- 25 Quomodo accipienda sit l. si autem. §. ff. de inoffic. testam.
- 26 Hædriam rescriptum, de quo in d. l. cum ex falsis non ad præstandas sed ad præstitas libertates pertinere. vt non reuocentur.
- 27 Fauorabiliores & potentiores in eo esse fideicommissarias libertates quàm directas.
- 28 Scauolam in d. l. vxorem de libertatibus directis in testamento nullo & iniusto datis tractare.
- 29 Cur in §. vlt. l. Papinianus 8. de inoffic. testam. libertates ex inofficioso testamento præstita post quinquennij lapsum conseruentur?
- 30 Instituta intra quinquennium à die aditionis inofficiosi querelâ legitimo herede vltore existente non idem magis directas libertates seruis competere quòd vltro quinquennium bonâ fide in libertate morati sunt.
- 31 Non posse in specie d. l. vxorem, libertates post quinquennium competere, que nunquam aditione confirmata sunt, aut confirmari potuerunt.
- 32 Dissimilem esse speciem d. l. vxorem, à specie l. si cum fideicommissa §. Aristo. ff. qui & à quibus manum.
- 33 Longè quoque ab ea distare speciem §. si quis filium. l. quidam 25. ff. ad S. C. Trebell.
- 34 Cur in d. §. directa libertas confirmetur, nec fideicommissi prætextu reuocari possit?
- 35 An aliud in d. §. respondendum esset, si quis à milite quoad vinceret institutus, seruum in multis hereditate reperitum testamento manumisisset?
- 36 Tenetur in d. §. directam libertatem non competere ex testamento eius qui à pagano quoque rogatus sit de seruo illo cum tota hereditate restitueno.
- 37 Verba quadam indicantur in d. §. Triboniani stylum redolentia.
- 38 An ibidem interstet, sciens an ignorans codicillos, rogatus heres libertatem seruo dederit?
- 39 Priorem tantum partem sententiæ Iuliani in d. §. corruptam esse.
- 40 Quem sensum habeant verba illa Iuliani, hoc amplius et si ignorasset?
- 41 Libertates in d. l. vxorem, non tam ex Scauola responsò, quàm Triboniani adiectione tanquam ex Iustiniani noua constitutione defendi.
- 42 Testamento posthumi agnatione rupto nullas libertates valere.
- 43 Quo usque libertatum fauor extendatur?

Superiora cogit me vt moneam, videri etiam mihi corruptum ab eodem Triboniano responsum Scauolæ quòd extat in l. vxorem 29. cod. tit. De manum. testam. Vxorem prægnantem vir repudiauerat, & alia duxerat, Prior enixa filium exposuit, Hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocatus. Vsq; ad vitæ tempus patris tam ab eo quàm à matre an vitiorum numero esset ignoabatur. Mortuo patre

testamentoque eius quo filius hic neque exheredatus neque institutus sit recitato, filius & à matre & ab auia paterna agnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet: Quæsitum est, inquit Scauola, hi qui testamento libertatem acceperunt vtrum liberi an serui sint? Respondit Scauola filium nihil præiudicij passum fuisse si pater eum ignorauit, & ideo cum in potestate & ignorantis patris esset testamentum non valere. Quod si ita est vt est, consequens sit nec libertates eo testamento datas valere. † Nam certi iuris est quoties testamentum non valet nihil omnino valere eorum omnium quæ testamento continentur, ac ne fideicommissa quidem tamen si ab intestato quoque vtiliter relinqui potuissent *d. l. 1. §. 1. de legat. 3. l. illud enim. 13. §. tractari. D. de iur. codicill.* Tantumque abest vt hac parte separanda sint libertates à cæteris rebus vt etiam si ab initio testamentum valuerit, cotamen postea rupto libertates intercedant, nec directæ tantum sed etiam fideicommissariæ *d. l. generaliter. 24. §. ex testamento l. si pater. 47. in princip. de fideic. libert.* Quanto minùs igitur valebunt directæ si testamento ab initio nullum, & iniustum fuit? Et tamen Tribonianus ille noster perpetuus æquitatis suæ arbiter, & egregius libertatum fauor adiecit ad Scauolam subtiliter & eleganter si Diis placet serui autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium fauore libertatis est. Quis enim vnquam sibi persuadeat sic locutum Scauolam fuisse? tam multis scilicet verbis, tamquæ perplexis, nec ferè grammaticam vllam interpretationem commodè admittentibus? Aut quis nescit perpetuum Scauolæ morem hunc esse vt de iure tantum ad ea quæ ex facto proponuntur respondeat, non etiam vt in facto ipso aliquid vnquam suppleat? Cur ergo de seruis per quinquennium in libertate moratis tractaret, cum nihil tale ex facto proponeretur? E contrario omnium verba consultationis præ se ferebant quæstionem illam de seruorum statu non ita multo post testamenti recitationem incidisse, ac proinde intermedium tempus quinquennij esse non potuisse. † Sed & ratio illa Triboniani, quòd libertatem semel datam infirmari non oporteat prorsus inepta est. Neque enim libertatem datam esse sufficit vt infirmari numquam possit sed ritè & rectè datam esse oportet, quòd non euēnit, cum testamentum ab initio ipso non valet. At neque vtiliter datam esse satis est nisi testamenti validitas duret *d. §. ex testamento. l. 24. & d. l. 47. de fideicom. libert.* Rursus nec illud satis est testamentum ab initio valuisse nec postea ruptum aut irritum factum fuisse, nisi addas ex eo competere libertatem. Ad eas namque demum libertates quæ iam competunt, illud pertinet quòd dici solet reuocari eas non posse *leg. Imperatores. 52. de manum. testam.* Porro directæ libertates ex testamento quantumcunq; vtili numquam competunt priusquam adita ex eo hereditas, nisi herede aliquo necessario existente *l. testamento. 23. §. 1. l. 25. l. sciendum. 32. eodem tit.* † Atqui in ea specie de qua tractamus, non proponebatur hereditas adita ab instituto, sed potius non adita cum statim mortuo patre testamentoque eius recitato filius tanquam legitimus hereditatem patris ab intestato possidere cõpisset. Quomodo igitur fieri potest vt per quinquennium morati sint in libertate serui de quorum statu dubitatur? † Sed & eum adiri hereditas ex nullo & iniusto testamento non possit, eaque aditio nullius planè sit momenti (prius enim est vt hereditas deferatur per legem, quàm vt per aditionem acquiratur *l. del. u. a. 251. iunct. l. lego obtinere. 130. de verborum signif.* planè non videtur quæ



iure possit libertas competere, etiam secuta aditione ex nullo & iniusto testamento. Nam si quis dicat potuisse ex huiusmodi testamento adiri hereditate bona fide priusquam sciretur, an filius aliquis testatoris in rerum natura esset cuius præteritione iniustū videri posset, dicā repugnare Scæuolam, cum ait nihil præiudicij passum filium si pater eum ignorauit. Si enim nec patris ignorantia quantumlibet probabilis filio nocet, multo minus nocebit ignorantia heredis, *l. si is ad quem. 22. in fin. D. de acquir. hered.* quæ tamen noceret si ex ea causa libertates testamentarias facilius competere admitteremus: nec rursus fieri queat ut ex ea ignoratione magis sustineatur testamentum quam si filius ipse post testamentum defunctus esset: quo tamen casu perinde verum esset testamentū non valere neque ex eo hereditatem adiri posse *l. si filius.*

7. *D. qui testam. facer. poss.* Illud etiam obseruari volo non de eo interrogatum Scæuolam fuisse an datæ libertates reuocandæ essent, sed an cōpeterent, id est an serui quos pater liberis esse iussisset liberi essent an serui. Eleganter vero Scæuola & concisè more suo sic respondet ad propositam quæstionem ut quamuis nihil exprimat de libertatibus, faciliè tamen sit intelligere quid ille responsum velit, libertates scilicet nõ competere filio præterito ius suum exequente, cum testamentum non valeat. Nam etsi filius præteritus iudicia patris turbare nollet, tamen sicuti non ideo minus testamentum iniustum esset, ita nec eo magis valerent aut competere ab intestato libertates quæ à legitimis successoribus non essent repetitæ, nisi vno illo casu quem Papinianus tractat in *l. filio præterito. 17. De iust. rupt. & vit. fact. 1. 1. 1. 1.* id est iis ipsis qui testamento heredes scripti sunt totam hereditatem ab intestato possidentibus: ut nos pluribus explicauimus libr. 9. cap. 14. † Error Tribonianus ille primus fuit quod Scæuolæ verba sic accepit ac si de iure tantum testamenti, non etiam de libertatibus de quibus tamen consultus fuerat quicquam respondisset, non attendens ad morem Scæuolæ cui familiare est sic respondere ut in *l. Titia. 13. de iust. test. 1. generalis. 32. §. 1. De usufr. legat.* Adiecit verò dictionem illam quidem in iis verbis *filium nihil præiudicij passum fuisse* ut totam eam clausulam serui autem manumissi &c. quam nos expungimus contexere superioribus posset. Fefellit etiam fortasse Tribonianum, quod vidit, aliis etiam nonnullis casibus, quos ille similes putat, ita constitutum esse ut libertates etiam indebitæ puta ex falsis codicillis aut ex falso testamento si præstitæ sint durent, neque ex postfacto reuocentur *l. cum ex falsis. 47. in princ. & §. 1. eo. tit.* præsertim si diu quis steterit in libertate, *l. si cum fideicommissa. 16. §. Aristo. D. qui & a quib. manumiss.* † Sed cogitare debuit valde diffimiles esse illos casus, in quibus scilicet agitur de libertatibus non solum testamento datis, sed etiam præstitis, & quidem ab herede, cui proinde testandi ius fuit. Sic enim Papinianus scribit in *d. l. cum ex falsis. cum ex falsis codicillis per errorem libertas licet non debita præstita tamen ab herede fuisse, viginti solidos à singulis hominibus inserendos esse heredi Princeps constituit.* Plus enim est præstitam esse libertatem ab herede licet indebitam, ut reuocari non possit, quam à testatore in testamento nullo inutili datam esse. Non enim datio illa facit liberum sed potestas legis. 12. tabul. confirmantis libertatem testamento datam, quæ potestas in confirmando testamento nullo & iniusto nulla est. † Sed & obseruandum est in ea quoque specie principis constitutione opus fuisse non minus ut libertatis præstatio indebitè & per errorem

facta confirmaretur, quam ut viginti solidi à singulis hominibus inferrentur. Vtrunque enim eadem constitutione factum fuisse certum est, *l. penultim. §. 1. D. de iur. patron. l. 2. C. de fideicom. libert.* Subiicit Papinianus. *Sed etsi conditionis implendæ causâ seruum institutum manumiserit, ac postea filius de inofficioso agendo obtinuerit, consequens erit idem in hac specie fieri quod in falsis codicillis constitutum est.* Nimirum quia etiam si rescisso per querelam inofficiosi testamento apparet heredem non esse eum qui libertatem præstitit, quoniam redit res ad causam intestati, verum tamen est fuisse illum heredem eo tempore quo libertatem dedit, & consequenter præstitam ab eo libertatem qui eius præstandæ ius habuit, cum nec de inofficioso testamento agi potuerit ante aditam hereditatem, nec adiri hereditas ab eo, qui conditionis implendæ causâ seruum manumittere debuit, nisi conditione impleta. Proinde mirum non est eam libertatem non infirmari quæ semel credita merito est vtiliter data esse, licet neque directa fuerit neque fideicommissaria, & ex postfacto appareat indebitam fuisse. † Sed in cæteris libertatibus eodem testamento datis & ab eodem herede præstandis, aut post institutam querelam vel præparatam siue ex fideicommissio siue vitro, præstitis non idem erit, quia rescisso per querelam testamento constat libertates intercidere sicut & cætera legata, & quidem ipso iure *l. Papinianus. 8. §. penultim. l. qui repudiavit. 17. in fin. d. l. cum mater. 28. de inofficioso testament.* † Vnus tantum casus excipiendus est ex Hadriani & Antonini Pij constitutionibus, si post quinquennium testamentum cæptum sit inofficiosum dici ex magna & iusta causa. Nam cum querela inofficiosi testamenti quinquennio finiatur eoque tempore elapso dici possit confirmatas esse libertates quarum ius irreuocabile in idvsque tempus quodammodo pependit, fauor libertatis non patitur, ut etiam si iusta aliqua causa sit propter quam filio post quinquennium succurri oporteat, quod non facile admittendum est, libertates tamen quæ semel competierunt, reuocentur *d. l. Papinianus. §. ultim.* Intra quinquennium agente filio, & postea quodcumque obtinente libertates non competunt, nec vnquam competiisse intelliguntur ut Modestinus subiicit in *l. si autem. 9. eod.* Itaque ea species quam Papinianus tractat in *d. l. ex falsis*, valde singularis est, quod probant verba illa *idem in hac specie fieri.* † Illud verò animaduersione dignum est quod Papinianus. ut libertatem etiam ex inofficioso testamento implendæ conditionis causa datam tueatur, non inducit rescriptum Hadriani ex ea parte qua prospexit libertatibus inofficioso testamento relictis, sed ex illa potius qua cauit de libertatibus præstitis ex codicillis falsis, nempe quod ex priore illa parte non confirmantur libertates nisi quæ aut directis aut precariis verbis relictæ sunt, & ita demum si non nisi post quinquennium ab adita hereditate cæptum sit agi de inofficioso. † Quæ autem conditionis implendæ causa capitur libertas ea neque directa est neque fideicommissaria, sed mortis causa potius quam testamenti iure capi intelligitur, *l. Meunus. 55. de conditionibus & demonstrationibus.* Itaque hæc species libertatis cum nullo modo relictæ sit à testatore. i. nec directis verbis nec precariis, si ab herede præstetur ei potius comparanda est quæ præstatur ex falsis codicillis. Nam nec illa villo modo relictæ est. Sed & cum fideicommissas libertates ex inofficioso testamento intra quinquennium & ante præparatam querelam præstatis defendimus, *d. l. si autem, vitro* id fieri ex posteriore potius quam ex priore rescipi-

rescripti parte. Et ea ratione quod libertas fideicommissaria in testamento inofficioso relictæ non magis indebita videri possit, quam quæ ex falsis codicillis præstita est, cum & perinde præstita sit ab eo, qui cum verus heres fuit. † Cæterum, si neque directo neque per fideicommissum data sit, sed ab herede vitro plenæ causa libertas nullo modo confirmabitur, quasi proprio seruo præstita nullo modo confirmabitur, testamento quodcumque inofficioso pronuntiatum. Id enim est quod Papinianus innuit illis verbi in hac specie. † Ex quibus etiam apparet, quod ibidem ait, idem iuris esse si testamentum falsum fuerit pronuntiatum, non tam generaliter accipiendum esse ut competant libertates datæ testamento quod ex post facto falsum fuisse apparuit, aut ut reuocari non possint ea quæ à falso herede præstitæ sunt siue ex fideicommissio siue etiam ex spontanea ipsius voluntate, sed ad hanc ipsam speciem coarctandam in qua heres institutus conditionis implendæ gratiâ seruum manumiserit. Finge testamentum ita falsum dici ut heres ipse accusetur, qui certus sit se falsum non fecisse. Postmodum verò de falso constituisse, sed ab alio quam ab herede id crimen admissum fuisse. Non potuit accusatio impedire quominus etiam pendente falsi quæstione heres scriptus hereditatem ex testamento adiret, *l. cum falsum. 46. de acquir. hered. porro* adire nisi impleta conditione non potuit. Nihil ergo tunc obstitit quominus seruo recte libertatem daret. Et consequenter quod testamentum postea falsum apparuit, facere non debet ut reuocetur libertas quæ semel data est vtiliter. Aliud ergo Papinianus respondisset in libertatibus siue directis siue precariis eo testamento adscriptis quod postmodum falsum esse constitisset: quia verum est nec datas esse. † Dices si testamentum falsum est, nec illud quoque verum esse ut conditionis implendæ gratiâ seruum manumittere heres debuerit. Ac sanè ita est, ob idque nec pro huiusmodi libertate respondere Papinianus potuisset si constitutio nulla præcessisset. Sed cum principis constitutione iuductum esset ut etiam ex falsis codicillis præstita per errorem libertas reuocari non posset, idem ille per interpretationem admittendum putauit illo etiam casu quo testamentum falsum pronuntiatum esset, post præstitam ab herede conditionis implendæ causa libertatem: † An quod hæc libertatis species in eo fauorabilior sit cæteris eo testamento adscriptis, quod cum illæ nec à testatore ipso datæ sint, hæc tamen ab ipso saltem herede vitro data, & facta ipso præstita est? Minimè. Alioqui etiam cætera libertates valebunt quas heres ipse siue ante siue post propositam aut præparatam falsi accusationem præstiterit, quasi ex fideicommissio non implendæ conditionis causa. Sed, quia hanc solam non etiam cæteras præstari necesse fuit ut adiri hereditas posset quæ eo tempore nihil obstante falsi accusatione adiri iure potuit. † Sed & finge falsi accusationem superuenisse adita iam hereditate. Nemo dixerit superuenientem dubitationem de iure & viribus testamenti irritam facere posse aditionem iam ante factam licet faciendam impediret *d. l. cum falsum.* Atqui non potuit aditio illa ut diximus fieri, nisi prius impleta conditione. Igitur libertatem illam quasi ex necessitate eo tempore præstitam saluam manere æquum est. † Non eadem distinctio adhibetur cum de iis libertatibus quæ ex falsis codicillis qui tunc veri credebantur, præstitæ fuerunt: omnes enim tam fideicommissaria quam quæ conditionis implendæ causa præstitæ sunt [directæ enim

non possunt competere ex codicillis falsis, non magis quam ex veris testamento non confirmatis] defenduntur ex Hadriani rescripto, viginti duntaxat aureis in singulos homines heredi soluendis quasi pro iusta cuiusque æstimatione *d. l. leg. penultim. §. 1. de iur. patron. leg. 2. Cod. de fideicom. libert.* nec ex duntaxat quæ ab herede ipso præstitæ sunt, sed & quæ à legatario *d. l. leg. secunda.* Alioqui cur Hadrianus de codicillis locutus fuisset si de testamento falso id quoque constitutum voluisset: Præsertim cum de inofficioso quoque testamento tractaret, eadem ut probabile est constitutione licet capite separato. Ideo fortasse quod non sicut ex falso testamento ita & ex falsis codicillis persona veri heredis mutetur, nec proinde tam iniquum aut difficile sit nocere sibi verum heredem qui ipse manumittat, aut legatario tradat hominem manumittendum quam iniquum illud esset falsi heredis factum nocere vero heredi, cuius nullū intercessisset. † Qua ratione dicerem audacter, si in testamento quod falsum esse apparuit, is heres institutus esset solus, qui ab intestato quoque totam hereditatem solus habere deberet, omnes perinde libertates saluas fore quas ipse ex falso testamento quasi fideicommissarias præstitisset, non secus ac si in falsis codicillis à vero herede relictæ essent, quia vi ipsa & in effectu non magis hoc quam illo casu interesset veri heredis, cuius factum etiam intercessisset utroque casu. † At in iis libertatibus quæ non ab herede præstantur sed tantum à testatore directis verbis dantur, nullo casu receptum est aut rescriptum ut valere debeant & competant ex testamento quod aut ab initio nullum aut inofficiosum, aut falsum fuisse ex postfacto apparuit. Planè in fideicommissariis aliud admittimus si præstitæ sint ab herede bona fide, non quidem ex falso testamento ut iam dictum est, sed ex eo quod inofficiosum pronuntiatum sit. *d. l. si autem. 9.* Nam à falso herede præstitas libertates illud omnimodo impedit quod neque voluntatem testatoris habent neque factum veri domini cuius est eas præstare. † Quæ autè præstitæ sunt ab herede postea vitro in lite inofficiosi testamenti licet defuncti voluntate habere non credantur, nec si adiecta sit clausula codicillaris, (quia per querelam rescinduntur defuncti iudicia tanquam dementis & insani, constat autè insanū & dementē hominē non magis ab intestato quam ex testamento fideicommissa dare posse *d. l. Titia. 13. de iust. test. 1. nec fideicommissa. 36. de leg. 3.*) habent tamè factum eius qui tunc verus heres fuit, factū tamè profecto haberi non potest, etsi non posset ea res sufficere ad confirmandas quaslibet libertates ab herede præstitas, sed ab eas tantum quæ fideicommissæ fuerunt. Sunt enim fauorabiliores hoc ipso quod precariam testatoris voluntatem ab initio, & eo tempore quo præstitæ sunt, habuerunt. † Ex quo apparet quod scriptum est ex Modestino & Paulo in *d. l. leg. si autem* mota intra quinquennium inofficiosi testamenti querela præstandas esse fideicommissas libertates, [nam de iis quas heres vitro præstiterit, id est citra causam fideicommissi, nec dubitatio vlla est quin rupto per querelam testamento reuocentur, extra causam *d. l. cum ex falsis. i.* nisi cum præstitæ sunt implendæ conditionis causa] non ita accipi debere, ut si vel post mortem querelam vel post victoriam petantur, præstari debeant siue ab herede scripto, siue à victore, Sed sic potius, ut quæ ante propositam inofficiosi accusationem præstitæ sunt ab herede scripto, eas victor ratas & pro bene præstitis habere debeat, licet egerit intra quinquennium, Ratione

illa quam supra attulimus, quod praestita sint ab eo qui tum verus heres fuit, & manumittendi ius habuit, hancque interpretationem probant sequentia illa scilicet viginti aureis & in hoc casu a singulis praestandis. Hadriani namque rescriptum de soluendis in singulos homines viginti aureis, tam ex eo capite quo cautum est de falsis codicillis, quam ex alio quo de libertatibus inofficioso testamento datis prouit fuit, non ad praestandas, sed ad praestitas aut ipso iure competentes libertates pertinet ut non reuocentur. In quo mirum videri possit favorabiliores aut potentiores esse libertates fideicommissarias quam directas. Directae siquidem rupto intra quinquennium testamento nunquam competuisse intelliguntur. Nepe quod querela inofficiosi testamenti, quae iuris auxilium publicum est, facilius euertat directas libertates quae non nisi iure nituntur, quam fideicommissarias quae non tantum iuris sunt, sed etiam facti, in quibus scilicet praestandis factum veri heredis interuenit. Itaque directas competere dicimus non praestari, fideicommissarias vero praestari non competere, d. l. Papinianus §. ult. Directae nunquam reuocantur, quia quo casu reuocationi locus esse posset in fideicommissariis, directae nec competuisse existimantur. Fideicommissariae vero si Hadriani rescriptum deesset, proculdubio reuocarentur. Difficilius autem est, ut libertas reuocetur, quam ut non competere dicatur. Atqui Scaeuola in ea lege quam emendamus non tractat de fideicommissariis libertatibus, sed de directis in testamento nullo & iniusto datis, ex quo neque adita hereditas sit neque adiri unquam potuerit. Non ergo mirum Triboniano videri debuit eas infirmari, ut ipse loquitur, quae nec competierunt unquam nec praestita sunt. Neque fuit cur conditionem illam adderet, si per quinquennium in libertate morati sint, motus, ut credibile est exemplo constitutionis illius Hadriani de qua in d. §. ult. i. Papinianus. Nam quod in ea specie conferuntur post quinquennium libertates, non fit propter solum lapsum temporis, sed quia tempus illud instituenda querela inofficiosi testamenti praestitutum est, quo elapso cum nullus iam subsistat metus rumpendi testamenti si ordinario iure agatur, confirmantur sine dubio libertates etiam directae. Tanto magis quod nec quinquennium illud currere incipit nisi a die hereditatis aditae, quo demum tempore dies libertatum directarum cedit, si nihil sit quod facere aliquando possit ne videatur tum cessasse, quomodo contingit quoties testamentum in eo est ut per querelam inofficiosi testamenti rescindi quandoque possit. Itaque si ponas institutam querelam intra quinquennium tractumque per aliquot annos iudicium, incisi quoque & absentibus factis iis qui directas libertates acceperunt, victo tandem herede non ob id magis directae libertates competere quod serui illi per septennium aut etiam si votes decennium integrum a die aditionis numerandum bona fide morati sint in libertate, quia non potest aut debet bona illa fides nocere filio qui intra constitutum tempus egit, & cui neque negligentia, neque aliud quicquam imputari possit. Quanto minus igitur competent libertates post quinquennium, quae nunquam aditione confirmatae sunt aut confirmari potuerunt? Aut quomodo potuit Scaeuola rescriptum illud Hadriani ad casum tam dissimilem extendere, aut citra rescripti auctoritatem nouum ius tam audacter inducere, confirmandisque libertatibus de quibus querebatur quinquennij potius quam biennij aut decennij tempus praescribere? Aut denique si rescripto Hadriani

in hac specie locum esse putauit, cur non subiecit factem in singulas libertates viginti aureos victori praestando esse? Neque rursus simile est quod Aristoteli respondit, A debi. ore fisci qui soluendo non erat manumissum ita reuocari in seruitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio de l. si cum fideicommissa. 16. §. Aristoteli. D. qui & a quibus manumissis. Nam praeter id quod locus ille tractat de libertate praestita non de directa quae testamento tantum data sit, apparet etiam libertatem illam praestitam esse a vero domino; ob idque non nisi per reuocationem infirmari posse, nec eo minus tamen requiri ut per decennium integrum manumissus steterit in libertate ad hoc ut reuocatio impediatur. Quis ergo admittat quinquennium posse sufficere ei cui nunquam libertas competierit nec competere ex testamento nullo potuerit? Postremo nec simile illud est quod Iulianus scripsit in l. quidam. 25. §. si quis filium. D. ad S. C. Trebell. si quis filium suum ex parte heredis instituit, & codicillis quos post mortem filij appariri iussit. fidei eius commisit, ut si sine liberis decederet, hereditatem suam sorori suae restitueret, & filius sciens quod in codicillis scriptum erat, Stichum seruum hereditarium testamento suo liberum esse iussit, libertatem conseruari nec nisi serui pretium a filij heredibus praestari debere. Ibi enim libertas quidem directa testamento datur, sed testamento iusto, & a vero domino heredem habente ex eo ipso testamento. Proinde mirum non est si libertas competat, neque reuocari possit praetextu fideicommissi. Nemo enim ob id solum definit heres esse & dominus quod de hereditate alteri restituenda rogatus sit, ne quidem post factam restitutionem, multo minus ante restitutionem. Quare & aliud respondendum putare si quis a milite quoad viueret institutus seruum in militis hereditate repertum testamento manumississet. Nam cum miles ex privilegio possit heredem habere ad tempus l. miles in a. 41. de testam. milit. Ideoque ius ipsum heredis & domini hoc casu penitus deficiat eo ipso instanti quo heres ita scriptus moritur, consequens est ut alienum seruum manumiserit, qui hereditarium testamento manumissus, quandoquidem huiusmodi manumissionum, ut & aliorum omnium quae ex testamento pendunt effectus in id tempus confertur quo testator erit mortuus, & consequenter nihil caussae est cur libertas seruetur quae non competat, nemo enim alienum seruum quamuis ut proprium manumittat ad libertatem perducere potest. l. si non proprietatem. 4. C. de his qui a non domin. manum. sum. Quamquam si dicere liceat quod sentio, vix puto ex iuris ratione defendi posse ut directa libertas competat ex testamento eius qui a pagano quoque rogatus sit de seruo illo cum tota hereditate restituendo. Nam ut directa libertas competat non sufficit ut ab eo data sit qui dominus reuera fuit, sed illud etiam requiritur ut dominus fuerit ille pleno iure. Vnde illud est quod seruo pignorado directa libertas dari non potest l. generaliter. 24. §. si quis seruo de fideic. libert. Atqui seruus fideicommissarius plus quam pignoratus est, nec pleno iure heredis grauari esse dici potest ne quidem ante restitutionem, cum sit omnimodo restituendus, nec in potestate ipsius esse debeat ut pro seruo precium praestet, non magis quam ut fideicommissum cogere possit ad vendendum. Taceo quod ex Iulianiani constitutionibus bona omnia fideicommissa obnoxia hoc ipso censentur tacite fideicommissario deuincta & obligata si malit ille hypothecaria exercere quam rei directam vindicationem. Quomodo igitur fieri potest ut directa ei libertas de iure ablatiui

CAPITULUM XIX.

Emendatio l. 4. D. de vulg. & pupill. substit. l. Lucius. 40. D. de testam. milit. & explicatio l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis substit.

SUMMARIUM.

- 1 Summa constitutionis Diui Marci ad substitutionum materiam pertinentis.
- 2 Tres in quaestione d. l. 4. constitutiones distinguendas esse earumque primam ad eam substitutionem pertinere qua in alterutrum duntaxat casum simpliciter facta est.
- 3 Secundam ad eam substitutionis speciem pertinere qua in vulgarem duntaxat casum, non in pupillarem vtrique filio facta sit.
- 4 Verba illa, eosque inuicem substituo, pupillarem casum sui naturam non comprehenderent.
- 5 Quam rationem habeat tertia constitutio ad reciprocam seu breuiloquam substitutionem pertinens?
- 6 Examinatur versic. ne si vulgari modo in d. leg. 4. §. 2.
- 7 Dictionem illam vulgarem in dict. versic. irreptitiam esse.
- 8 Disparitatem filiorum aetatem facere non posse quin alter alteri in casum vulgarem substituat.
- 9 Duplicem substitutionem non ex numero personarum sed ex casuum diuersitate dici.
- 10 Emendatur §. si quis duobus l. qui bona. 23. ff. de acquir. ret. dom.
- 11 Eandem rem in pupillari testamento alij a testatore legatam, in suo vero mihi totam meam esse.
- 12 Noua emendatio & coniectura ad §. si coniunctim l. planè. 34. ff. de leg. 1.
- 13 Quis in d. §. 2. l. 4. sensus sit horum verborum Modestini, ita enim in altero &c.
- 14 Non censeri patrem in vtrumque casum filio substitui voluisse, quoties reciprocam substitutionem inter liberos in dispari aetate vel conditione constitutos scripsit.
- 15 Excuitur euenaticum in fine d. l. 4. his verbis expressum vel certe euitandae quaestionis gratia.
- 16 Quid in versic. ne si vulgari d. §. 2. Modestinus docendum sibi proponat?
- 17 Totum illum versiculum, vel certe euitandae quaestionis &c. Interpretis alicuius non Modestini esse.
- 18 Triboniani additio notatur in l. Lucius 40. ff. de test. mil.
- 19 Tribonianum in d. l. specialem voluntatis expressionem requirere licet minimè necessaria sit.
- 20 An d. l. quamuis. C. de impud. & al. substit. pertineat ad reciprocam substitutionem factam inter filium impuberem & uxorem testatoris?
- 21 Quando substitutio vulgaris duabus personis disparis aetatis aut conditionis facta ad pupillarem trahatur vel non trahatur?
- 22 Veram eius legis dubitationem hanc esse, an Publius Firmianus ad filij hereditatem tanquam ex pupillari substitutione admitti debeat.
- 23 Cur ex Imperatorum rescripto Firmianus ex huiusmodi substitutione nihil sibi in pupillarem casum vindicare possit?

Iam quidem satis multa in superioribus a nobis disputata sunt de sententia constitutionis Marci,

quæ induxit ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, in utrumque substituisse intelligatur siue filius heres non extiterit, siue extiterit & impubes decesserit, non solum si simplex substitutio fuerit, sed etiam si reciproca & duplex, quæ fieri solet his verbis *eisque inuicem substituo*. De qua Modestinus tractat in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupill. substit.* Sed id nunc agendum nobis superest, ut perelegantem illam legem duobus locis ni fallimur corruptam emendemus. Distinguentur sunt in tota hac quaestione tres constitutiones. Prima fuit duorum fratrum Marci & Veri, ad eam tantum substitutionem pertinens quæ in alterutrum duntaxat casum, id est aut vulgarem aut pupillarem facta sit, & quidem simpliciter, id est, vni tantum non utriusque. Secunda fuit Antonini Pij, qua factum est ut si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque substituat communi illo verbo *inuicem* quod communem inter fratres, id est duplicem facit substitutionem, in utrumque casum reciproca substitutio facta videatur. Itaque pertinet hæc constitutio ad eam speciem substitutionis quæ facta sit non vni ex filiis siue in alterutrum siue in utrumque casum, sed utriusque filio in vnum duntaxat casum ac proinde in vulgarem, non in pupillarem. Nam si verba illa *eisque inuicem substituo* pupillarem casum æquæ ac vulgarem sui natura comprehenderent, quomodo interpretes nostros vulgo sentire video, quid necesse erat constitui à Diuo Pio ut substitutio sic facta, in utrumque casum facta videretur? nemo enim dubitat quin vulgarem casum multo magis comprehendant, neque verò dare quisquam possit exemplum reciproca substitutionis in pupillarem duntaxat casum factæ. Nisi ponat sic locutum testatorem *eisque inuicem pupillariter substituo*, quo casu fatebor equidem perinde locum fore constitutioni, ut in casum quoque vulgarem facta videatur. Sed non hic casus est de quo Diuus Pius sensit, cum rescriptis in utrumque casum factam videri substitutionem: At ille potius quo neque vulgaris neque pupillaris expressa condicio sit, sed generaliter liberi inuicem substituti. Sic enim Modestinus scribit *eisque inuicem substituat*. Tertia fuit constitutio Seueri & Antonini, quæ fecit ut si ex liberis hoc communi verbo *inuicem* substitutis alter pubes sit, alter impubes, in vulgarem tantummodo casum substitutio facta videatur. Quæ constitutio rationem illam habet, quod incongruens visum est in altero duplicem esse substitutionem, in altero solam vulgarem. Pertinet autem hæc constitutio ad superioris interpretationem, & consequenter ad tertium illud genus substitutionis quam prudentes reciprocam, interpretes vulgo breuiloquam appellant. Ne quis fortè putaret pro ætate diuersitate, diuersam quoque substitutionis rationem constitui debere. Hoc itaque casu, inquit Modestinus, singulis separatim pater substituere debet. Ut si pubes heres non extiterit, impubes ei substituat, si autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituat: Quo casu in utrumque euentum substitutus videbitur. Si frater pubes fratri impuberi licet non nisi in pupillarem expressim substitutus sit. Frater verò impubes puberi in vnum duntaxat casum substitutis intelligitur, in eum. Si in quem potuit, i. in vulgarem. Subicit ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quaestionem relinquat utrum de vna vulgari tantummodo substitutionem in utriusque persona sensisse intelligatur. Atqui etiam si vulgari modo impuberi

quoque pubes substitutus esset, nulla voluntatis quaestio relinqueretur, nec dubitandi causa superesset, quin duplex vulgaris substitutio iis verbis contineretur. Nam proculdubio in casum vulgarem non minus impubes puberi quam pubes impuberi substitutus dicendus esset: ac proinde duplex esset substitutio vulgaris non vna, Altera quidem in persona puberis, qui impuberem habuit substitutum, Altera in persona impuberis cui pubes substitutus fuit. Itaque dubitandum mihi non videtur, quin irreptitia sit dictio illa *vulgaris* ex glossa interpretis explicantis, nec malè, quid præcedente illa voce *vna* significetur. Et si enim certissimi iuris est disparem filiorum ætatem facere non posse quin alter alteri in casum vulgarem sit substitutus, ac proinde quin duplex numero vulgaris in reciproca substitutione contineatur, Vna tamen species substitutionis est, non duplex, Nimirum vulgaris tantum: quæ tamen in euentum pupillarem pupillaris quoque esset ex persona impuberis, si alter quoque impubes proponeretur. Duplex enim substitutio dicitur non ex numero personarum, sed ex casuum diuersitate, id est non quæ in duorum personis locum habere potest, sed quæ in duplicem casum, *l. Lucius. 45. eod. tit.* Proinde in proposita specie, vna tantum substitutio est eaque vulgaris, sed non tamen vna vulgaris, imò duæ vulgares: Nec sanè fieri potest ut reciproca substitutio sit quin duæ sint substitutiones. Sed facilè contingit, & verò ita semper in dubio fieri credendum est, ut vna tantum eademque substitutionis species sit quæ duas illas substitutiones complectatur, id est aut vulgaris tantum: aut pupillaris tantum, aut militaris tantum: quò etiã pertinet *d. l. Lucius. & l. in testamento. 6. C. de testam. mult. de qua diximus sup. c. 11.* Similia pleraque menda in libris nostris occurrunt, quæ qui non obseruant, etsi rectam tenent emendandi rationem, probabiliter tamen emendare nunquam possunt. Exemplum esto in *l. qui bona. 23. §. si quis duobus De acquir. rer. domini. vbi nemo non videt quod Iacobus Cuiacius in obseruationibus primus affirmavit, erratum esse in illis verbis *rationem facere ut ei duntaxat in solidum acquirat*. Nam si alienus seruus duobus bona fide seruiat, & ex vnus eorum re acquirat ratio sanè facit ut ei duntaxat partem acquirat. Sed quis tamen emendationem illam Cuiacianam probare possit ut pro iis verbis in *solidum* reponamus *partem*. Etsi eam nos ipsi probauimus *lib. 4. cap. 16. cum nihil eo tempore haberemus, quod nobis probabilius videretur*. At si verum amamus nonne multo probabilius est, tollenda verba illa in *solidum* tanquam quæ irreptierint ex glossa imperiti interpretis explicantis dictionem illam *duntaxat*, quæ tamen sola præ se fert satis, non solidum sed partem duntaxat ei acquiri ex cuius solius re per alienum seruum bona fide seruientem acquiritur. Contrario errore in *l. plane. 34. §. si communem de legat. j. scriptum est interim igitur partem habebit is cui in suo testamento legauit cum tamen nihil verius sit quam in ea specie, id est cum quis in pupillari testamento alij eandem rem legauit quam mihi in suo legauerat, totam interim habere me debere, quando non nisi concursu partes inter nos fiant. Sed quis admittat, quod idem Cuiacius docuit pro *partem* legendum esse *totum*? Fuerit sanè verisimilius, ut tolli oporteat dictionem illam *partem* velut irreptitiã, additamque pro interpretatione verbi *habebit*, nisi malis eidem interpreti versiculum illum integrum adscribere *interim igitur partem habebit is cui in suo testamento legauit*. Nam præter id quod ex præcedentibus iis ver-**

bis *concursum* partes nos habere satis constabat quid inferre Vlpianus vellet, interim igitur totum habere me debere cui pater testamento eandem rem legasset, si hoc ipsum adiciere Vlpianus voluisset utique scripsisset conuenienter superioribus, *Interim igitur partem habebit*. Posuerat enim sibi legatam rem à testatore in testamento principali, non alij de quo postmodum in tertia persona loqui debuerit. Mihi que nunc magis aridet coniectura hæc quam quæ à nobis proposita est *lib. 6. cap. 1.* Redeamus ad Modestinum. Sequitur *ita enim in altero utraque substitutio intelligitur si voluntas parentis non refragetur*. Sæpius est, Non solum cum reciproca substitutio facta est, sed etiam cum impuberi soli pater substitutum dedit, ita demum locum esse constitutionibus Marci & Antonini ut in altero casu utraque substitutio contineatur, aut ut in eius persona qui in utrumque euentum habere substitutum potest duplex substitutio facta videatur, si non repugnet voluntas testatoris. Id enim egerunt Imperatores ut testatoris voluntatem non modo adiuuarent, sed etiam supplerent ex eo quod verisimile esset testatorem sensisse. Itaque salua semper est quaestio voluntatis, si quis probare velit noluisse patrem filio substitui in utrumque casum: quomodo noluisse credendus est quoties reciprocam scripsit substitutionem inter liberos in dispari ætate constitutos, aut quorum alter eius sit conditionis ut ei pupillariter substitui non possit. Finge filium esse naturalem, non legitimum, & consequenter qui non sit iniure & potestate patris *d. l. Lucius*. Optimum igitur consilium est, ne qua voluntatis quaestio relinquatur, singulis liberis quorum alter pubes sit, alter impubes separatim eo quo diximus modo substitui, puberi quidem in casum vulgarem, impuberi verò in pupillarem: quo casu dubitatio nulla futura est, quin impuberi in casum quoque vulgarem substitutus pubes esse videatur: quandoquidem in eum casum utriusque pari iure & ratione substitui potuit. Quod cum ita sit, an non prorsus ineptum & ridiculum est quod sequitur, *Vel certe euitanda quaestio gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem siue heres non erit, siue erit & intra pubertatis annos decesserit*. Illa enim præcedentia Modestini verba, *Ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quaestio non relinquatur* apertissime demonstrant nullam superfore voluntatis quaestionem si non vulgari sed pupillari modo impuberi substituat. Nam cum expresso casu pupillari verum sit vulgarem qui expressus non est æquè continere impuberi ac puberi, quamnam, obsecro, dubitatio esse potest post tot Imperatorum constitutiones, an substitutio impuberi facta in casum pupillarem trahatur ad vulgarem? Nam & traheretur etiam si puberi nulla prorsus facta substitutio esset. Quanto magis igitur impubere ipso vulgari puberi substituto? Denique non minus ridiculum consilium illud est, De utroque casu specialiter exprimendo, euitanda quaestio gratia, quam sine qua ex testamento nascatur dubitatio cõsulat testaturo ne testetur. Quid enim certius? Sed & manifestum est id agere Modestinum ut doceat quomodo substitutionis verba concipienda sint cum ex liberis inuicem substitutis alter pubes est alter impubes ut facta in vnum casum duntaxat in utrumque facta intelligatur. Alienum igitur est à proposita quaestione & ab Impp. constitutionibus consilium illud, ut in utrumque casum specialiter pubes impuberi substituat. Quare fatendum est, ni fallor, interpretis esse totam illam clausulam, & quidem

imperiti: Eiusdem fortasse qui corripit legem *Lucius. 45. eod. tit. & l. precibus. 3. C. de impub. & aliis substit. et scripsimus supra cap. 13.* Nam Triboniano adscribenda esse non aulim omnino æstimare: Etsi video fuisse illi quàm maximè familiare specialem voluntatis expressionem iis etiam casibus requirere, in quibus minime necessaria est: aut legitimas voluntatis probationes etiam in aperta voluntate. Cuius rei præclarum testimonium præbet responsum Pauli I. C. in *l. Lucius. 40. De testam. militi*. Nam cum proponeretur Lucium Titium militem notario testamentum notis scribendum dictasse & antequàm literis perscriberetur, vita decessisset: Respondit Paulus valere dictationem, quia militibus quoquo modo velint quoquo modo possint, testamentum facere concessum est. Subicit Tribonianus ingeniosè ut solet *ita tamen ut hoc uia, subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur*. Quid verò Triboniane hoc illud est, quod tantis tamque legitimis probationibus ostendi vis ita esse subsecutum? An præcessisse dictationem? Atqui ex facto id proponebatur cum quaereretur non an scriptura, quod obseruandum est, sed an dictatio valeret. Quomodo enim quaestio locus esse posset ni constaret factam esse? A quo verò factam nisi ab ipso milite? An potius id animo agitalle militem ut ea dictatio notis excepta testamentum eius esset? Nam id priuilegium quod militantibus datum est ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, constat sic intelligi debere, ut utique prius constare oporteat testamentum factum esse *l. Diuus Traianus. 24. eod.* At nec de illo dubitabat, qui Paulum consulabat. Ex facto enim proponebat Lucium Titium militem notario suo testamentum notis scribendum dictasse: Quod si ita erat, quaestio facti nulla relinquebatur an dictationem illam testamenti iure valere voluisset. Est ergo inepta & Triboniani subtilitate planè digna illa adnotatio. Superest ut quod capituli inscriptio pollicetur, explicemus etiam *l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis substitut.* Nam pertinet quoque ad eas constitutiones de quibus hucusque diximus. An & ad reciprocam substitutionem à patre factam inter filium impuberem cui pupillariter substitui potuit, & uxorem testatoris quæ non nisi vulgarem potuit habere substitutum? Ita vulgo putat. Nã cum pater filio & uxore in equas partes institutis ita scripsisset *si mihi Firmianus filius & Aelia uxor mea, quod abominor, heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto*, deinde filius impubes decessisset, is rescripti sensus esse creditur, ut filij portio non ad Aeliam quasi reciproca substituta, sed ad Publium Firmianum pertineat, Ratione illa quòd non possit videri hoc casu Aelio pupillo substituta pupillariter quando nec ipsi Aelia pupillariter substitui impubes potuit. Ex quo inferunt, vulgare substitutionem duabus personis factam quæ sint disparis aut ætatis aut conditionis, in neutra pupillare continere. Quod inferunt verisimum sanè est probaturque clarissimè ex dicta lege iam hoc iure 4. & dicta lege *Lucius. 45. De vulg. & pupill. substitut.* Sed illatio & collectio ipsa erroris plena est. Toties enim quaerendum est, an substitutio facta in casum vulgarem trahatur ad pupillarem, quoties aut in eum casum vulgarem expressim, aut quod effectum idem est, reciproca facta fuit. At in proposita specie & iis verbis quæ tetulimus, neutrum dici potest. Neque enim aut filius uxori, aut uxor filio substituta proponebatur villo modo, ne vulgari quidem: sed utriusque Publius Firmianus in casum vulgarem, si heredes non essent. Non igitur de illo dubitari

poterat, an Ælio filio impuberi pupillariter substituta videretur ex constitutione Diui Marci aut Antonini Pij, cum nec vulgariter esset substituta. Sed de illo duntaxat, An Publius Firmianus ad filij hereditatem tanquam ex pupillari substitutione admitti deberet. Videbatur enim hoc casu inducenda potestas constitutionis, non quidem Antonini Pij cum reciproca substitutio nulla facta proponeretur, sed Diuorum fratrum Marci & Veri, quando negari non posset, quin filio impuberi Firmianus in vulgarem euentum substitutus fuisset. † Sed contra rescriptum est, nihil iuris ex huiusmodi substitutione Firmianum posse sibi vindicare in casum pupillarem: quia quamuis placuerit substitutionem impuberi qui in potestate testatoris fuerit a parente factam ita si heres non erit, porrigi ad eum casum quo postea quam heres extitit impubes decessit si modo non contrariam defuncti voluntatem fuisse probetur, manifestum tamen est substitutionem sicut diximus factam in eum solum casum factam intelligi debere quo vtrique heredem substitui potuit. Atqui Æliae quæ defuncti vxor fuit substitui pupillariter non potuit, sed vulgariter duntaxat. Ergo nec filio pupillariter Firmianum substitutum esse dicendum erit, licet filius impubes fuerit, eique pupillariter substitui potuerit: sed vulgariter tantum si heres ille non fuisset. Itaque sicuti constitutione Seueri & Antonini factum est, vt substitutio reciproca inter filium impuberem & puberem aut quod idem est extraneum facta non contineat casum pupillarem, quia non posset ea interpretatio vtrique conuenire, nec ferendum est vt in vnius persona duplex sit substitutio, in alterius verò, simplex. Ita & cum filio impubere & alio pubere aut extraneo institutus vtrique substituitur verbo illo communi in locum illorum, eadem interpretatio facienda est, eadem iuris & æquitatis ratio, vt nõ videatur testator in persona impuberis duplicem, in persona alterius simplicem fecisse substitutionem. Quid enim refert, an filio impuberi coheres, & coheredi vicissim filius, an alius vtrique substitutus sit? Idque à Modestino tractatum non fuisse miror: Sed quod ille prætermisit, ex hoc loco supplendum erit, ne quid desit ad plenam constitutionis vltimæ, quæ Seueri & Antonini fuit, interpretationem.

CAPVT XX.

Emendatio l. si quis heres. 35. §. 1. l. si solus. 80.

§. item si seruus & l. toties. 81. ff.

de acq. her.

SVM MARIA.

- 1 Species d. l. si heres. 35.
- 2 Eius legis sententia obstare videri Paulum in §. item si seruus. l. si solus 80 eod. tit.
- 3 Harum legum concuatio à Cuiacio tradita examinatur.
- 4 Ratio sententia Pauli in d. §. si seruus.
- 5 Institutionem condicionalem in d. §. si seruus, non esse appendicem puræ institutionis.
- 6 Estiofamilias vel seruo ex parte puræ, ex parte conditionaliter instituto vnam aditionem non sufficere.
- 7 Patre, ex parte conditionaliter, filio purè ex altera parte institutus, filium puræ, iussu ex pura institutione aduentem patri quoque eam portionem acquirere quæ sub conditione fuerat delata.
- 8 Nec interesse an propter conditionis defectum, an verò propter repudiationem patris portio defecerit.
- 9 Vna superiorum legum prima, si quis pugnans in po-

ciliatio, & inter vtriusque speciem distinctio.

10 Parum in d. l. si quis heres, interesse an iuri adre-

scendi, an verò substitutionis locus sit.

11 Cur in d. §. item si seruus l. si solus post aditam ex pura institutione hereditatis partem ius adirendi locum habere non possit quando pars altera conditionaliter posteriore loco delata adiri potest?

12 Nihil in illa specie interesse coheredem habuerit nec ne seruus ex parte purè, ex parte sub conditione institutus.

13 Mendosam esse l. toties 81. ff. de acq. hered.

24 Quando is qui ex institutione adiit ex substitutione nondum delata adisse censetur?

15 Emendantur in d. l. toties. verba illa, nam si mortuus esset, non transferret substitutionem.

16 Repetitur emendatio §. 1. l. generali. 32. ff. de vtr. legat.

SI † quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus antequam ex causa substitutionis ei defertur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, inquit Vlpianus in l. si quis heres. 35. ff. de acq. her. Quoniam quoque ei adrestit portio, item admittit et si filiusfamilias vel seruus iussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus vel manumissus ex causa substitutionis adeant. Erunt namque heredes pater aut dominus. Sunt enim huiusmodi substitutiones appendices præcedentis institutionis: Cum etiam si substitutio nulla esset, ea tamen ipsa portio quæ ex substitutione defertur ei quoque adrestit qui priorem ex institutione habuisset: idque ex eo apparet etiam apertius quod quæ ex substitutione si sola esset non nisi volenti acquireretur, adrestit tamen inuito, vt intelligamus non tam proprio substitutionis quam adrestitendi iure fieri eam acquisitionem, ius autem adrestitendi certum est appendicem esse præcedentis institutionis quando nec aliam causam habet, quam quod is cui adrestit portio deficiens suam habeat iam acquisitam ex institutione. † Obstare tamen huic sententiæ videtur quod Paulus scribit in l. si solus. 80. §. item si seruus eod. tit. Si seruus meus ex parte heres institutus sit purè, ex parte sub conditione data scilicet coherede & iussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis extiterit, Verius est, inquit, nõ esse mihi acquisitã illã portionem, sed ipsũ comitari. Omnia enim paria permanere debere in id tempus quo alterius portionis condicio extet vt acquiratur ei cui prior portio acquisita est. † Conciliationis ineunda ratione quæ interpretibus vulgaribus difficilis nec immeritò visa est, Iacobus Cuiacius sumit ex illis verbis dato scilicet coherede. Quasi adiectio coheredis efficiat ne institutio illa conditionalis ex qua pars hereditatis posteriore loco defertur, appendix videri debeat præcedentis institutionis, siquidem impedit ne domino qui partem hereditatis iam habet ex pura institutione pars alia deficiens adrestitat soli: Nam & coheredi adrestit, vtrique pro hereditariis portionibus. † Sed me vt contra sententiam illud mouet, quod non hanc sententiæ suæ rationem Paulus reddit, aut longè aliam & planè diuersam, Quod omnia paria permanere debeant in id tempus quo alterius portionis condicio extet vt acquiratur ei cui prior portio acquisita est: quæ ratio non minùs locum habet in eadem casu quo coheres datus est, quam si datus non esset. Et sanè cum noua aditione opus sit ad eam portionem acquirendam post existentem conditionem, non solum si filius eo tempore emancipatus aut seruus manumissus reperitur, sed etiam si remanserint in po-

in potestate, vt Paulus ipse subiicit, Prorsus confens quens est vtriusque cum noua illa aditio sit reperitur sui iuris filius aut seruus qui sub conditione ex illa parte institutus fuit, eam sibi ille acquirat non patri aut domino. Quomodo enim acquireret aut patri aut domino nullo iussu præcedente? Aut quomodo iuberet pater vel dominus hereditatem pro illa parte adire eo, quem amplius in potestate non haberet? † Non igitur dici potest institutionem hanc conditionalem appendicem esse puræ institutionis, cum si ita esset aditio vna sufficeret ad vtramque portionem acquirendam, vt contingit in specie d. l. si quis heres. Etsi enim cum liber homo & sui iuris, ex parte purè, ex parte sub conditione substitutus est, si hereditatem semel adierit ex pura institutione, non cogitur iterum adire ex conditionalis, Quin etsi fuerit substitutus & omnia institutione adierit ex substitutione, placet aditionem illam sufficere, vt ea quoque portio quæ ex institutione omisa fuerat, etiam inuito acquiratur. † Tamen cum filiusfamilias aut seruus institutus est, aditio vna sufficere non potest, quia quod dicimus semel tantum adendum esse ad eum casum pertinet quo nobis per nosmetipsos non per alios acquiratur. † Planè si ponas patrem ex parte institutum sub conditione, filium verò ex alia parte purè, sufficere quod filius iussu patris adierit ex pura institutione, vt patri ea quoque portio acquiratur, quæ sub conditione fuerat delata, licet condicio defecerit d. l. si quis heres §. 1. vbi manifestum est meo iudicio abundare negationem in illis verbis non quæ fuisse suam portionem. † Nam etsi pater suam illam portionem ex qua fuerat institutus postquam delata sibi esset repudiasset, nihilominus ei nunc adrestit etiam inuito. Cui enim alij acquireretur nemine substituto? at ne quidem villo coherede dato? Sed etsi coheres datus esset, non idcirco tamen soli coheredi adrestit portio quam pater repudiasset, cum nihilominus partem habeat pater sibi per filium acquisitam: portio autem quæ deficit non personæ adrestit, sed portioni l. si totam 83. eod. tit. l. si Titio 33. §. 1. de usufruct. ac proinde cuiuslibet portionem habenti. Quid verò interest an propter conditionis defectum defecerit partis portio, an propter repudiationem? † Alia igitur ratio quærenda est conciliandi Pauli cum Vlpiano. Mihi videtur multum interesse, an post aditam ex pura institutione partem hereditatis alia portio ex substitutione defertur, vt apud Vlpianum. Quanquam enim substitutio quoque ipsa quædam veluti conditionalis institutio est, in eo tamen differt ab ea institutione de qua tractamus, quod secunda non prima institutio est, indeque fit vt facilius dici possit appendix, & sequela præcedentis institutionis, quam institutio illa quæ sit in eodem gradu, ac æquè, principalis, atque illa ex qua prior aditio facta est. † Neque enim prius defertur portio ex substitutione, quam ex institutione defecerit: postea verò quam defecit, iam cæpit portio in eo esse vt ei qui aliam haberet inuito quoque adrestitere deberet ipso iure, nisi potestas legis in iure adrestitendi inducendo suspenderetur per substitutionem, cuius causa vtique prior, & potior est, quia nititur expressa testatoris voluntate l. vnic. §. his ita diffinitis C. de cadul. tol. Proinde quod ad effectum attinet, parum interest an iuri adrestitendi locus sit, an substitutioni, quæ sit loco & vice iuris adrestitendi. Nam vt eleganter ait Cuiacius, Accretio hæc ferè potius quam substitutio dicenda est, aut si maus accretio per modum, vt ita dicam substitutionis. Est enim acquisitio portionis deficiens: in quo demum portionis solo genere lo-

cus esse potest iuri adrestitendi, † At cum post aditam ex pura institutione partem hereditatis, alia pars ex institutione conditionalis defertur existente conditione, non potest ius adrestitendi locum habere quoadiu ea pars posteriore loco delata in eo est vt adiri possit. Non enim deficit, sed competit per delationem, quousque aut repudiatione, aut tempore, aut qua alia ratione exclusa sit heres institutus a iure adrestitendi. Itaque subsecuta aditione nihil causæ est: cur acquiri debeat illa portio ei cui prior iam quæsitã fuit: si is ipse qui adit, talis eo tempore sit vt eam sibi possit acquirere. Nam etsi duo eiusdem patris filij ex semilibus purè instituti essent, non sufficeret quod alter iussu patris adiasset ad acquirendam patri totam hereditatem, sed alterum quoque adire necesse esset d. l. si quis heres. §. vlt. † Itaque nihil omnino interest in ea specie de qua tractamus an coheredem necne habuerit seruus ex parte purè, ex parte sub conditione institutus. Quod cum ita sit, quis non fateatur verba illa, dato scilicet coherede imperiti esse interpretis, existimantis non aliam excogitari posse rationem Vlpiani cum Paulo conciliandi? † Hinc verò animum sumo emendandæ etiam legis Toties 81. eod. tit. vbi scriptum est, toties eum, qui ex institutione adiit, ex substitutione quoque adisse intelligi quoties sibi acquirere possit. Nam si mortuus esset, inquit lex, non transferret ad heredem substitutionem. Hæc enim ratio quomodo conueniat, aut quid cum dicto commune habeat, explicari meo iudicio nullo modo potest. Quinimò si nihil aliud consideres quam quod substitutio ad heredem non transmittitur nec si iam competat l. si ex pluribus 9. ff. de suis & legitim. inferendum potius erit, eum qui ex institutione adierit, non videri adisse ex substitutione, tamen si iam ex substitutione delata sit hereditas. † Cum tamen ex contrario verum sit, illo etiam casu quo substitutio nondum defertur, aditam videri hereditatem ex ipsa quoque substitutione quæ re vera non nisi ex institutione adita fuit: Nimirum si is qui adiit possit sibi acquirere, id est si portio quæ ex substitutione est deferenda aut iam delata, non alij vlli acquiri possit, eique inuito adrestit vt in specie d. l. si quis heres in princ. Nam si fingeres datum ei coheredem qui ex parte sua adierit, ac proinde per quæ fiat, ne huic qui ex institutione adiit possit soli acquiri portio postea deficiens alterius coheredis, dicendum esset non videri non aditam ex substitutione hereditatem, quia adiectio coheredis aduentis impedit ne substitutio huiusmodi possit censerì vice iuris adrestitendi, quando quidem alius effectus futurus est iuris adrestitendi, alius substitutionis. Ex substitutione tota portio deficiens acquireretur soli substituto, quæ citra substitutionem etiam coheredi pro hereditaria portione adrestitere. Itaque si ante factam ex substitutione aditionem moriatur is qui iam adierat ex institutione, non transmittet substitutionem ad heredem, ne fiat iniuria coheredi, qui eius portionis in qua substitutio facta est partem habere debet adrestitendi iure: sed transmittet tantum eam partem, quæ etiam si substitutio nulla facta esset, inuito ei erat accessura per accretionem. † Legendum igitur est, nisi non si mortuus ad heredem non transferret substitutionem. Vt sensus sit, Ita demum videri eum qui ex institutione adiit, adisse quoque ex substitutione, si portio quæ acquirenda supererat ex substitutione transmitti possit ad heredem, nimirum adrestitendi potius quam substitutionis iure, id est si ius substitutionis ita coniunctum & vnitum sit cum iure adrestitendi, vt non plus utilitatis

& commodi adferre possit, quod ipsum non aliter contingit, quam si coheres nullus superfit qui in iure adcrefcendi partem facere possit. Cui erit consequens ut si idem ille coheres etiam substitutus fuit ex æquis cum eo qui adiit, portionibus, vnica aditio sufficere debeat, etiam quod ad causam substitutionis, quia & mortuus hic qui ex institutione adiit transferret substitutionem ad heredem, Vt pote cum non ex eo deterior fieret condicio alterius coheredis qui & ipse substitutus esset, & quidem ex æquis, ut dixi portionibus. Alioqui si hic qui post aditionem partis decessit ante delatam aut acquisitam substitutionem, ex maiore parte substitutus proponeretur, idem iuris constituendum esset quod constitueretur si solus es-

set substitutus, id est aditio vna non sufficeret, quia nec ad heredem transmitti substitutio posset. Facile autem error nasci potuit ex corruptione & mutatione literæ o in a cum scriptum esset, non si mortuus. Cum enim sic loqui cœpisset, nam si mortuus, subinde visum est necesse adici dictionem esset ad sententiam perficiendam. † Eadem nos felicitate contrarium errorem emendauimus in l. generali 32. §. 1. De usufruct. legat. vbi legendum esse in Claudij nota nam crediti noti ut vulgo non crediti probauimus libr. 1. capit. 11. tam aperte ut nihil vnquam à nobis verius, & elegantius, si quis tamen vnquam elegantius obseruatum esse. videatur.

ORNATISS. ET CHARISS.
VIROM ANTONIO SIVORIO GEN-
VENSIS IN TAVRINENSI ACADEMIA PON-
tificij iuris Professori celeberrimo.

ANTONIUS FABER S. P. D.



E N hic tibi, ornatissime Siuori, Coniecturarum mearum liber iam decimus sextus: Pene scripsi post-emus. Sed neque postremum ei dicere debeo, qui non vltimum inter antiquiores & priores amicos locum teneat, neque tot iuris studiosorum spem fallere, qui de scriptis nostris, ut audio, melius sanè quàm par esset sentientes, nisi fortassis hoc ipso male (quod nimis bene) quasi chirographum nostrum habeant, etiam vicesimum à nobis & expeunt & expectant. Esi cum hanc primum scribendi rationem adgredebamur, nihil minùs quàm de hoc vel illo librorum numero cogitabamus. Adeo preter opinionem nostram accidit, ut in tanta scribentium copia nonnullam siue ingenij siue diligentia potiùs laudem assecuti esse videamur. Et verò quis obsecro Coniecturarum nostrarum finis futurus esset si omnia quæ ab interpretibus nostris aut ignorata aut minùs feliciter explicata fuisse credimus, in hos libros conicere velimus? Occurrunt quotidie innumera eiusmodi in ipsa forensi exercitatione, tanto certè digniora quæ & obseruentur & corrigantur, quanto longè periculosius maioreque totius reipubl. malo, in tribunalibus quam in scholis sub auctoritate iuris scientie passim erratur. Sed illa commodius visum est conferre in eas Decades quas de erroribus pragmaticorum scribere cœpimus, ut non minùs istorum inscitia quàm eruditorum industria consulamus. Quam in rem disputationum forensium libros aliquot iam pridem meditabamur, quorum primus sequentium index futurus breui, ut spero, in lucem prodidit: Sed ornatiore, ut mihi quidem videtur, apparatu quàm ut tot ineptis prostigandis ea scribendi ratio accommodata videri possit. Itaque rudiore stylo, & simpliciore agendum fuit, ne ostentandi ingenij gratia magis quam bona mente pragmaticorum infantiam erudire velle crederemur. Interim verò dum relegendis, augendisque Decadibus ocium quæro, feci etiam quantum in me fuit, ut posteriores has Coniecturas ex ijs conflarem questionibus, quæ non minùs in praxi quàm in scholis & frequentiores sunt & nobiliores. Quales sanè eas esse non negabis quas hoc potissimum libro à nobis tractari contingit De ineunda rei debite æstimatione, ac De in litem iurando. De quibus multa inter nos aliàs disputata esse memini, cum sub auspicijs clariss. viri Io. Antonij Manutij Doctoris nostri, vicesimo fere ab hinc anno Papinianeam Academiam te vno maximè Duce ac Principe institutam quotidianis disceptationibus coletemus. Cui ergo dicanda hæc fuerunt, potius quàm tibi, qui veram iuris vtriusque scientiam pro dignitate, miraque & subtilitate & arte tractare solitus, nihil vnquam optatius habuisti, quàm ut istas & pragmaticorum & imperitorum interpretum nugas tibi non minus cognitæ quàm inuisas tandem aliquando explosas audiremus: Atq. vtinam placeret tibi conferre in eam rem quicquid vberissimi ingenij tui fecunditas suppeditare posset. Vtinam idem caterorum tui similibus animus, idem studium esset, quos schola Manutiana velut alter equus Troianus tam multos tamque strenuos edidit ad pugnam hanc, si modo vellent, capeffendam. Victoriæ sanè breui, ni fallor, partem exploratamque haberemus, quam tamen si me vnum in hanc curam incumbere finitis sperare quis vnquam possit? Digna planè res est, mi Siuori, quam

quam tu non cogitatione solum amplectare, sed totis etiam & animi & ingenij viribus enixissime exequare. Habebis me assiduum fidumque tam præclari conatus tui socium, fortassis etiam si quid ex me tenuitate ad copias tuas accedere poterit adiutorem, certè perpetuum suasorem, ac ni persuaderi voles, etiam molestum, sed tamen beneuolum, ut vides, obiurgatorem. Bene vale & me ama. Dat. Camber. 7. Cal. Iun. 1597.



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS ET IN
GEBENNENSIS DVCATVS AV-
ditorio Præfidis,
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber decimus sextus.

CAPVT I.

Differre iudicia bonæ fidei & stricti iuris, cum quæritur de ineunda rei debite æstimatione.

SVMARIA.

- 1 Difficultas huius disputationis, cuius temporis ratio habenda sit, quum de ineunda rei debite æstimatione siue ex stricto, siue ex bonæ fidei iudicio agitur.
- 2 Sex vel septem opiniones Interpretum super hac questione à Bartolo referri.
- 3 Bartolum non nisi cum de re per iusurandum in litem æstimanda agitur inter stricta & bonæ fidei iudicia distinguere.
- 4 Extra eum casum in omnibus iudicijs tempus moræ eiusdem sententia inspiciendum esse.
- 5 Ab eo tempore æstimacionem in singula momenta crescere, etiam si post quadrimestre iudicatio faciendæ datum nouam moram debitor condemnatus contraxerit.
- 6 Eam interdum æstimacionem deberi quæ tunc fuit quum contractum est.
- 7 Probatur ex l. 3. §. in hac. ff. commo. in ineunda rei debite æstimatione differentiam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia constituendam esse.
- 8 Bartoli ad eam legem responsio & ratio cur in d. §. in hac, bonæ fidei iudicia à strictis differant.
- 9 Reijcitur definitio ab eodem constituta inter iusurandum affectionis & veritatis.
- 10 Iuranti in litem in b. f. iudicijs ex æquitate ipsius iudicijs, in strictis verò ex necessitate indulgeri.
- 11 Cur re debita post moram & ante litem contestatam precepta præsens eius rei æstimatio præstanda sit ac si res illa adhuc superesset?
- 12 Refutatur sententia Bartoli existimantis in strictis iudicijs in litem iurari de æstimatione quæ fuit tempore moræ.
- 13 Iusurandum illud necessitatis potius quàm veritatis dicendum esse.
- 14 Non sicut interdum in b. f. iudicijs salua iudicis taxatione, ita & in strictis in immensum iurare permitti.
- 15 An in l. 3. de in lit. iur. de iure iurando veritatis ad præterius temporis æstimacionem referendo tractetur?
- 16 Adiectionem dici vel loci facere ut ratione pecunie id quod interest præstandum & actoris iure iurando æstimandum sit.
- 17 Actori eo casu permitti ex affectione & supra quàm reuera interest iurare.
- 18 Cur in d. l. Nipianus æstimacionem factam per iusurandum in litem ad præteritum tempus referat?
- 19 Refellitur alia Bartoli opinio tradentis iusurandum affectionis nunquam deferri nisi propter dolum commissum in non parendo iudici præcipienti rem restitui.
- 20 Cur in arbitrarijs actionibus iussum restituendi præcedere necesse sit?
- 21 In bonæ fidei iudicijs vniam condemnationem sufficere.
- 22 Iure iurando in litem non rem quanti est, sed debitoris contumaciam ultra rei pretium æstimari.
- 23 Multum referre an quod interest agentis solum æstimetur, an verò dolus aut contumacia non exhibentis aut non restituentis puniatur.
- 24 Frustra quæri cuius temporis ratio habenda sit in re debita per iusurandum in litem æstimanda.
- 25 Vera interpretatio d. §. in hac. l. 3. ff. commod.
- 26 Casus quo aduersus debitorem in mora constitutum in litem iurari non potest.
- 27 In strictis iudicijs non tempus moræ, sed litis contestata spectandum esse quum de rei percepta æstimatione agitur.
- 28 An si in specie d. l. 3. de in lit. iur. nummi crediti fuisse, iusurandum in litem creditori deferendum esset?
- 29 Bonæ fidei iudicia à strictis differre, quum de rei debite æstimatione aliter etiam quàm per iusurandum ineunda quæritur.

S I qua in toto iure ciuili obscura quæstio est, & digna cui lucem aliquam adferamus hæc vna sanè est de qua nunc dicere instituumus, cuius temporis ratio habenda sit, cum quæritur de ineunda rei debite æstimatione siue ex bonæ fidei iudicio siue ex stricto agatur. Non enim

reperio ex interpretibus aut veteribus aut recentioribus qui in hac disputatione mihi satisfaciunt: Ego an aliis satisfactorum sum, nec possum, nec aulim affirmare. Mihi certe ante hunc diem non satisfeci, hodie satisfacio. ¶ Vetustiorum interpretum opiniones sex aut septem refert Bartolus post Accursium ad *l. pen. D. de cond. tritic. & ad l. 3. §. in hac. D. commodat.* omnes non modò inter se discrepantes pugnantisque, sed etiam addeò improbabilis, & à prudentum verbis sensuque alienas, ut neque dignè videri possint quæ referri debeant aut refelli. Itaque Bartoli qui singulas ex ordine & recensuit & refutavit opera in eam rem uti malumus, quàm nostra: nisi quod in ipsius quoque Bartoli referenda refutandaque sententia, & nostra proponenda de aliis etiam aliquid dicendum erit, ut facile intelligere quiuis possit, cur à nobis non probentur. ¶ Bartoli ergo sententia est, quam posteriores omnes vulgares interpretes secutos video. Nullam hac parte differentiam esse inter iudicia bonæ fidei, & ea quæ stricti iuris appellamus, nisi cum agitur de re per iusiurandum in litem æstimanda. Eo namque casu æstimari rem iureiurando actoris inspecto tempore iudicati si bonæ fidei iudicium proponatur, inspecto autem tempore litis contestatæ aut moræ præcedentis, si qua mora præcesserit contestationem cum iudicium stricti iuris est. ¶ Si verò aliter quàm per actoris iusiurandum res æstimetur, inspiciendum esse tam in bonæ fidei iudiciis quàm in strictis tempus moræ, siue mora illa per contestationem contracta sit, siue per lapsum diei positæ in obligatione, siue per interpellationem, ut vocant extrajudicalem, siue denique re ipsa, ut puta emptore cui tradita est res vendita cessante in pretij solutione si modò res eo tempore quo mora contracta est pluris fuerit. ¶ Nam si tùm minoris fuit, crescere in singula momenta æstimationem ab eo die quo mora contracta est in diem vsque condemnationis si non medio tempore mora purgata sit, quæ nec postea rursus fu erit contracta. Sed & post condemnationem crescere, siue à sententia quæ condemnationem irrogauit, perperam & sine causa provocatum sit, siue post quadrimestre quod iudicato faciendum datur, nouam moram contraxerit debitor iam condemnatus. Totius tamen illius quadrimestris inducias, etiam cum mora præcesserit condemnationem, immunes esse à periculo augendæ æstimationis, ut quamuis interea creuerit, non ideo tamen maior debeat. Eamque volunt nostri esse interpretationem *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. pen. & ult. De cond. tritic. l. 3. §. ult. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem. D. de action. empt. l. hominem 37. D. mandat. l. quoties 59. De verb. obligat.* ¶ Interdum tamen spectari præcisè tempus quo contractum est, eamque æstimationem deberi, quæ tum fuerit. Nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa in obligatione sit, obligatio autem ipsò contractus tempore oriatur, ut cum stipulatus fundum Cornelianum postea stipulator *quanti fundus ille est l. fundum 28. D. de nonat.* Nam si obligatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, eius temporis habendam esse rationem quo incipiet oriri, sicut euenit cum quis alterius mandato dari hominem fideiussit & soluit *d. l. hominem 37. D. mand.* Ab eo enim duntaxat die quo soluit nascitur obligatio, & ius petendæ æstimationis. ¶ Ac quoniam huic nostrorum traditioni quæ nullam agnoscat differentiam inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, repugnat apertissimè Vlpianus in *d. l. 3. §. in hac. D. commodat.* ubi ait in actione commodati sicut & in cæteris bonæ fidei actionibus æstimari quanti res sit inspecto tempore rei iudi-

candæ, in strictis verò spectari tempus litis contestatæ. ¶ Respondet Bartolus cum suis sequacibus, tractari eo loco de re dubia per iusiurandum in litem æstimanda, Quo casu fatetur differre ut iam dictum est; iudicia bonæ fidei à strictis: Differentiæ verò rationem hanc adfert, quod iusiurandum in litem in actionibus bonæ fidei sit adfectionis, nasciturque ex dolo per reum admissò in iudicati executione, cum reus condemnatus ad rem tradendam non vult parere, non autem ex mora ante sententiam commissa. In strictis verò contra, nascitur, inquit, ex dolo commisso ante sententiam quandomcumque, imò verò ex sola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potius impossibilitate probationis *l. in actionibus, in princip. & vers. plane. D. de in lit. iur.* Mora autem si non semper ante contestationem, tùm saltem contrahitur cum contestatio fit ob idque putat Bartolus litis contestatæ, non moræ tempus ab Vlpiano expressum esse: Ex quibus locis tractant Iureconsulti de iureiurando adfectionis, præsens tempus semper eos demonstrare his verbis, *quanti res est ut d. §. in hac d. l. in actionibus l. arburio 18. §. i. ff. de dolo l. qui restituere 63. ff. de rei vind.* Tempus verò præteritum, *quanti res fuit*, quoties tractant de iureiurando in litem in iudicio stricti iuris, *l. numis 3. ff. de in lit. iur.* quod iusiurandum veritatis Bartolus perpetuò appellat. Mihi tota hæc Bartoli traditio non plura verba continere videtur quàm errata, si eam distinctionem partis tollas, quæ est de æstimatione ipsa in obligationem deducta præsentis tempore demonstrato, ut in *d. l. fundum 28. de noua.* qui casus in tam apertis verbis stipulationis nullam prorsus recipit dubitationem. ¶ Illud verò primum nobis refellendum est quod Bartolus somniat de duplici illo iureiurando adfectionis & veritatis. Fuit enim ea distinctio prorsus incognita prudentibus, nec fieri potest, ut vnquam iuretur in litem quin iurantis adfectioni indulgeatur. ¶ Differentia tantùm illa est hac parte inter iudicia bonæ fidei & stricta, quod in illis indulgemus iuranti ex æquitate ipsius iudicij, quandoquidem bona fides non patitur, ut dominus qui ex dolo & contumacia alterius re sua carere cogitur, eam iusto precio vendere compellatur *l. l. si tutor 8. ff. de in lit. iur. l. non enim 7. cum §. ult. l. preced. ff. rer. amort.* In his verò indulgemus ex necessitate, & vno tantùm casu, Eo scilicet quo res quæ ex contractu stricto debebatur perempta est post moram nondum tamen contestata lite. Cum enim nihilominus res adhuc debeatur, quia effectus moræ præcipuus ille est ut obligationem perpetuet, *l. si ex legat. 23. l. si seruum 91. §. ult. de verb. obligat.* nec tamen res ipsa quæ extare desit præstari amplius possit, necesse est ut ad æstimationem faciendam, præstandamque recurratur. *l. promissor Stichus 21. l. promissor hominis 23. de constit. pecun.* fieri autem non potest, ut sine delatione iusiurandi iudex æstimet rem quæ non extat, ut Marcianus scribit in *d. l. actionibus in fin.* ¶ Hoc verò cur ita? Nisi quia sicut homo debitus post moram mortuus, adhuc debetur, ita præsens eius æstimatio præstanda est nec secus ac si hodie viueret, neque tamen ex qua alia causa præstari posset, secuta iam condemnatione, quia quod præstari iam non potest aut in condemnationem deduci, accidit factò & culpa debitoris qui in eo tradendo moram contraxit. Suam autem ei moram prodesse æquum non est: quomodo prodesset haud dubiè, si liberaretur ille dando æstimationem quæ antea fuisset, cum si homo adhuc viueret, is ipse non præterita eius æstimatio dari deberet. Et verò si non præsens ipsa æstimatio deberetur, ridicula

ridicula esset adeoque falsa Marciani ratio illa, quia iudex æstimare, sine delatione iusiurandi non potest rem quæ non extat, nec erat cur ideo induceretur contra receptas iuris regulas ut defuncto post moram promissoris homine ex stipulatu debito in litem iuraretur. Quid enim facilius, quàm eas quoque res extare desierunt æstimare inspecto eo tempore quo fuerunt, adeoque quo extare desierunt si modò paullo latius id accipiatur, & *in d. l. 3. §. in hac. D. commodat.* ¶ Itaque egregius ille & insignis Bartoli error est quod in iudiciis strictis vult iurari in litem de æstimatione quæ fuit tempore moræ: Ineptam de æstimatione quam subiicit, *quod tale iuramentum præstetur ob dolum commissum tempore moræ.* Nam ut taceam fieri plerumque ut mora contrahatur sine dolo, adeoque licet difficilius, sine culpa, quo tamen casu non minus iuratur in litem, quàm si dolo interuenisset, non posset mora, ac ne quidem dolo inducere iusiurandum si iurandi necessitas nulla subesset. Iurandi porro necessitas ex eo solo proficiscitur, quod perempta post moram re debita præsens eius æstimatio debetur, quoniam ipsa res adhuc deberi intelligitur: Quam verò æstimatio illa sit aliter quàm per actoris iusiurandum sciri nullo modo potest, quia rei non existentis nulla re vera æstimatio est nisi extare desierit post litem contestatam. Tunc enim æstimari commode potest citra iusiurandum, inspecto scilicet tempore litis contestatæ quod æquè inspiciendum esset etiam si hodie res extaret, ut in sequentibus dicemus. ¶ Cui consequens est ut iusiurandum hoc non possit dici veritatis, quia cum nesciri possit quanti res nunc sit, quæ sic perempta est ut tamen adhuc extare credatur, fieri etiam nequit ut præstato iureiurando sciatur an ex veritate an ex adfectione actoris iurauerit. Debet igitur iusiurandum hoc dici *necessitatis* potius quam *veritatis*. ¶ Illud sanè libenter fateor, non sicut in bonæ fidei iudiciis interdum permittitur iurare in infinitum salua iudicis taxatione si in immensum iuratum sit *l. vide amicus 4. §. iurare eo. ita in stricti iuris actionibus æquè facile permittendum actori ut in infinitum iuret.* Nam cum in his non tam iuretur ob id quod iurari æquum sit aut iuris rationi consentaneum, quàm quia nihil sit quod melius dici possit, quodque rei necessitas eò adigat iudicem vel inuitum, obseruare sanè iudex debet ne cum actore tam liberaliter agat, quàm si is bonæ fidei iudicio ad rem suam repetendam experiretur. ¶ Id verò ferre nullo modo possum, quod idem Bartolus putat in *l. 3. de in lit. iuran.* tractari de suo illo iureiurando veritatis ad æstimationem præteriti temporis referendo: Tractat enim ibi Vlpianus de numis depositis, ac proinde ex eo bonæ fidei iudicio debitis, ex quo in litem iurari solet si aliud nihil obstat *l. 1. §. in depositi & l. 5. ff. de posu.* Et ait non ob id quod numi depositi sint permittendum esse ei qui deposuit ut iuret quanti sua intersit, si non reddantur, quia, inquit, numerorum certa est æstimatio, non sicut cæterarum rerum incerta, & pro hominum arbitrio constituenda, nec proinde quicquam cause est cur ad numos æstimandos iurari in litem oporteat, nisi forte de eo quis iuret quæ sua intersit numos sibi sua die reddidos esse. ¶ Adiectio enim diei vel loci facit, ut etiam ratione pecuniæ præstandum sit id quod interest, quod alioqui ne in infinitum facile excurreret nunquam præstaretur. Non enim potest in infinitum excurrere quod ex loci vel temporis adiectione certum modum habet. Hoc ipsum verò quantum ratione loci aut temporis intersit, iureiurando actoris non minus æstimandum est quàm si de merce aut specie

æstimanda ageretur, cum bonæ fidei iudicium exercetur, & proprii actoris numi repetuntur, quia petinde agitur de fidei supra, nec ratio vlla est propter quam mitius agi debeat cum depositario numerorum fidem rumpente, quàm si qua merx aut species deposita fuisset. ¶ Cur non igitur ei permittetur ut ex adfectione iuret etiam supra quàm reuera intersit? Nam si dicas non posse locum esse adfectioni propterea quod certa sit numerorum æstimatio, æquè dicam, facile fieri posse iustum speciei aut mercis precium, neque tamen eo minus iurari in litem propterea quod intersit actoris rem suam habere. Eoque casu non tam rem pluris æstimari quàm contumaciam eius qui aliquam rem retinet inuito domino *d. l. 1. de in lit. iur.* Sic igitur & in numis dicendum est, quod certa eorum æstimatio est, facere quidem, ut non debeat licere actori iurare quandiu nihil eius interest, id est quandiu nihil petere potest nisi corpora ipsa numerorum, quia nihil prorsus interest an ea ipsa corpora quæ deposuit an alia dummodo eius generis & bonitatis & consequatur. Sed ex quo incipit interesse quod euenit adiecto tempore vel loco propter dolum depositarij qui nec nisi de dolo conueniri potest, non tam de corporibus numerorum depositis agitur quàm de omni eo quod interest agentis, in quo & corpora ipsa continentur. Proinde non inspiciamus quanti re vera ipsius intersit, sed quanti sua interesse iuret, alioqui dolo & contumacia non puniretur, de cuius tamen pœna tum maxime agitur cum iuratur in litem, ex bonæ fidei contractu. ¶ Idcirco autem Vlpianus in *d. l. 3.* refert ad tempus præteritum eam æstimationem quæ fit per iusiurandum in litem, quod tractat de æstimando eo quod interest ratione temporis adiecti, & consequenter ad id tempus quo reddi res debuit, necessariè referendo, non quod sola dici adiectio faciat ut eius temporis quod adiectum est præcisam æstimationem spectari oporteat (præsens enim æstimatio quæ maior esset spectari deberet, si de merce aut specie æstimanda quæreretur, ut dicemus in sequentibus) sed quoniam sicuti pecuniæ nomine nunquam præstatur id quod interest nisi cum certus locus aut dies adiectus fuit, ita non plus eo nomine deberi potest, quàm temporis aut loci adiecti ratio patiatur, quod in æstimanda merce vel specie debita, licet certo die soluenda diuersum esset. Nam quod hodie pluris interest, eius qui numos deposuit ad certam diem reddendos, quantum interfuerit cum dies venit, non tam ex eo proficiscitur quod numi sua die redditi non sint, quàm quia hoc ipsum quod interfuit redditos esse, tardius exsolutum sit: itaque dicenda ea esset accessio accessio, potius quàm rei debita æstimatio. ¶ Sed & in eo nimis euidenter errat Bartolus, quod ait iusiurandum adfectionis numquam deterreri nisi propter dolum commissum in non parendo iudici præcipienti rem restitui: id enim verè quidem dicitur in actionibus arbitrariis in quibus duplicem quodammodo sententiam ferri necesse est, vnam de re restituenda, alteram de præstando eo quod interest arbitrio iudicis nisi restitutio fiat *§. præterea. Insti. de action.* sed non similiter in actionibus bonæ fidei ex contractu competentibus ex quibus vna tantùm condemnatio fit ex bona fide, rectaque condemnatur reus quanti actor in litem iurauerit, si rem actoris reddere dolo malo recuset. ¶ Nam in arbitrariis iustum restituendi ideo præcedere necesse est ut aliquid sit quod possit inducere arbitrium iudicis, id est arbitrariam condemnationem, quoniam in iis nulla præcedit obligatio, nec aliud quicquam quod obligationis vice sit ex quo

vt Bartolus quoque bene vidit, & contra Irnerium disputavit, non nisi de specie debita intelligi potest, quia quantitas commodari nequit, vt quantitas d. l. 3. §. vlt. cum l. seq. Non potest autem differentia quæ ibi traditur inter iudicia bonæ fidei & stricta locum habere, nisi æquæ ad speciem debitam referatur, id quod Vlpianus ait in iudiciis strictis spectari tempus litis contestatæ. Idem etiam constat ex d. l. vlt. de cond. tritic. quæ cum vult similiter in conditione triticaria si dies adiecta non sit inspicere contestationem, licet de vino, oleo & frumento loquatur, subiicit tamen de cæteris rebus idem esse: quæ verba tam generalia qui restringere volunt ad cæteras res similes, id est quæ mercis appellatione continentur, vt species excludant, faciunt proculdubio vim legi, & iniuriam iuris rationi, quæ certè non patitur vt species à mercibus hac parte separentur. Itaque Iacobus Cuiacius cum aliquando distinctionem illam mercium & specierum probasset tract. 3. ad Africanum ad l. mercis. 207. de verb. sign. eam postea improbauit in interpretatione l. hominem 37. D. mand. vbi melius sibi visus est totam rem hanc videre, nec tamen vidit meo iudicio aut explicauit feliciter. Differentiam enim quam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia ab ipsis prudentibus constitutam agnoscendam esse fatetur, sic agnoscit vt tamen effectui ipso nulla prorsus esse videatur. Distinguit enim an mora aliqua condemnationem & contestationem præcesserit, necne, & mora præcedente non dubitat quin ab eo tempore debeat plurimi vniuersa res fuit siue moræ tempus illud sit, siue litis contestatæ, siue rei iudicatæ, siue mortis cum res debita talis est quæ mori & perire potest. Ex §. vlt. d. l. 3. de act. empr. qui loquitur de iudicio bonæ fidei, ex dict. l. hominem. quæ loquitur de stricto Denique ex d. l. pen. de cond. tritic. quæ tractat de conditione triticaria generali ad omnes, vt diximus, bonæ fidei & stricti iuris actiones. Hoc vero si ita est, vix dici potest quod demum casu possit dici differre hac in re iudicia bonæ fidei à strictis: nisi vno illo, qui vix vnquam contingat, quo conueniatur ad condemnationem citra moram. Nam si verum est quod dici solet, post litem contestatam omnes possessores esse pares, id est malæ fidei possessores & prædones l. sed est lege 25. §. si ante de petit. hered. quanto minus fieri potest vt mora saltem per contestationem non contrahatur? Scilicet extra casum illum singularem quem Papin. proponit in l. 3. in princ. de vsu. & de quo scripsimus lib. 7. c. 1. Facilius siquidem est moram contrahi quam malam fidem induci. Ergo vt iuris regula ad ea quæ frequentius accidunt quod par erat, accommodaretur, debuerat potius sic concipi, vt tam strictis quam in bonæ fidei iudiciis, vtro tempore plurimi vnquam res fuisset, æstimaretur in tempus vsque condemnationis aut mortis, nisi eo demum casu quo mora nulla præcessisset condemnationem. At longè aliter Iureconsulti locuti sunt: spectandū scilicet in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicatæ d. l. 3. §. in hac D. commod. Nisi si moræ tempore plurimi res fuit d. l. 3. §. vlt. de act. empr. In strictis verò tempus litis contestatæ dict. §. in hac, & d. l. hominem 37. Digest. mand. nisi iam addita exceptione illa quam Cuiacius ponit, Bartolum secutus nisi mora contestationem præcesserit. Nam quod ad eam rem adducit ille post cætera verba illa Africani dict. leg. hominem, Nisi forte per promissorem steterit quo minus sua die solueret, non ad quamlibet moram referendum est, sed ad eam duntaxat quæ contrahitur per lapsum diei adiectæ in obligatione, cuius multo maior vis est quam eius quæ contrahitur per extraiudicialem interpellationem, y

dicemus in sequentibus. Sed nec verum illud est, quod Cuiacius ait probari ex dict. leg. pen. de cond. tritic. precedente mora reduci æstimationem ad tempus moræ, Id enim illo demum casu admittit Vlp. quo seruus debitus deterior factus sit post moram, ita inueniens aliud dicendum esse si non deterior factus sit puta claudus, & eluscatus, sed tantum minoris æstimationis, quod longè diuersum est, vt doceb. mus ad eam legem. Sed & ratio illa quam Cuiacius & Hottomanus reddunt huius differentie quam verbo duntaxat agnoscunt inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, ostendit manifestè fieri non posse vt in æstimatione ex contractu stricto debita, moræ quæ contestationem præcessit ratio vlla habeatur. Aiunt enim differentiam ex eo descendere, quod in iudiciis strictis iudex ad eam ipsam quantitatem certam quæ in iudicio deducta fuit adstrictus est, in iis verò quæ bonæ fidei sunt liberam ex bono & equo æstimandi potestatem habet §. in bona fidei l. si de action. nec aliud in eis petitur, nisi quod iudex arbitrabitur & æstimabit dari debere ex fide bona atque ita facta relatione ad tempus rei iudicatæ. Nam si ita est vt est, fietine obsecro potest, vt iudex addictus actioni ex stipulatione adeoque verbis ipsis stipulationis, rationem vllam habeat moræ præcedentis? Est enim id proculdubio extra causam obligationis per stipulationem contractæ, nec proinde aut contractus, aut iudicij stricti natura patitur, vt ob moram æstimatio rei debita augeatur, non magis quam vt ex iudiciis strictis, aut fructus, aut vlturæ alię accessiones à diemore præstentur. Id namque proprium ius est iudiciorum bonæ fidei, quæ pleniores ex bona fide & vberiores præstationes admittunt. Restat igitur ne in aliis referendis & refellendis longiores simus, vt nouam nostram de tota hac quæstione coniecturam, quam dilucidè facere poterimus, proponamus.

CAPVT III.

Vera interpretatio l. 3. §. in hac D. commod. l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. de condit. tritic.

SVMARIA.

- 1 Vera explicatio differentie inter bona fidei & stricta iudicia, & distinctio inter obligationem puram & eam que in diem concepta est.
- 2 In strictis iudiciis, si pura sit obligatio litis contestatæ tempus ad inuendam rei debite æstimationem præcisè inspicendum esse.
- 3 Responderetur ad §. 1. l. Iulianus de rei vindic. contra allatum.
- 4 Non posse in ea lege locum esse propositæ quæstioni de inuenda rei debite æstimatione.
- 5 Mora contestationem præcedentis rationem nullam in hoc iudiciorum genere haberi si pura sit obligatio.
- 6 Responderetur ad l. hominem 37. ff. mandat.
- 7 Ratio superioris sententiæ.
- 8 Affertur in eandem sententiam illa iuris regula, Quale quid est cum petitur tale dari debet.
- 9 Annon ex illa regula potius probetur in strictis iudiciis æstimationem à die litis contestatæ in diem vsque condemnationis crescere debere.
- 10 Cur in strictis iudiciis quale quid est quum petitur tale dari debeat, nec præcedentis anni subsequentis temporis vlla ratio habeatur?
- 11 Ad quid proficiat mora per simplicem interpellationem vel per contestationem contractæ, si species vel si metrix debeat?

12 Nonationem

- 12 Nonationem que fit per litis contestationem in strictis iudiciis non facere meliorem creditoris conditionem.
- 13 Moroso debitori in strictis iudiciis frustrationem suam nec prodesse, nec nocere debere.
- 14 Aliud esse moram alicui suam prodesse, aliud non nocere.
- 15 In bona fidei iudiciis rei iudicandæ tempus si tunc pluris res sit litis contestatæ si tunc pluris res fuit inspicendum esse.
- 16 Cur non sicut in strictis ita in b. f. iudiciis litis contestatæ tempus præcisè spectetur?
- 17 Cur prudentes vbi de inuenda in b. f. iudiciis rei debite æstimatione tractarunt, litis contestatæ nisi iam meminerint?
- 18 An totius intermedij illius temporis quod inter moram siue duplicem siue extraiudicialem, & condemnationem intercedit aliqua habenda sit ratio.
- 19 Refertur opinio Interpretum existimantium, quodcumque tempus spectetur, actori quanti plurimi ab eo tempore res fuit præstandum esse.
- 20 In conditione furtiua à die commissi furti quanti plurimi vnquam fuit res furto ablata, præstandum esse.
- 21 Multum referre an debeat viro tempore pluris res fuit, an vero quanti plurimi vnquam res fuit.
- 22 Actionem legis Aquilæ cum conditione furtiua hac parte in omnibus ferè conuenire.

Distinguenta proculdubio sunt iudicia bonæ fidei à strictis, vt iam contra Bartolum probauimus ex l. 3. §. in hac. D. commod. & l. hominem 37. D. mandat. Sed differentia longè aliter explicanda est quam à recentioribus factum sit. Tractabimus primùm de obligatione pura, mox de obligatione in diem certam concepta. Est enim quæstio hac tam perplexa, & ab aliis interpretibus aded perplexè & inuolutè disputata, vt nobis tanto magis laborandum sit ne quid obscure aut indistinctè dicere videamur. Si pura non in diem obligatio fuit, dico in iudiciis strictis inspicendum esse tempus litis contestatæ ad inuendam rei debite æstimationem ex dict. l. 3. §. in hac & dict. l. hominem. l. vltim. D. de condit. tritic. leg. vinum 22. D. de reb. credit. Et quidem præcisè, id est ita vt neque rei iudicandæ tempus villo modo spectetur (etiãsi mora contracta sit per contestationem maiorque reperiatur debite rei æstimatio tempore rei iudicandæ quam fuerit tempore litis contestatæ) neque moræ illius quæ contestationem præcesserit, tamen tunc etiam pluris res fuisse proponatur. Mouet me primùm illud quod vt iam dixi in superioribus nullo iuris loco scriptum reperies iudicem in æstimanda re debita ex iudicio stricto spectare debere tempus rei iudicandæ. Nam quod ait lex penultim. de cond. triticar. quæ vna interpretibus omnibus tenebras effudit, condemnationis tempus inspicendum esse, longè aliam habet sententiam quam nos loco suo trademus. Quod autem nonnulli etiam in eandem rem obiciunt ex leg. Iulianus 17. §. 1. Digest. de rei vindic. prorsus alienum est à proposita quæstione. Ibi enim Vlpianus ex Iuliano hoc duntaxat scribit si moram possessor fecerit in homine reddendo, & homo mortuus sit, etiam fructuum rationem vsque ad tempus rei iudicatæ spectandam esse. Itaque non de iudicio stricto loquitur, sed de vindicatione & actione in rem quæ est arbitraria, nec rursus de æstimatione rei, sed de fructibus, & quidem eo casu quo possessoris dolo aut culpa homo perierit, quemadmodum nos eum locum ex aliis interpretati sumus lib. 2. cap. 6. Proinde non potest in ea

specie locus esse propositæ quæstioni de inuenda rei debite æstimatione, quia siue dolus possessoris intercessit, locus est iuramento in litem per quod arbitrio petitoris non tantum homo, sed etiam possessoris dolus æstimatur. Sin culpa tantum interuenit non dolus, aut si mora tantum etiam citra culpam, æque locus est iuramento, non vt dolus qui nullus est, sed vt res ipsa æstimetur, quæ licet non extet cum tamen extare adhuc credatur, & debeat, omnimodo æstimanda est ex tempore præsentis, æstimari autem à iudice sine delatione iurandi nequaquam potest l. in actionibus 6. §. planè Digest. de in lit. iur. qui locustamet si de stricti iuris iudiciis loquatur, tamen ad arbitrarias & bonæ fidei actiones in quibus facilius iurandi facultas concedi solet, multo magis pertinet, eadem non solum equitate sed etiam necessitate in omnibus idem iurandi ius inducente. Nullus igitur in toto iure locus est quo probari possit in iudiciis strictis inuendam esse rei debite æstimationem inspecto tempore rei iudicandæ, siue mora aliqua contestatione præcesserit siue nulla. Nec vllus rursus, qui probet moræ contestationem præcedentis rationem vllam in hoc iudiciorum genere haberi oportere. Quod n. scriptum est in d. l. vinum 22. de reb. cred. dict. l. vltim. de cond. tritic. & in d. l. quoties 69. de verb. oblig. tantum æstimandam rem quæ petitur per conditionem triticariam, quanti fuisset eo die quo dari ex conuentione debuisset, ad propositam disputationem non pertinet. Tractamus enim de pura obligatione, non de ea quæ diè certam habuerit, de qua sunt omnes illi loci. Quantum verò distet inter moram quæ per lapsum diei expressim adiectæ, & eam quæ per interpellationem extraiudicialem contrahitur, suo etiam loco dicemus. Idem responderi potest ad Africanum in dict. leg. hominem. Illa enim verba nisi forte per promissorem steterit quominus sua die solueret ostendunt satis, non tantum nocere debitori quod interpellatus non soluerit, quam quod non soluerit sua die id est ea ipsa die, in qua vt solueretur, conuenerat. Itaque extra casum illius exceptionis quæ sola placuit Africano, id est, si de solutionis diè nihil dictum sit, sequemur definitionem illam generalem ab Africano ipso ibidem traditam, vt si ex stipulatione agatur, & præstanda sit æstimatio, tempus illud, quo agitur, spectetur id est tempus litis contestatæ. Mouet etiam ex eo quod mora quæ præcedit litis contestationem non potest maioris esse potestatis quam quæ per contestationem ipsam contrahitur. Tanto enim potentior est contestatio quam extraiudicialis interpellatio, quanto impudentior ille est qui pro re quam scit se debere, patitur vocari in ius, & apud iudicem aut negat se debere, aut ex alia quacunque causa differt solutionem. Nam & inde fit vt per contestationem inducatur mala fides quæ alioqui per solam interpellationem extraiudicialem non induceretur, leg. sed si lege 28. §. si ante D. de petit. hered. At qui fatentur recentiores, si mora nulla contestatione præcesserit non posse contestationem facere vt quanti plurimi res ab eo tempore fuit in diem vsque condemnationis præstari debeat actori: Hanc enim solam differentiam hac parte agnoscunt inter iudicia bonæ fidei & stricta, in eoque solo dissentiunt à Bartolo & antiquioribus, qui contestationem non minoris efficacitæ volunt esse quam interpellationem extraiudicialem factam: Cur ergo ex contrario dicemus plus posse moram extraiudicialem, vt totius temporis exinde secuti ratione haberi oporteat? Sed me omnium maxime mouet ratio ipsa iuris, quæ precipua mihi sem-

per lex est, & omnibus esse debet. Quale quid est cum petitur, tale dari debet, inquit Papinianus in l. 2. D. de usufr. vbi ob hanc causam vulgo receptum esse ait vt ex strictis quoque iudiciis post litē contestatam causa præstetur, id est accessiones naturales vt fructus l. videamus 38. §. si actionem de usufr. Ea igitur æstimatio præcisè præstanda est, quæ fuit cum res peteretur. Alioquin non posset videri præstita res qualis tunc fuisset, si alterius temporis æstimatio præstaretur. † Dices fortasse rationem hanc si recta est facere potius, vt æstimatio crescere debeat à die litis contestatæ in diem vsque condemnationis. Nam si Papiniano idonea visa est ad inducendam condemnationem fructuum post litem contestatam perceptorum, qui licet ex re ipsa nati sint, vbi tamen separati fuerunt à fundo in aliam rem & speciem transferunt, quidni erit accommodatior ad persuadendam, quod æstimatio quæ nihil aliud est quam res ipsa quæ petitur, ex die litis contestatæ augeatur? Sed respondeo non esse hæc similia: vel ob hoc ipsum quod æstimatio illa de qua tractamus, vsque ad eodē intelligitur res ipsa quæ petitur, vt si aliud quam litis contestatæ tempus in ea constituenda spectandum esset, alia proculdubio res dari videretur, quam quæ petita esset, certè non qualis tunc fuisset. Fructus verò ideo debentur à die litis contestatæ, quod non videretur alioqui reddita res, qualis tempore iudicij accepti, cum si reddita fuisset, eos fructus actor deinde percipisset. Denique æstimatio semel deberi cœpta certo tempore inspecto, omnes alias æstimationes excludit, quæ aliis inspectis temporibus constitui possint: quia quemadmodum semel tantum id deberetur quod non nisi semel positum est in obligatione, ita non nisi vnus præcisè temporis ratio haberi potest in eo æstimando. At non excludit similiter ea certi temporis æstimatio accessiones naturales, quæ nihil cum ea commune habent nisi quod ipsam sequuntur sicut & rem ipsam si extaret sequerentur dicitur leg. Iulianus 17. §. 1. Digest. de rei vindic. † Indiget autem supradicta Papiniani ratio maiore aliqua luce. Id ipsum enim obscurum est cur in iudiciis strictis quale quid est cum petitur tale debeat dari, nec præcedentis aut subsequens temporis vlla profusus ratio habeatur? Puto id pendere ex veteribus formulis iudiciorum quas prætor dictare solebat cum iudices daret in hora ipsa contestationis. Erant autem hæc ferè verba formulæ solennia si patet Lucium Titium Sempronio debere centum aut hominem ex stipulatu tunc cum Sempronio condemnato. Referebantur itaque ad tempus præsens, id est litis contestatæ & iudicij accepti, siue strictum siue bonæ fidei iudicium proponeretur. Eaque sola erat differentia ex qua innumeræ alie sequebantur, quod in bonæ fidei iudiciis addebatur in formula ex fide bona, quibus verbis potestas fiebat iudici de iis quoque iudicandi quæ litis contestatæ tempore non debebantur, si modò id æquitas suaderet, vt puta de vsuris, de eo quod actoris interesse postea cœpisset, de interponendis cautionibus & aliis huiusmodi. Proinde si quando necesse erat sic ferri sententiam vt pro re ipsa quæ debebatur eius æstimatio deduci deberet in condemnationem, fieri non poterat vt iudex stricto iudicio addictus, aliam quam litis contestatæ æstimationem sequeretur, siue mora iam antè contracta esset: siue non: † et si non ex contractu stricti iuris perinde contrahitur mora etiam per simplicem interpellationem ac multo magis per contestationem atque si ex bonæ fidei contractu debitum esset, non tamen potest ea mora prodesse ad inducendas vberiores præstatio-

nes, quas in aliis iudiciis induci bona fides suaderet, sed ad hoc tantum vt perpetuet obligationem si forte species debeatur, quæ perire facile potest, & quæ perempta si mora nulla præcessisset debitor liberaretur l. si ex legati 23. l. si seruum 91. §. sequitur. & s. ultim. de verb. obl. Nā in merce quæ nec perire nec deterior fieri vilo modo potest, quia in genere cōstitit, nullius planè momenti est mora quoties debetur ex contractu stricto. Taceo quod nec solet nec potest mora augere principalem obligationem id est facere vt plus in obligatione sit post moram, quam fuerit ante moram, sed mouere duntaxat officium iudicis vt accessionum præstationibus augeat ex bona fide & æquitate condemnationem, nimirum quoties actionis natura tale iudicis officium vel arbitrium admittit, id est in bonæ fidei actionibus, & in arbitrariis, non etiam in strictis. l. quero 34. D. locat. l. qui per collusionem 49. §. ult. de actio. empr. † Nec aliud iuris est in ea mora quæ contrahitur per contestationem, quia nouatio illa quæ per contestationem fieri dicitur sicuti non debet facere deteriorem creditoris condicionem. l. non solet 36. de regul. iur. ita nec potest facere hac parte meliorem. Neque enim immutat naturam obligationis ex qua primùm agi cœptum est, eiusdemque conditionis manet actio cuius antea fuit l. aliam 29. D. de nouat. quandoquidem actionem illam quæ primùm fuit, accommodatur formula prætoris, cuius potestas in diem vsque iudicati durat. Igitur siue post moram extraiudicalem siue post iudicalem quæ per contestationem contrahitur, rei debita æstimatio creuerit, non idcirco tamen aliam æstimationem iudex sequetur, quam quæ fuit tempore litis contestatæ. † In eoque mirandum est hallucinatos recentiores interpretes ignoratione eius ipsius iuris cuius rationem non ignorarunt. Veteribus enim minùs succedendum est, qui in iis omnibus quæ ad veterum iudiciorum formulas ritusque pertinebāt, nihil profusus viderunt. An igitur moroso debitori frustratio sua proderit? Minimè. Sed nec nocebit, quoniam iudicium quod exercetur tale est vt ob moram debitoris pinguior creditoris actio fieri nequeat: Nec magis potest conquiri creditor de iniquitate iudicij quam de seipso cur ita contraxerit, neque melius sibi prospexerit, aut cur citius litem contestatus non sit. † Aliud autem est moram alicui suam prodesse, aliud, non nocere: quamquam nec absurdum esset prodesse in eo iudicij genere, in quo nulla profusus moræ ratio haberi potest. Prius enim est vt moræ rationem aliquam haberi oporteat, quam vt de eo quæri possit, An mora prodesse debeat aut nocere, necne, Et hæc quidem de iudiciis stricti iuris. † In iis verò quæ sunt bonæ fidei longè aliter obseruandum arbitror: In iis scilicet cum agitur de re debita æstimanda non spectari præcisè tempus litis contestatæ, quomodo in strictis, sed etiam rei iudicandæ d. l. 3. §. in hac D. commod. Nimirum si eo tempore quo sententia redditur, pluris res sit l. 3. §. ult. D. de actio. empr. Nam si tempore litis contestatæ pluris fuit, vtique eius temporis habenda erit ratio, Ne aliter posito iure accidat vt debitoris ob id melior condicio sit quod bonæ fidei iudicio ex mora conueniatur: Cum si stricto conueniretur, eam deberet æstimationem vt diximus, quæ fuisset tempore contestationis. Si enim tempus moræ etiam extraiudicialis spectandum est cum pluris eo tempore fuit d. §. ult. l. 3. de actio. empr. quidni multo magis spectabimus tempus moræ quæ in iudicio contrahitur? Quamobrem verò non contestationis præcisè vt in stricti iuris actionibus, sed rei quoque iudicandæ tempus in his

his spectetur, ratio illa est, quam in superioribus iam attulimus, quod in bonæ fidei iudiciis non tam inspiciatur quid debeat, & in obligatione sit, quam quid ex bona fide præstari equum videatur. Facit enim formula potestate in iudicio condemnandi ex bona fide, & consequenter bonæ fidei ratio quam in eo contrauenit ad tempus condemnationis refertur, quod in strictis secus esse diximus. Apertissimè autem æquum est præstari agenti ex bonæ fidei contractu vtro tempore pluris res fuit contestationis aut condemnationis irrogandæ quia siue data fuisset res quo tempore petitur est darique debuit, nunc eam haberet creditor, siue data non sit, saltè hodie dandum est quod iam olim dari oportuit. Quæ perelegans Pauli ratio est in leg. sterilijs. 21. §. cum per venditorem. eod. tit. ul. de actio. empr. Cumque ex æquitate quadam ad obligationis naturam accommodata, potius quam ex ipsius obligationis iure ratio illa deriuetur, mirum non est si non perinde in iudiciis strictis locum habere possit. † Nec conturbare nos debet, quod prudentes quibus loci tractant de ineunda rei debita æstimatione in iudicio bonæ fidei, nuspian meminerunt litis contestatæ. Id enim ab iis ratione illa factum videri debet, quod si vt plerumque sit mora per interpellationem extraiudicalem contracta sit ante contestationem, non contestationis licet tunc res plures fuerit, sed præcedentis moræ tempus spectari oportet dicitur §. ultim. l. 3. eod. Non quod in bonæ fidei iudiciis magis quam in strictis mora possit augere principalem obligationem, sed quia si bonam fidem spectes parum interest an quid petatur per iudicem an per extraiudicalem interpellationem, quandoquidem iudicium non nisi in iudicium redditur. l. inter stipulatum 83. §. 1. de verb. obl. non etiam in eum qui bonam fidem agnoscere, ac præstare patatus est l. quoties 9. §. sicut autem de administr. & peric. tutor. † Cæterum verba illa d. §. ult. vtro tempore pluris fuit mouent me vt sentiam, quod nemo fortasse vnquam dixit, probanteque ni fallor euidenter, totius intermedij illius temporis, quod inter moram siue iudicalem, siue extraiudicalem & condemnationem intercedit, nullam proforus habendam esse rationem, Quia cum æstimatio quanti plurimi, vt vocant, nihil aliud sit quam res ipsa quæ debetur, aut saltè eius rei vicem obtineat d. l. si seruum 91. §. ult. de verb. oblig. l. promissor Strubi 21. l. promissor hominis 23. de constit. pecun. non ad aliud tempus accommodari potest quo res vel petitur in iudicio aut extra iudicium, vel adiudicatur: Totumque medium tempus debitori quantumlibet moroso immune est, ni ab accessionibus, quas officium iudicis ex mora elicere debet, vt puta vsurarum, & eius quod interest actoris: aut quæ cum sint naturales rem ipsam debitam necessariò sequuntur, cuiusmodi sunt fructus d. l. 2. d. l. videamus §. 38. si actionem cum seqq. de usufr. d. l. Iulianus 17. §. 1. D. de rei vindic. † In eoque maximus & ferè perpetuus interpretum nostrorum omnium error est, quod siue moræ siue litis contestatæ siue rei iudicandæ tempus spectari velint, non dubitant quin præstandum sit actori quanti plurimi ab eo tempore res vnquam fuit, nec solum si ex bonæ fidei iudicio agatur, sed etiam quod magis mirum est, si ex stricto: Quasi verò æstimatio quanti plurimi sit causa quædam, vel accessio quæ fructuum exemplo, vel vsurarum, vel eius quod interest in dies singulos augeatur, nec ex quo aucta est vnquam decrescat, tanquam semel deberi cœpta. Imo verò res ipsa est quæ debetur, quæ proinde semel deberi cœpta nun-

quam crescere potest, nec si propter dolum debitoris aut possessoris iurari possit in litem l. 1. & 2. D. de in lit. iur. Itaque si ponas inspiciendum esse tempus moræ vt in iudiciis bonæ fidei si eo tempore pluris res fuit quam cum lis in condemnationem deducitur, noli dicere æstimationem illam crescere vt ea debeat quæ medio tempore maior fuit: Ita enim tecum pugnares qui iam dixisti eam debitam fuisse æstimationem quæ tempore moræ fuit: Neque enim fieri potest vt maior æstimatio quæ secuta est eadem sit cum minore quæ præcessit: cum æstimatio consistat in precio, indeque fiat vt quantumcunque augeatur vel minuatur, alia æstimatio sit arg. leg. pacta conuenta 72. D. de cony. empr. † Quare nec vnquam sic prudentes loquuntur vt dicant præstari debere quanti plurimi res fuit ab vno tempore in aliud tempus, sed præcisè quanti fuit hoc vel illo tempore d. l. 3. §. ult. de act. empr. Nisi cum tractant de condictione furtiua, in qua hoc speciali quodam iure receptum est odio furis, qui à tempore commissi furti moram facere intelligitur quolibet instanti, & sine intermissione l. in re 8. §. 1. ff. de condict. furt. qui vnus in hanc rem de quanti plurimi æstimatione locus est. Nam in aliis personis, licet moræ iam contractæ effectus sit perpetuus, tamen non nisi semel interuenire mora intelligitur. l. Titia Seio 87. §. vsuras. de legat. 2. Itaque nihil interest an dicas, In condictione furtiua æstimari rem furtiuam inspecto tempore moræ præcisè. An verò quanti plurimi vnquam res fuit ab eo instanti quo furtum admissum est, cum vnoquoque instanti noua mora per furem contrahi videatur. † Et in hoc etiam labitur contrario errore Cuiacius, cum id quod dicimus, furem teneri condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit sic intelligit, vt fur condemnandus sit vtro tempore plaris res fuit, aut facti furti, aut litis contestatæ, aut rei iudicandæ, aut mortis. Multum namque refert an dicas deberi vtro tempore pluris res fuit quomodo Vlp. loquitur in d. l. 3. §. ult. de act. empr. an verò quanti plurimi vnquam res fuit quæ eiusdem Vlpiani verba sunt de condictione furtiua tractantis in d. l. 8. §. 1. de condict. furt. Prior locutio totius intermedij temporis æstimatione excludit, posterior includit: vt ex eo apparet quod cum lex Aquilia eam æstimationem complectatur quanti eo anno plurimi res fuit, nullum aliud tempus est ex quo possis eam æstimationem metiri, præterquam singula totius eius anni instantia. Fit enim computatio illa anni retrorsum ex eo primùm die quo quis occisus aut vulneratus est l. ait lex 21. D. ad leg. Aquil. ac proinde ita vt neque delicti neque contestationis, neque rei iudicandæ aut iudicandæ, neque mortis tempus toto eo anno vllum sit. † Nihil autem hac parte inter actionem legis Aquilia, & furtiuam condictionem interest vt idè Vlp. ait in l. 2. §. questum de priuat. delict. nisi quod condictio furtiua non egreditur retrorsum tempus iudicij accipiendi, id est litis contestatæ, vt nos contra Accursiū & Cuiaciū probabimus, infra cap. II. Ergo quæadmodum singulis momentis totius anni de quo lex Aquilia loquitur, crescentæ æstimatione serui occisi aut vulnerati, crescit cōdenatio, ita & dicendum est furem qui condictione furtiua conueniatur, non solum condemnari debere vtro tempore res furtiua pluris fuit aut furti admissi, aut litis contestatæ, aut rei iudicandæ, aut mortis, quomodo putat Cuiacius, sed quanti plurimi vnquam fuit, id est vel minimo vno instanti siue aliquo ex iis temporibus quæ diximus, siue medio inter ea tempora interuallo. Cæterum extra eam causam condictionis furtiue & legis Aquiliae nullibi reperias præstari æstimatione quanti

plurimi vnaquam res fuit. Et interpretum nostrorum & pragmaticorum non prudentium vox illa est toties in tribunalibus omnibus decantata. Videamus iam quid responderi possit ad l. pen. de cond. tritic. Is vbi enim locus est qui aduersus ea omnia quae constitutumus, virgere maxime videatur.

CAPVT IV.

Ad l. penult. D. de condit. triticar.

SUMMARI A.

- 1 Communis & magis recepta eius legis interpretatio.
- 2 Ea explicatio differentiam inter bona fidei & stricta iudicia constitutam destruit & euertit.
- 3 Quam rationem habeat quod in d. l. pen. de mortis tempore spectando dicitur.
- 4 Paulum hac parte in l. vlt. eod. tit. Vlpiano contrarium videri.
- 5 An dicta lex pen. de ea tantum condicione triticaria quae sit bona fidei, accipi debeat?
- 6 An triticaria actio bona fidei sit & stricti iuris.
- 7 Ex eadem causa duas actiones vnam bona fidei, alteram stricti iuris interdum competere.
- 8 Condiotionem triticariam non ideo bona fidei esse quod pro re deposita vel commodata detur.
- 9 Eandem aduersus commodatarium aut depositarium non competere si dominus fuit is qui deposuit aut commodauit.
- 10 Triticaria condiotionis nomine quid intelligatur?
- 11 Cur Vlpianus in d. l. pen. nullam spectandi temporis litem contestata mentionem faciat?
- 12 An posito quod conditio triticaria b. f. actio sit, verum ideo sit perempta re debita ex contractu bona fidei aestimationem mortis tempore inspecto ineundam esse?
- 13 Interim & alios in d. l. distinxisse an merx, an vero species debeat.
- 14 Vlpiani sententiam in d. l. pen. in merce locum habere non posse, quum mortis tempus inspicendum esse dicit.
- 15 Cur species ex tempore rei iudicanda aestimetur?
- 16 Hortomanni responsio ad d. l. pen. reuocatur.
- 17 Iohannis Glossatoris responsio ad §. in hac l. 3. ff. com. mod.
- 18 Vera species & questio d. l. pen. & eiusdem conciliatio cum d. §. in hac.
- 19 Longe diuersam esse questionem d. l. pen. a questione l. vlt. eod. tit. & l. vinum de reb. cred.
- 20 Differentiam inter bona fidei & stricta iudicia nullam esse quum de aestimatione post rem iudicatam ineunda agitur.
- 21 Vlpianum in d. l. pen. de ineunda post rem iudicatam aestimatione tractare.
- 22 Ambiguitatem in d. l. ex condemnationis verbo proficisci.
- 23 Condemnationis verbo simpliciter accepto irrogatam magis quam irrogatam intelligi.
- 24 Quum de ineunda post rem iudicatam aestimatione agitur in strictis & bona fidei iudicijs, siue merx siue species debeat condemnationis tempus inspicere.
- 25 Nec distinguendum esse an in diem certam res dari debuerit nec ne.
- 26 In quo differat merx a specie?
- 27 Specie post condemnationem perempta non condemnationis iam facta, sed mortis tempus inspicendum esse.
- 28 Quomodo distinguendum si ante condemnationem homo debitus perierit?
- 29 Posteriorem dicta legis penult. partem ad solas species debitas pertinere.
- 30 Quam vnam habeat exceptio in posteriore dicta legis parte posita eo quod concepta est modo.

- 31 Seruum non ideo deteriorem factum quod vltoris pretij nunc sit, si aut creditor & ingeniosior antea fuerit.
- 32 Interpretatiuncula ad singula dicta legis verba subueniuntur.
- 33 Rei appellatione in d. l. principio quid veniat?
- 34 Soluitur argumentum contra nonam superioris legis interpretationem allatum.
- 35 Condiotionem triticariam etiam post rem iudicatam dicere.
- 36 An & quomodo pecunia numerata in condiotionem triticariam veniat?

Sententia huius legis illa magis communiter esse creditur, vt si agatur condiotione triticaria, & quare ratur, cuiusnam temporis ratio habenda sit in ineunda rei debite aestimatione tempus iudicandi spectetur si res extet, nullaque mora praecesserit, sin ante sententiam res extare desierit, tempus mortis, latius tamen sumptum & in parte vt Vlpianus ait, ne alioqui precium serui fortassis mortifere vulnerati ad exiguum summam deducatur. Sidenique mora praecesserit, tempus mortis inspicitur. Hoc vero si ita est, vtique falsa sunt omnia quae nos de bona fidei & stricti iuris iudicijs hucusque disputauimus. Nam cum conditio triticaria sit generale nomen actionum omnium personalium, ex quibus aliquid petitur, quocumque tandem illud sit praeter solam pecuniam numeratam, siue certum sit, siue incertum, siue mobile, siue soli adeoque siue in iure, siue in corpore consistat l. ill. tit. Consequens est vt quod de condiotione triticaria vere & comode dicitur, de omnibus actionibus specialibus siue bona fidei sint, siue stricti iuris perinde generaliter & indistincte dici possit, idque vel ex philosophorum dicto: quaecumque de genere dicuntur ea & speciebus omnibus conuenire. Nulla igitur differentia relinquatur inter iudicia bona fidei & stricta, quae tamen sonitum aperte in dict. leg. §. in hac. Digest. commod. leg. hominem 37. Digest. manda. leg. 3. §. vltim. de actio. empt. iunct. leg. vinum. 12. de reb. cred. leg. vltim. de condit. tritic. Auget dubitationem quod ea Vlpiani sententia quae extat in d. l. penult. videtur discrepare ab iis omnibus quae obtinere diximus tam in bona fidei iudicijs quam in strictis. Nam in strictis diximus inspicere praecise tempus litem contestatae, neque aut praecedentis morae, aut etiam sequentis rationem ullam haberi, multo minus vero rei iudicandae. Vlpianus contra vult spectari tempus condemnationis aut morae, litem vero contestatae ne meminuit quidem. In bona fidei vero iudicijs diximus spectari vtro tempore plaris res fuit: aut morae extra iudicialis aut litem contestatae si mora nulla contestationem praecesserit, aut rei iudicandae, medij vero temporis aestimationem non curari. Vlpianus contra si medio tempore res petita decesserit, tempus mortis spectandum esse ait, non contestationis aut condemnationis. Sed nec videtur posse dici quam rationem illud habeat quod ait de tempore mortis spectando. Aut enim ponimus decessisse hominem ante moram, aut post moram. Si ante moram & nullo dolo factore debitoris interueniente, constat interitu speciei liberationem debitori contingere, nec proinde questionem de praestanda aestimatione ullam superesse. Si ex legati 13. l. si seruum 91. §. sequitur. & §. vlt. de verb. oblig. Sin post moram, aut lite iam contestata, aut non. Priore casu litem contestatae tempus necessarium spectandum est, praesertim si contractus fuit stricti iuris, quia & spectandum esset etiam si res extaret, neque praestaretur. Posteriore vero casu siue bona fidei, siue stricti iuris contractus proponatur, & siue do-

litis debitoris vel possessoris intercesserit, siue non, locus necessarius est iuramento in litem, ad rem ipsam arbitrio actoris aestimandam, quia cum adhuc res debeat & extare videatur, aestimatio proculdubio debeat, litem qui. 30. §. 1. de iur. iur. aestimari autem sine delatione iuris iurandi non potest res quae non extat, inquit Marcianus in l. in actionibus. 6. in fine. de in lit. iur. Ex quo loco iam supra probauimus praesentem aestimationem hoc casu debere non eam quae fuerit tempore morae, aut mortis: quia si qua ex iis deberetur nihil necesse esset recurri ad iurandum, cum nihil sit facilius, quam aestimari rem quae non extat inspecto eo tempore quo extitit, vt is ipse Vlpiani locus probat, de quo tractamus. Nam cum ait Vlpianus perempta specie debita mortis tempus inspicere debere, non ponit necessarium esse iurandum in litem vt ea aestimatio in eatur. Nullius siquidem temporis vt dixi ratio haberi potest in aestimanda re quae non nisi arbitrio & iure iurando actoris aestimatur. Sed &, quod magis mirum est, in ea ipsa actione de qua agitur in d. l. penult. id est in condiotione triticaria prorsus diuersum ius constitutum est a Paulo in l. vlt. eod. tit. vbi scribit ille, si certa die solui res debuit, eius diei aestimationem sequendam esse, sin pura fuit obligatio id tempus spectandum esse quo petita res est acceptumque iudicium: de tempore autem condemnationis, aut morae, aut mortis, verbum nullum. Nec tamen possis dicere pugnantes fuisse in hac questione Iureconsultorum sententias. Alioqui diceretur Vlpianum in d. l. penult. non modo a Paulo in d. l. vlt. & ceteris dissentisse, sed etiam a seipso, in d. §. in hac l. 3. D. commod. vbi eam inter bona fidei iudicia & stricta differentiam quam nos defendimus, tam aperte tradit, vt non potuerit apertius. His nimium rationibus plane persuasum habeo non eam posse Vlpiani sententiam esse in d. l. penult. quae vulgo creditur, sed aliud quiddam Vlpianum animo agitalle quod a nullo interprete hucusque perceptum sit. Quis enim id probet quod antiquus quidam glossator dicebat intelligendum Vlpianum non de omni condiotione triticaria in genere quae tam strictas quam bona fidei actiones comprehendat, sed de ea tantum quae sit bona fidei? Primum enim verba legis generalia sunt, in hac, inquit Vlpian. actione nec nisi de condiotione triticaria accipi possunt de qua iam egerat in l. eod. tit. vbi tamen tractauerat etiam de triticaria competente ex stipulatu, quae sane non potest stricta non esse. Deinde non puto posse tam facile defendi, quod nostri volunt, condiotionem triticariam & bona fidei esse, & stricti iuris. Etsi enim generale non speciale actionis nomen esse scio, magis tamen esse puto vt semper sit stricti iuris, sicut & ceterae condiotiones omnes tam generales qualis est certi conditio, quam speciales. Neque vero nouum est vt ex eadem causa duae actiones competant, quarum vna sit bona fidei alia stricti iuris, vt olim contingebat in dote cuius nomine stipulatio interposita fuisset. Actio enim rei vxoriae quae in eam rem competebat magisque proprie dicebatur actio de dote, erat bona fidei, ex stipulatu vero stricti iuris, vsque ad Iustiniani constitutionem in l. unica. C. de rei vxor. act. Sic ei, qui rem suam penes alium deposuit, aut alij commodauit datus actionem personalem ex deposito aut commodato quae proculdubio bona fidei est, nec eo minus tamen accommodamus vindicationem quam bona fidei esse nemo vnquam dixit. Sic denique ne omnes conquiramus, contra furem eundemque rei furtiuae possessorem datur vindicatio

domino iure communi, quae est arbitraria: nihilominus datur etiam conditio, quae est stricti iuris. Eadem igitur ratione dico non esse rectam consecutionem si ex eo quod conditio triticaria potest dari pro re deposita, vel commodata, inferre quis velit esse eam bona fidei, quemadmodum si depositi aut commodati ageretur. Nam actionem depositi aut commodati bona fidei illud facit quod ex bona fidei contractu nascitur. Conditio autem triticaria non tam nascitur ex contractu, quam ex eo quod alienam rem aut alteri debitam iniuste & sine causa possideat quisquis ille est cui condicatur: licet aduersus eum detur qui ex contractu est obligatus. Quamquam nec verum est competere eam aduersus depositarium aut commodatarium si dominus fuit is qui deposuit aut commodauit. Iuris enim regula est neminem posse rem suam condicere nisi a fure, cuius odio id specialiter receptum est quo pluribus actionibus tenetur d. l. 1. §. vlt. de condit. tritic. l. 1. D. de condit. furt. l. vlt. D. usufruct. quemadm. caueat. Ergo non condicatur qui rem suam reposcit actione depositi aut commodati: Et si aliena res deposita sit aut commodata, cum nihilominus actio depositi & commodati competat ex contractu, perinde dicendum est non condicere eum qui agit depositi aut commodati, nisi eo sensu quo personales actiones omnes condiotiones appellamus a veteri illo vsu condiotionis, vt veteres loquebantur, id est denunciationis quam in personalibus actionibus exercendis praecedere necesse erat §. appellamus. Institut. de action. At nos cum triticariam condiotionem dicimus, non generale duntaxat nomen actionum personalium intelligimus (alioqui dicendus esset triticaria condiotione is etiam agere qui commodati aut depositi iudicio rem suam reposceret, quod falsum est) sed certum genus actionis licet ex omni causa & ad rem quamlibet praeterquam ad rem nostram, & ad pecuniam numeratam competentis. Verius igitur est condiotionem triticariam ex quacumque causa, & ex quocumque contractu detur, semper esse stricti iuris vt & ceteras omnes condiotiones quae certum & speciale condiotionis nomen habent, bona fidei verononquam. Quo magis mirum est quod Vlpianus in d. l. penult. nullam prorsus mentionem facit spectandi temporis litem contestatae, cuius tamen solius meminit in l. §. in hac commod. Tractans ibi de ineunda aestimatione rei debite ex iudicio stricti iuris. Sed etsi verum esset, quod isti volunt, posse triticariam condiotionem interdum etiam esse bona fidei, adeoque de ea sola quae bona fidei sit Vlpianum in d. l. penult. intelligi debere, nondum tamen dubitationibus nostris esset satisfactum. Quoniam enim alio iuris loco scriptum reperias, Perempta re debita ex contractu bona fidei aestimationem ineundam esse inspecto tempore mortis? Imo vero passim scriptum est, interitu naturali debite speciei citra moram, liberari debitorem d. l. si ex legati. Mora vero contracta tanti aestimandam rem quanti actor in litem iurauerit d. l. in act. §. plane. Qui locus etsi de actionibus stricti iuris loquitur, tamen a lactiones bona fidei & arbitriarias multo magis pertinet quoties cessante dolo iurari ex regulis iuris non potest, ipsa tamen casus necessitas iurandi necessitatem inducit, quod euenire iam supra diximus, quod quiescuntque res post moram perempta est ante contestationem, nec aliter quam per iurandum aestimari potest, siue ex bona fidei, siue ex stricto iudicio aut arbitrario debita fuit. Quidni enim debeat ea aestimatio quae est tempore rei iudicandae, cum etiam

fructus perempti post moram hominis, si modò possessoris dolo aut culpa perierit, in id usque tempus quo res iudicatur præstandi sint? *l. Iulianus. 17. §. 1. ff. de rei vindic. ¶* Quare subtiliores nonnulli veterem illum interpretem Irnerium secuti distinctionem induxerunt, an merx, an species debeatur. In merce debita admittunt quod tot locis scriptum est spectari tempus litis contestatæ, in specie verò volunt esse verius quod Vlpianus ait *in d. l. penult. in pici tempus condemnationis*. Et fanè non potest negari quin Vlpianus *in d. l. penult.* loquatur de specie debita, sed tamen dissimilitudinis rationem nullam isti adferunt cur in specie debita potius quam in merce spectari debeat tempus condemnationis cum ex stricto iudicio debeat. Deinde iam probauimus in superioribus eundem Vlpianum *in l. 3. §. in hac ff. commod.* ubi ait in iudiciis strictis spectari tempus litis contestatæ, eum quoque casum tractare quo species debeatur: cum ita scribat ad differentiam actionis commodati quæ bonæ fidei est, & ex qua tamen fieri non potest ut merx & quantitas vlla vnquam debeatur, quia ut in eiusdem legis sine scriptum est, & *in l. seq.* non potest commodati quantitas ut quantitas. Idque iam olim Bartol. contra Irnerium rectè disputauit. Denique alij loci sunt qui tractant de specie debita, nec eo minùs tamen spectari volunt tempus litis contestatæ, *ut d. l. hominem. 37. ff. mandat. l. fundum Cornelianum. 28. de noua.* ¶ Fateor in eo differre speciem à merce & quantitate, quòd species & perire & deterior fieri potest, non etiam merx quæ in genere & quantitate consistit: Ideòque nec posse locum habere in merce debita quod Vlpianus scribit *in d. l. penult. in piciendum esse tempus mortis*. ¶ Sed extante specie sicut & merx semper extat, quæro cur speciem æstimemus ex tempore rei iudicandæ, mercem verò ex die litis contestatæ? Nam quod nonnulli addunt pro ratione differentia, mercium precia non etiam specierum mutari in singula ferè momenta, ridiculum est. Mutantur fanè & faciliùs, & sæpiùs, sed tamen mutantur etiam precia specierum *l. pretia. 63. ff. ad leg. Fal.* neque verò potest locus esse huic quæstioni, Cuius temporis habenda sit ratio in debita specie æstimanda nisi cum alia atque alia fuit speciei æstimatio. Et quod mercium precia faciliùs mutantur & sæpiùs, facere magis deberet ut in iis æstimandis condemnationis potius quam litis contestatæ tempus spectaretur: tamen nullo id iuris loco proditum est. ¶ Quid verò ineptius quam quod Franciscus Hotomanus ut hinc se explicaret commentus est, Illustr. q. 16. nihil ad propositam disputationem pertinere Vlpianum *in d. l. pen.* Quoniam, inquit, agitur ibi de homine mortuo. Imò, inquam, de homine viuo, cum ait spectandum esse tempus condemnationis. Nam de homine mortuo subinde tractans ait spectari tempus mortis. Nos verò non de illo quærimus, Cur non spectetur in mercibus tempus mortis, sed cur in specie debita spectetur tempus condemnationis non litis contestatæ ut in mercibus. Deinde si te ab Vlpiano hac ratione expedias, incidis in Africanum *in d. l. hominem*, & in Papinianum *in d. l. fundum*, adeoque in Vlpianum ipsum *in d. l. 3. §. in hac ff. commod.* quibus locis tractatur de specie debita ex contractu stricto, nec eò minùs tamen litis contestatæ tempus inspicitur. ¶ Sed illud omnium improbabiliissimum est quod alius glossator Ioannis dicebat Vlpianum *in d. §. in hac*, cum tempus litis contestatæ spectari vult in iudiciis strictis, non de ineunda rei debita æstimatio, sed de fructibus intelligendum esse quorum non nisi ab eo tempore

in hoc iudiciorum genere ratio haberi solet. Quid enim apertius quam quòd Bartolus quoque & ceteri omnes fatentur, tractari eo loco de rei æstimatio- de non de fructibus? Sed etsi locus ille non esset an non alij sunt quos proximè ex Africano & Vlpiano retulimus, quibus idisù probatur, in iudiciis strictis siue merx siue species debeantur æstimandam rem quanti fuit tempore litis contestatæ, non quanti tum est cum iudicatur. ¶ Quid ergo superest, inquit, quod meliùs dici possit, ad nodos istos dissoluendos? Teneo enim te ut video iam diutius suspensum. Puto Vlpianum *in d. l. pen.* cum tempus condemnationis spectandum esse ait, non de rei iudicanda sentire, sed de rei iam iudicata: nec de illo quærere, Cuius temporis rationem habere iudex debeat cum debitor qui rem ipsam debitor præstare non potest condemnandus est ad eius æstimationem, sed de hoc potius, Cuius temporis æstimationem pro re dare debeat is qui ad rem ipsam dandam condemnatus est, si quid fortè post rem iudicatam acciderit, propter quod factum sit ne res ipsa dari amplius possit. Finge eum qui ex stipulatu Stichum debebat, & conditione triticaria conuentus, ut Stichum daret condemnatus fuerat, ideo non posse dare & satisfacere iudicato, quòd post condemnationem Stichus ille cum alienus esset euictus fuerit à domino, aut etiam, si voles, à creditore hypothecario, qui eum suo iure distraxerit. Quærit Vlpianus, quid iste dando, id est quam æstimationem pro re iam adiudicata præstando, possit consequi liberationem. Vtique enim cogendus non est ut eam ipsam speciem præstet quæ præstari amplius nequit, cumque necessario recurrendum sit ad æstimationem, nec ineqgās, nec otiosa quæstio est, cuius temporis rationem in ea æstimatione ineunda spectari oporteat, ¶ quæ quæstio longè alia diuersaque est ab ea quæ proponitur, *in l. ult. eod. tit. & in d. l. vinum de reb. credit.* Iis enim locis tractatur de rei iudicanda non de rei iudicata ut constat ex illis Caij verbis *in d. l. ult. tantum litem æstimandam*. Quamdiu enim res iudicata non est tanti litis æstimatur, quantum deducitur in condemnationem: & apertius ex eodem Vlpiano *in d. l. vinum*, ubi quæstionem sic concipit, *quæsitum est cuius temporis æstimatio fieret utrum cum darum esset, an cum litem contestatam fuisset, an cum res iudicaretur*. Non dixit, cum res iudicata esset, sed cum res iudicaretur, ut intelligeremus referenda esse verba illa ad rei iudicandæ non iudicatæ tempus. Quod & manifestius ostendunt illa eiusdem Vlpiani verba, *in d. §. in hac l. 3. commod. & rei iudicanda tempus quanti res sit obseruatur, quamuis in strictis litis contestata tempus spectetur*. Opponit enim tempus litis contestatæ tempori rei iudicandæ, non tempori rei iudicatæ, ne quis fortè putaret differentiam quæ est inter bonæ fidei iudicia, & stricta in eo elucere, quòd in strictis iudiciis inspicitur litis tempus contestatæ, in iis verò quæ bonæ fidei sunt, tempus rei iudicatæ, & irrogatæ condemnationis. ¶ Differentiam enim nullam agnoscit Vlpianus, quod ad æstimandam rem debitam, inter iudicia bonæ fidei & stricta, nisi quamdiu res iudicanda est, quoniam eo casu spectamus in iudiciis strictis tempus litis contestatæ præcisè, in iis verò quæ sunt bonæ fidei tempus etiam rei iudicandæ. Sed rei iam iudicata, nulla prorsus differentia est, sed in omnibus indistinctè spectamus tempus condemnationis, ratione illa quam mox reddemus. Itaque cum de rei iudicanda tractaret Vlpianus *in d. l. vinum*, motus est auctoritate Sabini, sicut & Caius auctoritate Cassij *in d. l. ult. de cond. tritic.* Fuerunt enim ambo eiusdem scholæ, nec malè Cuiacius ex eo

conicit vtriusque illarum legum eandem prorsus esse sententiam. ¶ At cum idem Vlpianus quæreret de ineunda æstimatione eo casu quo res iam esset iudicata *in d. l. penult.* motus est auctoritate Seruij, nec meminit Sabini aut Cassij quorum proculdubio meminisset si casum illum tractasset de quo ij responderant, nec tam facile ab iis quos aliàs probauerat, dissentisset. Moueor etiam ex eo quod Vlpianus *in d. l. penult.* sic scribit, *si queratur res qua petita est, cuius temporis æstimationem recipiat*. Non enim poterat apertius exprimere de ea æstimatione se tractare, quæ non tam à iudice decernenda, quam à condemnato præstanda esset: neque verò in tota lege verbum vnū est, ex quo possit conici agere Vlpianum de debitorum non dum condemnato: ¶ Ambiguitas autem ex condemnationis verbo proficiscitur. Sic enim scriptum est, *verius est quod Seruius aut condemnationis tempus spectandum*. Si adiecisset *irrogata* dubitatio nulla superesset, sed quia potest condemnatio perinde accipi pro irroganda atque pro irrogata, hinc nimirum errandi occasio nata interpretibus, qui omnes temerè de irroganda intellexerunt, cum tamen ex tot difficultatibus se nullo negotio euoluere potuissent, si de irrogata accepissent Meminisse autem debuerant eius quod Celsus scripsit *in l. ambigua 19. ff. de leg.* In ambigua voce legis etiam potius accipiendam esse significationem quæ vitio caret, præsertim, inquit, cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. Quidni enim de irrogata condemnatione accipiamus potius quam de irroganda? Non solùm quod nihil incommodi habeat ea interpretatio, sed etiam ut absurdum illud effugiamus quod alioquin obuium est ut Vlpianus in apertissima iuris ratione non tantùm à suis doctoribus [fuit enim ille cum Papiniano & Africano Sabianus] sed etiam à seipso dissentisse existimetur. ¶ Adde quod in dubio *condemnationem* simpliciter cum dicimus de irrogata magis intelligere debemus, quam de irroganda. Multùm namque differt res iudicanda aut etiam iudicata à condemnatione, quia quamdiu iudicatum non est, potest fieri ut reus absoluat, ac ut condemnatur, siue deficiente actore in iure, aut iuris sui probationibus, siue parato fortassis reo satisfacere, ex qua causa dici solet iudicia omnia esse absolutoria, *§. ultim. Insit. de perpet. & tempor. actior.* Nec eo minùs res iudicanda est, quòd reus sit absolueudus, aut iudicata quòd sit absolutus. Ergo qui dicit spectandum esse tempus condemnationis idem sentit quod si diceret spectandum tempus rei iam iudicata, nec tantùm in sententiam, sed & in condemnationem deducta: Neque alius fortassis in toto iure nostro locus est ex quo deduci hæc quæstio possit, cuius temporis æstimatio sequenda sit si post rem ipsam quæ debebatur in iudicium deductam, quærendum sit ex iusta aliqua causa de rei æstimatione præstanda. ¶ Eleganter autem Seruius dixit quod & Vlpianus probat, tempus irrogatæ condemnationis spectari oportere: & quidem indistinctè, id est siue ex bonæ fidei contractu siue ex stricto debebatur, & siue merx siue species ut homo vel fundus: adeòque siue pluris ante condemnationem res fuisset, puta moræ aut contestationis tempore inspecto, siue minoris. An quia per sententiam & actionem quæ ex iudicato nascitur, prior contractus nouatur qualiscumque is fuerit, siue bonæ fidei, siue stricti iuris? Ita fanè est si Iustiniano credimus *in l. ult. C. de vsur. rei iudicat.* magis quam Accursio, aut Bartolo qui ad eum locum negant fieri ex iudicato nouationem. Proinde si frustra quæras quis contractus

præcesserit, aut quænam fuerit rei debita æstimatio tempore litis contestationis, cum litis contestatio simul cum ipsa actione ex qua lis contestata est, perempta fuerit per sententiam. Sed illa potissimum ratio mihi placet, quod siue per sententiam admittas fieri nouationem, siue neges, illud saltem fatebere, post rem iudicatam non de alio quæri oportere quàm quid iudicatum sit, id est quantum in condemnationem deductum. Nam cum res iudicata pro veritate habeatur, utique liberaretur debitor præstando ad id quod esset condemnatus, tamen si plus antea debuisset, sicut è contratio si pluris condemnatus esset quam debuisset, non liberaretur soluendo quantum deberet, nisi solucret præterea quanto plus esset in condemnatione, propter auctoritatem rei iudicatæ *l. si fundus. 16. §. si pluris. ff. de pignor.* Igitur sic lata sententia ut hominis debitor condemnatus sit ad hominem dandum, quemadmodum homo ipse dandus est si dari potest, licet pluris fortasse fuerit tempore moræ aut litis contestatæ, ita si ob aliquam causam dari ipse præstarique nequeat, necessariò referenda est æstimatio ad id tempus quo debitor rem dando liberari potuisset. ¶ Ergo ad tempus condemnationis nõ ad illud quo mora contracta, aut lis contestata est: nec si ad certam diem dari res debuerit: quia nec obligationem ipsam curamus aut inspicimus ex quo res iudicata est: cum tamen distinctio illa, An in diè certam dari res debuerit necne, maximè necessaria sit, ut in sequentibus dicemus, cum agitur de æstimatione in condemnationem deducenda non post condemnationem præstanda. Ac sicuti ab Vlpiano aliisque Iureconsultis prætermissa non est *in dict. l. vni. dict. l. vlt. de cond. tritic. d. l. hominem. 37. ff. mandat.* Ita nec *in dict. l. penult.* prætermisurus verisimiliter fuisset Vlpianus, si eam adhibendam putasset. Quam enim exactè totam hanc rem eo loco tractet, ex illo apparet, quod illos quoque casus persequitur, si res petita perierit, si post moram deterior facta sit. Quid igitur, inquit, si hominis illius qui ex iudicato dari debuit, æstimatio creuerit post condemnationem? Non idcirco crescet condemnatio, ut sequenti capite contra Bartolum tractabimus. Quid si non species, sed merx debeatur? Idem est. ¶ Etsi namque in eo differt merx à specie hac parte, quòd cum species debetur, licet eius æstimatio minor sit tempore sententiæ ferendæ quam antea fuerit, species tamen ipsa in condemnationem deducenda est non eius æstimatio, cum autem merx debetur condemnandus est debitor ad æstimationem non ad mercem, quia merx in quantitate & genere consistit, ideòque mutata æstimatione alia res esse creditur, quam quæ debebatur, quod in specie debita diuersum est. si tamen iudex per imperitiam condemnauerit debitorem centum modiorum frumenti ad centum modios frumenti dandos nulla certæ æstimationis facta mentione, dicam non aliam frumenti æstimationem ab eo deberi quàm quæ fuit tempore factæ condemnationis, licet iudex cum iudicabat debuerit condemnare ad æstimationem quæ fuit tempore litis contestatæ, siue ex natura iudicij si sit stricti iuris, siue ex bona fide, propterea quòd eo tempore pluris res fuerit, quam tempore condemnationis *l. 3. §. vlt. ff. de act. empt.* Vides ergo quantum intersit an agatur de re debita æstimanda per sententiam, an post sententiam quæ transferit in rem iudicatam. ¶ Et hoc quidem quod dicimus spectandum tempus condemnationis iam factæ & irrogatæ, tunc obtinet cum res ipsa quæ debetur extat. Nam si in rebus humanis esse defierit,

quod non aliter contingere potest quam si species non merx debita fuit, placet Vlpiano ex sententia Seruij tempus mortis inspiciendum esse. Nimirum vt ego interpretor consequenter superioribus, si defierit extare post condemnationem. † Nam si ante condemnationem homo debitus perierit, distinguendum necessariò est an mora aliqua præcesserit an nò. Si nulla præcesserit, debitor, vt iam sapius dixi, in plenum liberatus est, ita vt neque rem debeat neque æstimationem. Si verò mora præcessit, vsque adeo manet obligatus vt condemnandus sit ad æstimationem, & quidem eam non quæ fuit tempore mortis aut moræ aut litis contestatæ, sed ad præsentem, solo actoris iureiurando ex necessitate constituendam, siue bonæ fidei iudicium fuit siue stricti iuris, d. l. in actionibus in fin. de in lit. iur. Et certè vel vna hæc ratio cogere nos debet vt Vlpianum qui & mortis tempus spectari vult, & distinctionem illam præmittit an mora interuenerit necne, interpretari debeamus de æstimatione hominis ineunda post condemnationem: nec minùs eo casu quo species extat quam quo non extat. Apparet enim vtrumque casum ad eandem quæstionem pertinere, licet re extante aut perempta, aliter atque aliter obseruetur. Necesse contrarium, quòd proximè diximus, æstimationem rei debitæ non crescere post condemnationem. Nam quod Vlpianum sensisse volo, vt post rem iudicatam mortuo homine tempus mortis spectari debeat, ego sic intelligo si nulla alia ratio sit propter quam res ipsa dari non possit quam quia periit: qui casus specialem habet rationem, vt dicemus etiam capite sequenti. Iam enim sumus hinc lógiores quam vellemus. † Sequitur apud Vlpianum, si post moram deterior facta fuerit res quæ debetur, non condemnationis aut mortis tempus spectandum esse, sed moram. In quo obseruandum est hanc quoque legis partem ad solas species debitas pertinere, non etiam ad merces quæ quoniam in genere & quantitate consistunt, non magis deteriores fieri quam perire vnquam possunt l. incendium. 11. C. si cert. peti. Illud etiam obseruari volo, quod non magis à Iacobo Cuiacio quam à vulgaribus interpretibus obseruatum est, non sic ab Vlp. concipi exceptionem nisi mora facta sit. Nam cum tractat de ineunda post condemnationem æstimatione rei debitæ, non poterat dubitari quin mora præcessisset, saltem per contestationem quæ præcedit semper condemnationem: sed ait nisi post moram res deterior facta sit, quia non statim consequens est vt ob contractam moram res fiat deterior. Potest enim fieri etiam preciosior d. l. fundum. 28. de nouat. † Sed & obseruatione præcipua dignum illud est, quod ad institutam disputationem maximè pertinet, neque sic conceptam esse exceptionem, nisi post moram res debita facta sit minoris æstimationis, sed ita nisi deterior facta sit. Sunt etiam hæc longè diuersa. Si quidem facillè potest fieri, vt seruus debitus multo melior factus sit post moram, puta ex citharædo comædus, & tamen minoris precij nunc sit, propter imminuta pro tempore precia seruorum. Quo casu proculdubio non patiar reduci æstimationem serui ad tempus moræ, quia nec id vult Vlpianus, sed ita demum si seruus ipse deterior factus sit, puta vt Vlpiani verbis & exemplis vtar claudus vel eluscatus. † Idque maximus interpretum omnium error est quod seruum deteriorem factum putant qui vilioris precij hunc est, tametsi fortè melior sit aut eruditior, aut ingeniosior, quam antè a fuerit. Quasi verò species æstimentur ex suis precijs ac non potius precia specie-

rum ex ipsarum qualitate & substantia. Neque verò in ipsis quoque mercibus si subtilius inspicias aliud est, quia frumentum quod nunc vilius est, non tam deterius quam aliud frumentum esse intelligitur. Genera enim vt diximus sicuti perire, ita deteriora fieri non possunt. In speciebus tamen hoc plus est, quòd licet mutantur earum precia, eadem tamen species manent, perindeque ex eiusdem stipulationis verbis peti possunt, quales quantæque sunt cum petuntur d. l. fundum. 28. ff. de nouat. † Possent ista sufficere ad plenam huius legis interpretationem, iunctis iis quæ sequenti capite subiiciemus. Sed amplioris elucidationis gratia libet ad singula ferè legis verba interpretatiunculæ subnectere. Ait lex in hac actione intelligere conditionem triticariam de qua totus ille titulus est. Si queratur res qua petita est, supple & adiudicata. Nam & ante sententiam non tam petita res dicitur quam peti. Licet in l. seg. alio sensu hæc verba accipiantur, id est de merce petita necdum adiudicata, sed adiudicanda, vt probauimus supra ex iis verbis, tanti licet æstimationem. † Rem autem hinc intellige generaliter tam mercem quam speciem. Nihil enim interest siue de conditione triticaria queratur dicitur l. vltim. siue de aliis bonæ fidei aut stricti iudicij quoties agitur de æstimatione rei siue ante siue post condemnationem, nisi quod nunquam peruenimus ad æstimationem speciei quandiu species ipsa dari potest, quamuis vilior facta sit etiam post moram, dum ne deterior. Quid idcirco addendum est, quia nec videtur reddi res quæ deterior redditur, vt scriptum est in fine huius legis & in d. l. 3. §. primo commod. Sequitur, cuius temporis æstimationem recipiat, supple cum æstimatio offertur à debitore iam condemnato, non cum taxanda est à iudice in ipso tempore rei iudicandæ. Non querit igitur Vlpianus quanti condemnandus sit debitor, vt in specie §. vltim. l. 3. de act. empr. & aliis locis supradictis, sed quam æstimationem præstare debeat vt liberetur. Ergo in illis sequentibus Verius est condemnationis tempus spectandum supple iam facta & irrogata. Nam si de re iudicanda queratur, ea seruanda sunt quæ idem Vlpianus contra scripsit in d. l. vinum. 22. De reb. credit. & in d. l. 3. §. in hac. D. commod. itémque Caius in d. l. vlt. Africanus in d. l. hominem. Papinianus in d. l. fundum. Sequitur si verò deserit in rebus humanis esse supple post condemnationem. ne obstat l. in actionibus. 6. §. plane. de in lit. iuran. unct. l. Iulianus. 17. §. 1. D. de rei vindic. Sequitur In viroque autem intellige siue species debita etiam in condemnationem deducta adhuc extet, nec tamen præstari possit, siue deserit extare post condemnationem. Subiicit Vlpian. si post moram res deterior facta sit supple Non tamen si in eadem manens bonitate vilioris tantum æstimationis ex aliqua causa extrinseca seruus factus sit. Ita fiet legis sententia apertissima. Cætera enim facilia sunt. † Vnum illud interpretationi nostræ obstat videri potest, quod Vlpianus tractat de ineunda æstimatione rei debitæ cum agitur de conditione triticaria: Post condemnationem verò nulla superest actio nisi quæ nascitur ex iudicio d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. d. l. si fundus. 16. §. si pluri. D. de pign. Sed responderi potest sic intelligendum esse Vlpianum, vt querat non de æstimatione ineunda in iudicio conditionis triticariæ, sed vt verba sonant, de ineunda post condemnationem æstimatione rei quæ petita fuit per conditionem triticariam. † Sed & dici potest conditionem triticariam in eo differre à cæteris actionibus quod etiam post rem iudicatam durat, quia sicut & cæteris omnibus causis, & ad res omnes

omnes competit: Ita & ex iudicato & ad rei iam ad iudicatam æstimationem: sicut & ex furtiua perempta dicitur durare conditionem æstimationis l. in re furtiua. S. in princ. de condic. furt. † Cui contrarium nò est si quis obiciat ex eodem Vlpiano in d. l. de condic. tritic. non dari conditionem triticariam pro pecunia numerata, cuiusque autem rei æstimationem in pecunia numerata consistere. Nam æstimatio licet præstetur in pecunia numerata, non tamen præstat, tanquam pecunia numerata, sed tanquam illa ipsa res quæ debetur, præsertim cum ipsa quoque res non modo in obligationem deducta est, sed etiam in condemnationem: Aut si maui, præstatur tanquam pecunia numeranda potius quam numerata. Ea verò demum pecunia non venit in conditionem triticariam quæ ab initio fuit numerata, aut aliter in obligatione posita vt principaliter deberetur: Alioqui dicendum esset ex stipulatione facti nò competere triticariam, cum in huiusmodi obligationibus faciendi succedat in locum facti præstatio eius quod interest l. si quis ab alio. 13. §. vlt. D. de re iudic. quæ præstatio non nisi in pecunia fieri potest. Atqui hoc falsum est. Triticariam enim ex omnibus causis competere certum est, neque est ex interpretibus qui dissentiat.

CAPVT V.

An rei debitæ æstimatio possit crescere post condemnationem, aut postquam perempta res est.

SVMARIA.

- 1 Receptam Interpretum sententiam hanc esse, vt in æstimatione rei debita tam ex stricto quam ex bonæ fidei iudicio crescente post rem iudicatam æstimatione, siue merx siue species debeat, condemnatio quoque crescat.
- 2 Reperitur sententia leg. pen. ff. de condic. tritic.
- 3 Cur rei debitæ æstimatio post irrogatam condemnationem, etiam debitore condemnato nouam moram contrahente, non augeatur?
- 4 Condemnationem, licet quod ad rem ipsam post sententiam non crescat, fructuum tamen & vsurarum aliarumque accessionum præstatione augeri.
- 5 Euatione debitoris condemnati non meliorem, sed deteriorem conditionem fieri.
- 6 Cur quadrimestre tempus iudicatis datum à periculo augenda æstimationis immune sit?
- 7 Fieri non posse vt post rem iudicatam plus sit in iudicatis obligatione, quam fuerit in condemnatione.
- 8 Superior ad d. l. pen. coniectura confirmatur.
- 9 Speciem ipsam quandiu extat & præstari potest, non autem eius æstimationem in condemnationem deduci debere.
- 10 Specie non extante condemnationem de æstimatione ferri debere.
- 11 Quibusdam casibus specie extante de æstimatione querendum esse.
- 12 Aliud exemplum à Bartolo allatum reuocatur.
- 13 Homine debito ante sententiam defuncto, cuius temporis æstimatio debeat?
- 14 Specie debita & perempta æstimationem in diem vsque præstari iuris iurandi seu condemnationis crescere.
- 15 Cur non tanta potestatis & efficacia sit condemnatio, quanta est mora condemnationem præcedens, ad augendam rei peremptæ æstimationem.
- 16 Necesse esse hominis post moram mortui precium augeri.

17 Cur non idem post condemnationem locum habeat?

18 Quomodo accipiendum sit quod in d. l. pen. Vlpianus dicit, mortui post condemnationem hominis precium ex tempore mortis constituendum esse?

Hic † quoque dimicandum nobis est contra Bartolum vulgaresque interpretes, vt nostram ad Vlpianum interpretationem quam superiore capite attulimus, tueamur. Sic enim illi putant, in æstimatione rei debita spectari quidem tempus rei iudicandæ, si tunc res pluri sit quam fuerit à tempore moræ, in cum vsque diem quo res iudicatur, sed tamen non eo minùs crescere condemnationem si post rem iudicatam æstimatio creuerit, siue merx siue species debita proponatur, & siue ex iudicio bonæ fidei siue ex stricto. Nisi, inquit, durante quadrimestri illo, quod condemnatis ad iudicatum faciendum datur. Totum enim illud tempus ab augendo æstimationis periculo immune esse volunt, vt primo huius libri capite præfati sumus. Mouentur autem non aliqua lege, sed illo tantum rationis colore quod æquum sit meliorem fieri conditionem debitoris morosi ob id quòd iam sit condemnatus. l. euidenter. 16. D. de except. rei iudic. l. 3. in princip. de vsur. † Nos verò diximus Vlpiani sententiam illam esse in l. pen. D. de condic. tritic. vt si res debita & in condemnationem deducta præstari ex aliqua causa non possit, fortè quòd fuerit aliena & à domino eucta, aut etiam per hypothecarium creditorem ablata, ideòque necessariò recurrendum sit ad æstimationis præstationem, spectari oporteat tempus irrogatæ condemnationis, neque posse crescere ex eo tempore quantumuis in mora doloque sit condemnatus, siue bonæ fidei iudicium fuit, siue strictum, & siue species, siue merx debita sit. † Eius iuris ratio nondum à quoquam allata, à nobis hoc capite afferenda est. Perdet autem ex eo quod diximus, post rem iudicatam non esse amplius querendum de iure pristinae obligationis quæ per iudicatum nouata & consequenter extincta est, sed illud tantum inspiciendum, quid & quantum in iudicato sit l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundus. 16. §. si pluri. D. de pign. Nam cum alia actione quam ex iudicato experiri victor non possit, consequens est vt quicquid ex iudicato deberetur referendum sit ad tempus condemnationis. Neque verò vltulus esset litium aut æstimationis ineunda finis, si post rem iudicatam rursum contestanda lis esset, aliaque condemnatio irroganda vt ex noua contestationis aut condemnationis tempore ineunda æstimationis ratio constitueretur. Itaque cum per sententiam femel certum esse cæperit non tam quid antea deberetur, quam quid tandem præstari necesse sit, non potest ratio iuris pati, vt ex eo tempore quod condemnationem secutum est ipsius condemnationis quantitas augeatur. Postquam enim iudicatum est nihil aliud superest, nisi vt iudicatis executio fiat, quæ porrò non aliter fieri potest quam si id ipsi præstetur quod iudicatum est nec plus, nec minus. † Nimirum quod ad rem ipsam attinet, quæ per sententiam fuit adiudicata. Nam quod ad fructus & vsuras aliisque huiusmodi accessiones pertinet, tempus quod sequitur condemnationem ab iis dependendis immune non est, vt eleganter & subtiliter magis quam ex Antonini Imper. mente Papinianus disputat ad relictum Antonini in leg. tertia in princip. C. §. primo Digest. de vsur. cum mora, inquit, præcessit condemnationem: imò maiores vsuræ

nis? Vtique. Non ergo de aestimatione quaestio vlla superesse potest, nec consequenter de tempore quod inspiciendum sit ad aestimationem ineundam. Nec in alio potest mora commissa ex solo diei lapsu utilis esse creditori, nisi in eo vt obligationem perpetuet, si forte post eam diem species perierit, aut deterior facta sit, d.l. fundum Cornelianum. 28. de nouat.

CAPVT VII.

Ad l. hominem. 37. D. mandat. Continuata tractatio.

SUMMARI A.

- 1 Differentia inter stipulationem & mandatum in specie d. l. hominem. ad rei debita aestimationem pertinens.
- 2 Quis sit in d.l. sensus versiculi, nisi forte?
- 3 Debitorem morosum si, quum ex stipulatu agitur, seruum vnum quidem sed deteriorem factum praestet, non magis liberari quam si mortuum offerret.
- 4 Debitorem si speciem non deteriorem sed vilioris aestimationis factam post moram praestet, non ad aestimationem sed ad indemnitate cum specie debita praestanda teneri.
- 5 Africanum in d.l. hominem. cum casum tractare quo aestimatio petenda aut praestanda sit.
- 6 Non eandem esse potestatem morae per diei lapsum contractae, & eius quae per interpellationem committitur.
- 7 Vera & commodissima Africani in d.l. sententia.
- 8 Reiciuntur exceptio ab Interpretibus ad Africani exceptionem posita.
- 9 Legem illam de sola mora per diei lapsum contracta accipiendam esse.
- 10 Ipsi non ob stare quod ratio in fine dictae legis posita generalis sit.
- 11 Mora in strictis iudiciis ante litis contestationem contracta rationem nullam haberi nisi ad perpetuandam obligationem.
- 12 Casum illum in d.l. tractari, quo res vilioris duntaxat aestimationis facta sit.
- 13 Litis contestata tempus spectandum, quum de praestanda aestimatione rei debita ex contractu stricti iuris agitur.
- 14 Moram eo casu debitori non prodesse, sed tantum non nocere.
- 15 Casus quo apud Africanum in d.l. debitori moroso frustratio prodesse possit.
- 16 In posteriore eiusdem legis parte ex stipulatu agi post hominem mortuum.
- 17 Superior ad Africanum interpretatio confirmatur.
- 18 Merce debita, cuius aestimatio post diem in obligatione adiectum creuerit, eam aestimationem praestandam esse quae mora tempore fuit.
- 19 Quam aestimationem morosus debita praestare debeat, qui quum mercem ad diem deberet eam amplissimo pretio vendidit, ac postea mercem vilioris pretij factam dare vult?
- 20 An ea mercis debita aestimatio debeatur quae die stipulationis veniente maior fuit, si causa aliqua non danda illius mercis interuenerit, quae debitorem excusare possit?
- 21 Creditori iniuriam non fieri, si aestimatione mercis crescente ex quo dies obligationis venit, ea aestimatione contentus esse cogatur quae fuit quum dies venit.
- 22 Nullum lucrum hoc casu debitori ob id accedere, quod

- debitam mercem sua die non soluerit.
- 23 Legem penult. de condict. tritic. ad proposuam dispositionem non pertinere.
- 24 Seruo deteriori facto non pretiosiore, sed meliorem operari.
- 25 Alia observatio ad d.l. pen.

ET hoc sine dubio Africani sententia est in dicta l. hominem. 37. mandat. vbi ait in eo differre stipulationem a mandato, quod si fideiussor qui hominem certum pro te fideiussit & soluit, mandati agat, aestimatio eius hominis ad id tempus quo solutus sit non quo agatur referri debet, & ideo, inquit, etiamsi mortuus fuerit nihilominus utilis ea actio est. At in stipulatione aliter feruatur, nam tunc id tempus spectatur quo agitur. Vt inferamus si interea homo ex stipulatione debitus decesserit inutilem esse eam ex stipulatu actionem. Ergo quod subicit nisi forte aut per promissorem steterit quominus sua die solueret, aut per creditorem quominus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet, sic accipiendum est, vt si homo ille ex stipulatu debitus decesserit post moram promissoris, licet priusquam ex stipulatu ageretur, perinde tamen obligatus maneat promissor qui moram contraxit, vtilisque sit ex stipulatu actio, ne alioqui eueniat vt debitori frustratio sua prosit si speciei interitu qui post moram contigit liberetur. Nam si ponas eum hominem tum viuere cum agitur ex stipulatu, sed factum esse deteriorem, idem iuris est, quia non magis liberatur morosus debitor dando seruum debitum factum deteriorem quam si mortuum offerret d.l. fundum & l. pen. de condict. tritic. At pone nec mortuum esse nec deteriorem factum, sed tantum vilioris aestimationis. Nego casum hunc tractari ab Africano, quia vt iam saepius inculcaui, sicuti mutatio & imminutio aestimationis non facit quin ea ipsa species maneat quae debebatur, ita ne mora facere potest, quin promissor eam ipsam speciem dando liberetur, nec proinde querendum est de aestimatione, cuius petitioni aut praestationi non aliter locus relinquatur quam si res ipsa praestari nequeat. Aliud enim est precij rei, aliud res ipsa d.l. fundum l. si alij. 42. §. 1. de usufr. l. qui vas. 48. §. vltim. de furt. Africanus autem euidenter eum casum tractat quo aestimatio petenda aut saltem praestanda sit, et si iam dixi eo casu quo eadem quae debita fuit species praestatur vilioris precij post moram, praestandum esse stipulatori quanto pluris res fuit eo die quo dare debuit, tanti enim tum interfuit. Sed aliud est tractare de indemnitate, aliud de aestimatione actori praestanda, nos de aestimatione tantum agimus & hoc contendimus non augeri eam ob id solum, quod species quae ad certam diem debebatur, sua die non sit soluta, siue hodie extet aequae bona licet non aequae preciosa, siue perempta aut deterior hodie sit quam tunc esset. Sed et si Africani sensus admitteretur, vt debitor in diem non liberaretur dando promissum hominem qui vilioris precij, quamuis non deterior factus fuisset, non erit tamen bona consecutio si ex eo inferas cum interpretibus, eandem igitur potestatem esse debere morae per interpellationem contractae. Na si nullam hac parte velis agnoscere differentiam, quae tamen iudicio meo necessario agnoscenda est inter speciem debitam & mercem, dicam de specie idipsum quod iam dixi de merce, non tantae potestatis esse moram quae per interpellationem inducitur, quantae illa est quae per lapsum diei, quod ad augendam aestimationis condemnationem, nec quod lapsus diei inducit moram, ex eo fieri quia censetur iure tacitae cuiusdam interpellationis

tionis, sed quoniam ea contrahentium expressa conuentione parsque obligationis esse videatur hoc ipso quod obligationem in diem concipi voluerunt. Sed & comodissime sic intelligi Africanus & potest & debet, vt si species debita pluris fuerit eo die quo dari debuit, nec data est, referatur aestimatio ad id tempus, nec spectetur illud quo agitur, id est litis contestate & quo res minoris est, quod alioqui spectandum esset, quamuis mora praecessisset contra interpellationem iudicalem, aut extraiudicalem: non etiam ex diuerso vt si post diem res pluris esse coeperit, praestari debeat augmentum illud propter moram ex lapsu diei commillam: neque enim necesse est tractari de mora vt ea debeatur aestimatio quae maior est tempore litis contestate: cum ex ipsius iudicij quantumvis stricti natura fiat vt ea aestimatio debeatur nulla quoque mora praecedente, porro medij temporis quod inrer moram siue conuentionalem, siue iudicalem aut extraiudicalem intercedit, rationem prorsus nullam in ineunda aestimatione haberi oportere iam satis superque docuimus in superioribus. Non igitur potest Africanus aliud sibi uelle, nisi vt cum dies adiecta est & eo tempore pluris res fuit quam sit litis contestata tempore, referenda sit aestimatio ad aliud tempus, quod nos vti que non negamus, quin potius tempus illud vsque ad eam inspici volumus quoties rei in diem debita aestimatio ineunda est, vt si ab eo tempore aestimatio creuerit maiorque sit cum lis aut contestatur aut iudicatur, non idcirco aestimationis condemnationem crescere patiamur. Denique quantum hic discrepent interpretes nostri ab Africano, ex eo intelligi potest, quod Africanus inspicere vult tempus quo agitur, id est litis contestatae cum agitur ex stipulatione, nisi, inquit, mora per debitorem facta sit quominus sua die solueret. Tunc enim spectandum esse tempus morae, id est aestimationem quae fuit ea die in qua tradi res debuit. Interpretes vero ad id quod Africanus exceptionis loco ponit spectandum tempus positum in obligatione, aliam exceptionem adstruunt, nisi res pluris sit cum litis contestatio vel condonatio sit, tunc enim spectari debere quanti plurimi vnquam postea res fuerit, aut, vt paulo melius Cuiacius loquitur, tempus rei iudicatae vel mortis. Hanc vero exceptionem quam de suo comminiscuntur, necesse est vt fateantur probari ex Africano nullo modo posse. Africanus enim exceptionem suam ad eum proculdubio casum refert quo res pluris fuerit mora tempore: Nam cum minoris fuit equidem perinde dicimus eandem aestimationem deberi, sed non ea ratione quae Africanum mouet ne debitori sua prosit frustratio quae minus bene intellecta contrarium potius suadere videretur. Abutuntur quoque interpretes eodem Africani loco, cum quod ille ait de mora ex solo diei lapsu contracta, protrahunt ipsi ad aliam moram quamlibet, id est, ad eam etiam quae contracta fuerit per interpellationem. Illa nam Africani verba quo minus sua die solueret ostendunt manifeste tractare cum de mora quae per lapsum diei contracta sit: cuius diuersum ius & potentius in eo est quod, vt diximus, pars obligationis dies est, & mora quae ex diei lapsu inducitur, adeoque effectus omnes quos ea mora producit, ex conuentione ipsa proficisci intelliguntur. At, inquit, ratio illa, quae apud Africanum sequitur generalis est, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. Iam enim admisimus, etiam ex contractu stricto perinde atque ex eo qui bonae fidei sit, moram contrahi posse ante litem contestatam & per simplicem interpellationem. Et hoc nimirum est sane quod interpretes omnes fecerunt. Quibus tamen facile satisfacimus, si dicamus,

toties aequum esse vt moroso debitori sua mora noceat, non quoties mora contracta est, sed quoties mora contracta ratio aliqua haberi potest. Prius enim est vt contracta mora rationem haberi oporteat, quae vt ex ea mora condemnationem augeri debere quis dicat. Iam autem probauimus in praecedentibus, iudiciorum strictorum naturam non pati vt mora quae praecedat contestationem, ratio vlla habeatur, nisi ad perpetuandam obligationem, id est ad hoc vt si forte species debita perierit post moram, aut deterior facta sit nihilominus debeatur qualis quantaque fuerat ante moram, propriumque ius illud esse iudiciorum bonae fidei, vt ex die morae non expectata litis contestatione vberiores admittant praestationes. At qui nos non de perpetuanda obligatione agimus, id est non eum casum tractamus, quo res debita perierit aut deterior facta sit, sed illum quo facta sit duntaxat vilioris aestimationis, quod re ipsa salua adeoque meliore effecta fieri interdum potest, diminuta rerum omnium eius speciei quae debetur aestimatione. Nam in genere debito, id est in merce quae in genere semper consistit non similiter tractari hoc potest, nec mora quae sit ante contestationem vllus esse effectus, cum neque perire neque deterior fieri possit. Nulla igitur morae extraiudicialis ratio haberi queat, ac ne iudicialis quidem, id est contractae per denunciationem libelli oblatae iudici, quoadiu secuta non est contestatio, cum agitur de praestanda rei debita aestimatione ex stipulatu, aliove quolibet contractu stricti iuris. Neque tamen fit consequens, vt moroso debitori sua mora prodest, sed tantum ne noceat, quod longè diuersum est. Apud Africanum, qui tractat de specie debita prodesse possit, sit forte is qui hominem certa die soluendum stipulanti promississet eum ad diem vendidisset preciumque quod tunc fuit redegit. Nam si postea conuentus ex stipulatione, liberaretur praestando minorem aestimationem quae contestationis tempore reperiretur, vti que sentiret lucrum ex mora sua, qui quanto pluris homo tum fuisset cum dari debuerat, sibi retineret. Ideo autem ponimus agi ex stipulatu post hominem mortuum, quia si homo adhuc viueret iudicij accepti tempore, posset videri debitor ex mora sua lucrum sentire qui seruum qualis quantusque tunc esset dum ne deteriorem factum daret aut si alienus esset praesentem illius aestimationem, tamen si morae contractae tempore multo pluris fuisset, nisi fortassis ad ea respicias quae medio tempore promissori per eum hominem acquiri potuerunt, sed nihil habet illa commune cum aestimatione de qua sola tractamus, ex quo clarius apparet quae vera sit superior nostra ad Africanum interpretatio: itemque quod diximus, non debere nocere promissori qui debitum hominem ad diem non soluit, quod is homo post moram vilior factus sit, si modo praestet eum non factum deteriorem. Non enim absurdum Africano videtur quod moroso debitori sua mora non noceat, dum ne etiam prodest. Quamquam illud etiam verum est quod docuimus, quanto pluris homo tunc fuit cum dari debuit, praestari debere stipulatori, cui nunc vilior licet non deterior factus homo datur, non propter moram aut iure aestimationis, sed quasi debitum iure eius quod interfuit tunc dari, propter diem solutioni dictam. Non enim de mora debitoris quaerendum est, aut an eius morae rationem aliquam haberi oporteat, aut an debitori mora sua prodesse vel nocere debeat, cum ex stipulationis aut alterius cuiuslibet contractus verbis appareat, quid debitori omnimodo debeat. Huicque rei argumentum illud est, quod si non species debita proponeretur sed

merx, cuius æstimatio post diem in obligatione positam decreuisset, conitat non eo minus præstandam fore creditori æstimationem quæ moræ tempore fuisset: & tamen non posset illo casu eadem Africani ratio locum habere *ne debitori sua profuit frustratio*. At enim ponimus debitorem habuisse mercem quam ad eam diem daret, aut non habuisse. Si non habuit, nihil ei profuit quod non dedit, nec potest videri ob eam moram factus locupletior, sed tantum non pauperior: quomodo haud dubie factus pauperior esset si vellet creditori satisfacere, eam mercem quanti tunc fuisset coparasset. Si verò habuit, nec vendidit, nec proinde ampliore illam æstimationem consecutus est, quam ex venditione redigere potuisset, similiter dicere non possis in quo factus sit locupletior ob hoc quod ad diem non soluit. Quod si habuit, & amplissimo precio quod tunc fuit vendidit, ac postea mercem vilioris iam facta precij dare velit, hic equidem casus est qui maiore videtur habere dubitationem. Sed tamen si subtilius inspicias, ne tunc quidem possit dici, futurum ut profuit ei sua frustratio si non ad eam æstimacionem teneatur, quæ ad dictam diem dari debuit scilicet quia merx illa quam habuit & pluris vendidit, non fuit ea ipsa res quem debuit: mercem namque in genere debuit non hanc aut illam puta centum modios frumenti in genere, non centum illos frumenti modios qui fuerunt in hoc aut in illo horreo: nec quod hos centum frumenti modios in horreo suo habuit, facere debet ut hos ipsos debuisset videatur, ideoque totidem alios præstando liberationem proculdubio consecutus fuisset. Proinde non aliud iuris hoc casu esse debet, quam si frumentum nullum debitor eo tempore habuisset quod daret, aut si quod habebat nec creditori soluisset nec alij vendidisset. Quid ergo? Condempnamus eum creditori ad æstimacionem illam quæ tunc fuit, cum dari merx debuit, quia tale creditoris ius est ex ipsis contractus verbis, nec curat ille an moram debitor contraxerit necne, aut quis moræ effectus esse debeat, aut an ex ea mora debitor lucrum senserit aut sentire potuerit, sed hoc tantum contendit deberi sibi ex stipulatione mercem qualis quantaque tum fuit cum ex stipulatione dari debuit. Quare tamen si ponas causam aliquam interuenisse non dandæ mercis debitæ, propter quam causam videri possit debitor excusatione dignus, ne moram contraxisset videatur, ut puta si debitor ante diem decesserit, necdum fuerit hereditas illius tunc adita cum dies venit [non enim sola cessatio in solutione statim moram inducit *l. sciendum. 21. si quis solutioni. 24. de usur. quia nec videtur cessasse qui impeditus fuit soluere l. is cui. 5. §. cessatum D. de in possess. legat.*] nihilominus tamen dicemus eam deberi æstimacionem quæ die stipulationis veniente maior fuit *l. ad diem. 77. D. de verb. oblig. l. vltim. D. de nautic. fœnor.* vbi quod magis est, placet prudentibus committi hoc casu pœnam que promissa fuerat sub ea condicione si ad diem pecunia non solueretur Nam si pœna quæ ipsa per se odiosior est committitur, quanto magis æstimatio debetur? An verò quia ut vulgo putat, mora hæc ex ipso contractu committitur? Minimè. Neque enim mora villa esse aut intellectui percipi potest vbi nulla est petitio *l. si pupillus. 127. de verb. obl. l. intra. 88. de reg. iur.* nulla autem petitio esse potest iacente hereditate debitoris nullo curatore bonis dato: cum non sit à quo petatur. Sed quia etiã citra moram debetur quicquid in stipulatione deductum est, sufficit que condicionem stipulationis extitisse, id est ad dictam diem solutum non fuisse, siue id contigerit quod eo tempore iacuerit here-

ditas siue qua alia ratione, non secus ac si pœna aut amplior æstimatio deberetur sub ea condicione *Si natus ex Asia venneret*, nauis autem iacente hereditate venisset. At ex contrario, inquires, si mercis æstimatio creuerit à quo tempore dies obligationis venit, iniuria fiet creditori, si cogatur contentus esse ea æstimacione, quæ fuit cum dies venit, suaque debitori frustratio proderit qui liberabitur dando centum pro frumento, ex cuius venditione nunc ducenta sit consecuturus. Nam quemadmodum debitori prodesse mora, cum species debetur si eam pluris vendit eo tempore quo dari debuit & pluris fuit, liberaretur ille dando minorem æstimacionem quæ tunc esset cum ageretur *d. l. hominem* [non etiam si extantem speciem daret, quia hoc ipso auctam quoque æstimacionem dare intelligeretur.] Sic ex diuerso mora debitoris ipsi esset profutura, si mercem quæ tempore moræ fuit minoris, præstare posset in ea æstimacione quæ tunc fuisset. Cum si mora nulla interuenisset, neque dies adiecta esset, eam æstimacionem deberet, quæ litis contestatæ, aut si bonæ fidei iudicium proponeretur rei iudicandæ tempore foret. Respondendum est, futurum quidem commodius debitori eam præstare æstimacionem quæ tum minor fuit cum dies obligationis venit quam si maiorem præstaret quæ superuenit: sed non moram eam suam acceptum illud commodum ferre, at iuri obligationis quæ sic contracta est ut dies adiecta sit, cuius rationem vterque contrahentium, voluerit haberi. Si enim æquum est eam diei adiectionem prodesse creditori, ad consequendam æstimacionem quæ tunc maior fuit, licet mora nulla interuenierit, ut probauimus, multo æquius esse ut mora debitoris sua die non soluentis facere non possit, quin eadem diei adiectio debitori ipsi prodesse debeat, ne ad aliud precij teneatur, quæ quod in obligatione deductum intelligitur, non secus ac si ipsis conuentionis verbis iam taxatum esset, quandoquidem, ut diximus illa diei adiectio fit pro reo magis quam pro stipulatore. At neque verum est, quicquam lucri hoc casu accedere debitori ob id quod debitam mercem sua die non soluerit. Quid enim lucratur, qui id quod debet non soluit eo tempore quo sit minimè? Dices, hoc ipsum lucratur quod eam rem postea carius vendit, & consequitur liberationem soluendo partem eius æstimacionis quæ ipse percipit maiorem. At respondeo posse hæc usurpari illud ipsum quod iam disputauimus, cum mercis æstimatio post moram decreuit, scilicet, cum postea venditur merx pluris facta, non vendi eam ipsam rem in specie quæ debebatur, quia non per modum speciei, sed generis debebatur merx: nec si soluta esset, futurum ob id fuisse ut quæ pluris vendita est, non fuisset tanti vendita. Nihil enim vetabat & illam quæ debebatur solui, & hæc vendi, cum ea quæ in genere consistunt recipiant suam functionem. Et hæc ad Africanum tractasse sufficiat. De reliquis enim quæ ad actionem mandati pertinent dicemus cap. 9. ut & breuius hæc & distinctius agamus. Restat ut moneamus quod iam satis ex superioribus colligitur Vlpianum in *l. pen. de condit. tritic.* licet de mora loquatur & de æstimacione ad tempus moræ reducenda, nihil tamen facere ad proposita disputationem quæ est de æstimanda re in diem debita & quæ post moram non deterior, sed vilior tantum facta sit. Ita demum enim vult Vlpianus rem debitam æstimari ex tempore moræ si post moram facta sit deterior, non etiam si vilior. Quæ sunt longè differentia: cum fieri possit ut seruus debitus factus sit deterior, & tamen preciosior, id est maioris precij quam fuerit antea propter aucta pro tempore precia seruorum. In eo-

que lapsus etiam Cuiacium miror qui deteriori facto seruo passim opponit seruum factum preciosiorem, cum opponere debuisset meliorem: Non animadvertens, quod tamen non ignorauit, rerum precia non ex ipsarum qualitate duntaxat, sed etiam ex tempore æstimanda esse. Cæteris quidem paribus & habita eisdem temporis ratione fieri nequit ut preciosior sit qui est deterior. Sed alio & alio tempore inspecto fauillimè hoc contingat ut seruus qui antequam claudus esset aut eluscatas non nisi centum vendi potuit in magna seruorum vilitate, postea factus claudus vel eluscatas dignus tamen sit ducentis superueniente penuria seruorum, & ex penuria, caritate. Illud quoque obseruari volumus Vlpianum in *d. l. pen.* sicuti non distinguit an mora aliqua præcesserit necne, aut an plurius homo fuerit tempore litis contestatæ, quia tractat de æstimacione præstanda post condemnationem, ut suo loco probauimus, ita neque distinguere an species deberetur in diem, aut sine die: quia nec ea distinctio necessaria est cum agitur de æstimanda re post rem iudicatam: sed vtroque casu æstimamus rem ex tempore condemnationis irrogatæ, quia posteaquam iudicatum est, incipit res exinde deberi, id est ex iudicatio non ex pristina obligatione: quippe quæ per sententiam extincta & sublata est, quod non est prætermittendum pro interpretationis nostræ ad eam legem confirmatione. Nam si ea Vlpiani sententia esset quæ vulgo creditur, ut in specie æstimanda aut merce, inspicendum esset tempus rei iudicandæ, non erit prætermittenda illa distinctio, An in diem concepta obligatio fuisset necne, quam nec Vlpian. prætermisit in *l. vltim. 22. de reb. cred.* nec Caius in *l. vlt. de cond. tritic.* nec Africanus in *d. l. hominem. D. mandat.*

CAPVT VIII.

Emendatio l. quoties 59. De verb. oblig. & de differentia diei & condicionis.

SUMMARI A.

- 1 In ineunda rei debitæ æstimacione tunc demum diem obligationi adiectam inspicere, quum certa dies adiecta iuri.
- 2 Certa dies quam dicatur?
- 3 Aliud statuendum esse si in diem incertam debeatur.
- 4 In quo differat is qui in certam diem debet ab eo qui in incertam?
- 5 Debitorem sub condicione ab eo qui in certam debet distinguendum esse.
- 6 Cuiacium ad l. quoties 59. de V. O. hanc distinctionem negligere.
- 7 Bartolo hanc sententiam probari ut debitor condicionalis eam æstimacionem præstet que fuit tempore moræ contractæ per interpellationem factam post condicionis euentum.
- 8 Varia eius sententia fundamenta.
- 9 Reprehenduntur nonnulla in Bartoli ratiocinatione.
- 10 Ex eo quidque æstimandum esse quo nouissime solui potuit.
- 11 Die certa obligationi adiecta aliquod instans dari, post quod non potest salua conuentione solui.
- 12 Quid significet vulgatum illud, ex eo tempore quidque esse æstimandum quo nouissime solui potuit.
- 13 Ex obligatione magis quam ex mora pendere ius illud quod de ineunda rei debitæ æstimacione constitutum est.
- 14 Solam moram per lapsum diei contractam facere ut aliud quam litis contestatæ tempus in stricto iudicio inspicatur.

- 15 Observatio ad dict. l. hominem. ff. mandat. & alias similes.
- 16 Verba illa d. l. quoties, vel sub condicione, expungenda esse.
- 17 Bartoli interpretatio ad illa verba reuocatur.
- 18 Quid Interpretem mouerit ut ea verba contra Iurisconsulti mentem adderet?
- 19 Cur in strictis iudicijs litis contestata tempus inspicere oporteat?
- 20 Ratio propter quam tempus condemnationis in strictis iudicijs inspicitur si tunc res p. iuris sit.
- 21 Cur in d. l. quoties, Iulianus de oleo, aliisque rebus quæ mercis appellatione continentur, dispiciet?
- 22 Sensus horum verborum, alioqui rei captio erit.

Quod toties diximus, die obligationi adiecta si quaratur de ineunda rei debitæ æstimacione siue merx species debita fuit, at siue ex iudicio bonæ fidei, siue ex stricto, inspicere debere quanti tunc res fuit cum dari debuit, eo demum casu verum est, quo dies certa fuit, ut Caius loquitur in *l. vltim. D. de condit. tritic.* nec dissimiliter Vlpianus in *leg. vltim. 2. 2. de reb. cred.* iis verbis, *si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset.* Certam vero diem accipere debetis expressa & demonstrata est, ut puta in *Calendas Martias proximas*, sed illam etiam quæ nullo modo expressa, tamen ex contractus verbis adeo necessariè colligitur, ut vi ipsa contractui inesse existimetur: qualis illa est quæ inducitur ex adiectione loci. Nam si centum Capuæ aut Lugduni te soluturum promiseris, licet diem nullam adieceris, constat tamen tacitam diem inesse stipulationi, & quidem certam, eam scilicet intra quam ad eum locum in quo destinata solutio est perueniri possit *leg. 2. §. qui ita. D. de eo quod cert. loco. l. eum qui Calend. 41. §. 1. leg. interduum. 73. l. contum. 137. §. cum ita de verborum obligat.* Proinde nihil causæ est cur æstimatio quæ eo tempore fuerit, pertinere de spectari non debeat, ac si dies expressa fuisset. Nam cum ius illud æstimandæ rei debitæ ex eo tempore quo rem dari conuenit, non aliam rationem habeat quam quod ea contrahentium voluntas fuisse videatur, quid obsecro interesse potest, an certa dies expressa sit, an tacite ex contrahentium voluntate subintellecta? Idque est quod ex Vlpiano proponitur in *l. idem erit. 60. D. eodem.* Cum enim ex Iuliano scriptum esset in *l. preced.* quoties in diem oleum quis stipulatur, eius æstimacionem eo tempore spectari oportere quo dies obligationis venit: tunc enim peti posse, Alioquin rei captionem fore, subiungitur ex Vlpiano idem esse et si Capuæ certum olei pondo dari quis stipulatus sit. Nam eius temporis fieri æstimacionem quo peti potest. Peti autem potest cum primùm in locum peruenire potuit. Quid ergo si in diem incertam debitum fuit? Multa sunt ex quibus probatur non idem dicendum esse, illud primùm quod frustra prudentes de certa die adiecta tractassent ut eius temporis rationem in æstimanda re haberi debere dicerent, si in die incerta, idem quoque admittendum esse existimassent. Deinde quia disputauimus de certa æstimacione ineunda, & quidem ex voluntate contrahentium. Fieri autem nequit ut de certa æstimacione cogitauerint contrahentes, qui in diem incertam obligationis non modo vim & potestatem, sed etiam naturam contulerunt. Postremo, quia multo magis imputari potest ei qui in diem certam debuit quam ei qui in incertam, cur ad diem non soluerit, ideoque ductus cum eo agi æquum est. Nam qui in certam

diem debet toto medio tempore potest soluere : & quamuis ad solutionem vrgeri nequeat, quia vt lex ait totum illud tempus liberum habet, tamen ad hoc omnimodo tenetur ex obligationis vinculo, vt soluat, aliqua saltem vltima parte eius temporis quod in obligatione positum est *l. qui hoc anno. 42. de verbor. obligat.* Qui vero in diem incertam dare obligatus est, a deo non tenetur villo interim tempore soluere vt etiam si soluat, non liberetur, *leg. stipulatio ista. 38. §. inter incertam cod.* Cur ergo condemnemus debitorem ad eam estimationem quæ tum fuit cum dies illa incerta extitit, si non fuit in eius potestate vt citius soluendo atque ita plus præstando quam deberet, se exoneraret. Quod si incertam diem à certa hac parte separamus, illud etiam consequens est vt debitorem sub conditione ab eo, qui in diem certam debet, distinguamus. Nihil enim dies incerta discrepat à conditione *d. §. inter. l. dies incertus. 102. & l. 1. de condit. & demont.* nec igitur debitor in diem incertam à debitore sub conditione: & cum debitor in diem separatur ab eo qui sub conditione debet, de eo intelligere proculdubio conuenit qui in diem certam debet, non de eo qui in incertam: Quod quamquam ita est, tamen quasi nihil intersit prorsus inter eum qui in diem certam, & eum qui sub conditione dare rem debuit, scriptum est in *dict. leg. quoties. 59. de verbor. obligat.* quoties in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, perinde estimationem olei eo tempore spectari oportere quo dies obligationis venit: id est spectari tempus existentis conditionis, sicut & diei quæ certa adiecta est in obligatione. Neque verò Cuiacius dubitat quin ita ius sit, quamuis ad eas rationes quas in contrarium adferimus nihil respondeat, quasi nec viderit, cum tamen ex certissimis & cuique obuiis iuris principiis sint depromptæ. Bartolus autem, licet multo robustiore nec tamen delicato solitus vti stomacho, tam duram sententiam concoquere facile non potest, magisque probat vt qui sub conditione debuit non eam estimationem præstare teneatur, quæ fuit tempore moræ contractæ per interpellationem, factam vtique posteaquam obligationis condicio extitit. Mouetur verò ex eo, quod vt huius vel illius temporis estimatio præstetur non ex alio fieri potest quam ex mora præcedente: cum enim non estimatio, sed res ipsa in obligatione sit, putat ille moram præcedere necessario debere vt ad estimationis condemnationem & præstationem perueniri possit. Atqui certum est moram non videri commissam ob id solum quod stipulationis condicio extiterit: siquidem conditionis existentia nihil aliud facit nisi vt ex eo tempore obligatio purè contracta esse videatur: quod ipsum tamen non sufficeret ad inducendam moram nisi subsecuta interpellatione. Nam quod obligatio pura est, efficit duntaxat vt ea statim conueniri & vrgeri debitor possit, non etiam vt ipso iure in moram constitutus, quasi hoc ipso interpellatus fuisse existimetur. Absurdum namque & inconueniens esset eodem temporis instanti & obligationem & moram ex obligatione contrahi, priusque necessario est vt obligatio sit & subsistat quam vt obligationi satis fieri oporteat, ac proinde quam mora ex obligatione contrahatur, vt non infubtiliter idè Bartolus disputat ex *l. quod dicimus. 105. de solut. leg. promissor. Strich. 21. §. 1. de constit. pecun. §. vlt. Inst. de iur. stip.* Atqui certum quoque illud est antequam condicio extiterit nihil prorsus deberi nec obligationis diem cessasse intelligi *l. cedere diem. 213. de verbor. significat.* Quod in debito in diem diuersum est, quia cum ex-

ploratum sit omnimodo debitum aliquando iri, tractamus enim de eo quod in diem certam debetur, vt diximus statim atque stipulatio interposita est placet obligationis diem cedere, nec aliud amplius expectari nisi vt veniat, ad hoc vt ex obligatione iam nata agi debitumque exigi possit. In qua Bartoli ratiocinatione vera sunt omnia, nisi quod ait de estimatione præstanda ex moræ tempore: Neque enim quicquam vetat in ineunda estimatione illud quoque tempus spectari quod moram præcessit, licet quandiu mora contracta non est, de præstanda estimatione quæri non possit. Eiusque rei manifestissimum argumentum & exemplum est in eo qui ad certam diem dare debuit. Hic enim non prius moram contraxisse videri potest, quam dies præterierit in quam collata obligatio fuit, quia nec antè peti quicquam ab eo potest: vbi autem nulla petitio, ibi nec mora vlla est *leg. si pupillus. 127. de verborum obligat. l. mora. 88. de regul. iur.* At obligatione in diem concepta, dicimus ineundam estimationem habita ratione eius diei in quam dilata fuit exactio, non diei sequentis. Tempus igitur cuius ratio habenda est in ineunda estimatione, præcedit necessario tempus moræ, & consequenter non est bona ratiocinatio Bartoli, cum debitorem condicionalem negat teneri ad eam estimationem quæ sit tempore conditionis existentis, ob hoc solum quod nulla dum eo tempore mora contracta esse possit. Debit potius dicere cum Celso in *l. si Calend. 11. D. de re iudic. ex* co quidque estimandum esse quo nouissime solui potuit: Potuisse autem id quod sub conditione debitum fuit solui post existentem condicionem citra moram: quia conditio ex se non habet inclusam diem certam neque tacitam neque expressam, tandiu autem solui impunitè & citra moram potest, quandiu soluendi tempus elapsum non est, quod porro nec prius elabi potest quam fuerit constitutum. Quoties autem dies certa siue expressa, siue tacita obligationi inest, datur instans, post quod fieri nequit vt salua conuentione soluatur: illud nimirum quod nouissimum instans est diei adiectæ in obligatione. Nam etsi post eam diem debetur quod antè debebatur, quoniam cessatio in solutione non est legitimus modus tollendæ obligationis, verum tamen est non satisfacere conuentioni eum qui post diem soluit quod intra diem soluere debuit: ideoque ex voluntate contrahentium estimandum est id quod debetur ex vltimo illo instanti, vt obligationi satisfactum videatur: quamuis mora non nisi post instans illud præteritum contrahatur. Quæ ratio si bene inspicias non eò pertinet, vt intelligamus totius præcedentis temporis rationem nullam haberi oportere. Nam etsi dies nulla obligationi adiecta esset, neque condicio, sed pura obligatio proponeretur, nemo tamen diceret, certè nemo adhuc dixit estimandam esse rem ex die interpositæ stipulationis, nisi cum id faciunt expressa verba stipulationis vt in *l. fundum Cornelianum. 28. D. de nouat.* Absurdissimum autem fuerit in obligatione quæ in diem certam concepta est aut sub conditione, potius quam in pura id estimare. Ergo cum dicimus ex eo tempore quidque esse estimandum quo nouissime solui potuit, hoc magis significamus, sequentis temporis rationem haberi non posse. Non enim aut iuris ratio aut contrahentium voluntas patitur, vt res debita estimetur ex eo tempore quo solui amplius ex conuentione non potest. Ex eoque apparet esse verissimum quod nos disputauimus in superioribus, ex obligatione magis quam ex mora pendere ius illud quod constitutum est à prudentibus de ineunda rei debite estimatione, nec

proinde ob id quod mora commissæ est etiam per interpellationem, statim consequens fieri vt quanti plurimum res fuit ab eo tempore præstari debeat, nisi quantum iuris ratio patitur, & natura iudicij quod exercetur. Vnde illud est quod Africanus in *dict. l. hominem*, de qua proxime diximus, subiiciens exceptionem ad id quod dixerat in actione ex stipulatione quæ stricti iuris est spectandum esse tempus quo agitur, non scripsit nisi per debitorum mora facta sit ex creditoris interpellatione, sed adiecit quomodo sua die solueret vt intelligamus, non omnem moram facere vt aliud quam legitimum, non omnem moram facere vt aliud quam legitimum contestata tempus in iudicio stricto inspicere oportet, sed eam demum quæ per lapsum diei contracta sit, eam, inquam, non quatenus mora est, sed quatenus eo casu inducitur, quo fieri nequeat vt aliter obligationi satisfactum videri possit, quam si eius temporis intra quod dari res debuit estimatio incatur. Ad eò vt quamuis ab eo tempore estimatio creuerit, nihilominus idem tempus spectandum sit. Obseruandum verò est quod ad propositam disputationem pertinet, non ita scripsisse Africanum quomodo sua die aut existente condicione solueret, sed solius diei non etiam conditionis meminisse, sicut & ceteros Iureconsultos in *dict. leg. vnum de reb. cred. & dict. leg. vltim. de condit. triticar.* quia nec dubitarunt quin eadem certæ diei & conditionis ratio esse non deberet. Quæ omnia cum ita sint nec verius quicquam in iure disputari possit, non video quis dubitationi locus relinquatur, quin verba illa legis quoties 59. de verbor. obligat. quæ eandem hac parte rationem faciunt diei certæ & conditionis, expungi debeant, & ineptò interpreti adscribi potius quam Iuliano. Nam quod Bartolus ea sic interpretatur vt existente condicione estimatio faciendæ sit ex tempore moræ quæ per subsecutam interpellationem contracta sit, nihil minus quam Iuliani verbis conuenit quibus disertè expressum est, estimationem eo tempore spectari oportere quo dies obligationis venit, & quo peti potest: vt & in *leg. seq. Vlpianus* ait. Porro constat ex quo extitit condicio stipulationis & cedere & venire diem obligationis statimque ex ea agi posse, nec necessarium esse vt præcedat interpellatio, quæ nec fieri vlla potest nisi postquam cœpit agi posse, & peti quod deberetur. Interpretem fessellit quod existimauit nihil aliud hic intuendum esse nisi an dies venerit quo agi possit: Perinde enim venit cum extitit condicio stipulationis, atque si in diem certam concepta obligatio fuisset, eaque dies iam venisset. Quod si ita accipiendum esset, sequeretur obligatione nec in diem nec sub conditione, sed purè contracta, tempus ipsum contractæ obligationis spectandum fore, quoniam ex ea protinus agi potest: Quod tamen iam supra negauimus, quin ad inducendam certi temporis estimationem, non sufficit, quod eo tempore agi posse cœperit, nisi danda actioni causam illud dederit quod ex eo tempore desierit promissor posse conuentioni satisfacere. *l. si Calendis*, quod tunc accidit cum in diem certam concepta fuit obligatio, non cum purè, aut sub conditione quantumuis postea condicio extiterit. Eaque etiam ratio reddi potest propter quam in iudiciis strictis inspicere oportet et tempus litis contestatæ, quia cum in iis nulla moræ ratio habeatur, nisi ad perpetuandam obligationem si forte species debeatur quæ post moram petire aut deterior fieri potest, non etiam si metus sit in obligatione, apparet posse debitorem tandiu satisfacere quoad ius contestata non est: ab eo autem tempore quo litem secum contestari passus est non posse satisfacere, quia per contestationem accedit no-

ua quædam veluti obligatio, cum in iudicio quasi contractatur: quam obligationem nouam dissolui quod necesse est vt priori satisfactum videatur, quando ex eo nata sit quod prior non fuerit prius dissoluta. Porro non aliter posterior hæc ditior potest, quam si ea estimatio præstetur quæ fuit tempore litis contestatæ. Nec eo minus tamen spectamus tempus condemnationis in iudiciis bonæ fidei si tunc res pluris sit, quoniam licet stricta iuris ratio repugnet quæ temper contestationis tempus spectandum esse suaderet, tamen bona fides cuius præcipua in his ratio habetur, cogit iudicem vt tam præcedentis quam sequentis temporis, id est aut moræ aut condemnationis vtro tempore res pluris fuit incat estimationem: quia nec post moram integrum est promissori satisfacere conuentioni, cum in iudiciis bonæ fidei mora spectanda & expianda sit, hoc ipsum quoque non tam iuris quam bonæ fidei ratione *l. mora. 32. §. vlt. l. videamus. 38. §. pen. & vlt. de iur.* Ideo autem Iulianus in *d. l. quoties*, de oleo loquitur & aliis rebus oleo similibus, id est quæ mercis appellatione continentur, quia cum species debetur in diem non similiter contingit, vt post diem species præstari nequeat: licet enim mutata sit eius estimatio, eadem tamen species manet, siue creuerit precium siue decreuerit, nec proinde est quod quaratur de estimatione rei quæ ipsa præstari potest, sed alia ratione indemnitati stipulatoris aut alterius cuiuslibet creditoris consulimus, quia siue preciosior species facta est, hoc ipsum quod pluris nunc est consequitur creditor, speciem accipiendo: siue deterior facta est, tenetur debitor in diem vt præstet creditori quanti eius interfuit, sua die solui: Tanti verò saltem interfuit quanti tunc res fuit. Denique in hac lege illud obscurum videri potest quod Iulianus ita scribit *alioquin rei captio erit.* Quæ verba Hotomanus emendat vt legat, *alioquin alius rei pactio erit.* Sed quam insulsa sit emendatio, & quis Iuliani sensus sit tam aperte docuimus cap. 6. vt non alio Iulianus nunc indigeat assertore. Rectèque Accursius *captionem* interpretatur *damnum*, vt & in *l. vlt. de pact. dotal.* & aliis perliquis iuris locis.

CAPVT IX.

De differentia mandati, & aliorum bonæ fidei contractuum in debita re estimatione. 73. D. mandat.

SVM MARIA.

- 1 Mandati actionem ab aliis bonæ fidei iudiciis differere quum de ineunda rei debite estimatione agitur.
- 2 Dissimilitudinis ratio reddatur ex dicta leg. hominem.
- 3 Inspiciendum esse in specie dict. l. hominem, non quid nunc fideiussori, sed quid tunc ei absuerit quum ex mandato soluit.
- 4 In strictis iudiciis non præstari quanti plurimæ res fuerit à die moræ usque ad diem condemnationis.
- 5 In b. f. iudiciis certam quidem estimationem ex die mora fuisse, sub hac tamen exceptione, si non plures res foret quum iudicaretur.
- 6 In quo contemnat, in quo item differat mandati actio à contraria negotiorum gestorum actione?
- 7 Cuiacij illatio ex illis Africanus verbis in d. l. hominem, aliter in stipulatione seruatur.

- 8 Ex illo loco optime probari, in strictis iudiciis litis contestatae tempus spectari.
- 9 Reprobatur ratio a Cuiacio reddita, propter quam in d. l. in stipulatione non etiam in actione mandati tempus litis contestatae spectatur.
- 10 Reijciuntur quae ad enarrandam actionis mandati, & actionis ex stipulatu differentiam a Cuiacio adiecta sunt.
- 11 Mancam esse superiorem Cuiacii rationem.
- 12 Eiusdem interpretatio ad illa Africani verba, aliter in stipulatione seruatur, ex ipsis Africani verbis refellitur.
- 13 In actione ex stipulatu, & omnibus b. f. iudiciis illud obseruari ut contra debitorem speciei ante moram perempta actio exerceri non possit.
- 14 Ad hoc ut speciei debita interu u debitor liberetur, sufficere si nulla mora praecesserit.
- 15 Iureconsultos, quum de ineunda rei debita aestimatione tractant, ad propriam cuiusque actionis naturam & conuentionis potestatem, non ad moram respicere.
- 16 Nihil in d. l. hominem interesse an certus, an uero incertus homo promissus sit.

Differre tamen mandatum a ceteris bonae fidei contractibus, & consequenter actionem mandati ab aliis bonae fidei iudiciis cum agitur de ineunda rei debita aestimatione, constat satis ex iis quae a nobis in superioribus disputata sunt, si coniungas id quod Africanus scribit in l. hominem. 37. D. mandat. Docuimus enim, & ut nobis videtur, abunde probauimus ita ferre naturam iudiciorum bonae fidei ut si quando rei aestimatio praestanda sit, inspicere oporteat utro tempore res pluris fuit aut morae, aut litis contestatae si mora nulla contestationem praecesserit, aut rei iudicanda. Africanus uero in d. l. hominem, scribit, cum mandati agit is qui pro te hominem dari fideiussit & soluit, aestimationem eius hominis ad id potius tempus quo solutus sit non quo agatur referri debere, ex quo infert, etiam si mortuus interim homo fuerit, nihilominus uilem eam actionem esse. Nec sane obscura dissimilitudinis ratio est in qua etiam tradenda uideo interpretes omnes conuenire. Non enim mandati obligatio competit fideiussori ob id solum quod fideiubendi mandatum suscepit, aut fideiussit, sed quia soluit, competit autem ex fide bona quod aequum sit indemnem eum seruari, nec damnum sentire ex amici officio quod pro te impleuerit. Porro quantum ei debeatur indemnitate nomine, non ex alio sciri potest quam ex comparatione eius quod ipsi abest ex causa mandati. l. inter. 26. §. abesse. D. mandat. Quid uero ei abest? Nimirum quanti seruus fuit tempore solutionis. Ergo illud ipsum precium inspiciendum praestandumque erit, siue eo tempore quo agitur, seruus ille decesserit, siue pluris tunc sit aut minoris. Quia sicuti damnum ex mandato sentire fideiussor aliusue mandatarius non debet, ita neque lucrum captare. Dices Abesse fideiussori non eam hominis aestimationem quae fuit solutionis tempore, sed hominem ipsum, qui solutus fuit, ac proinde quanti homo ille est tum cum agitur, quia si hominem ex causa mandati non soluisset, tantundem hodie consequi ex hominis venditione posset. Respondeo, non quid nunc fideiussori abest inspiciendum esse, sed quid tunc ei abfuerit cum soluit. Ex quo enim facta solutio est, coepit certum esse quid abesset, ac proinde quid actione mandati praestari oporteret, semel autem constituta obligatione quae certam legem certamque quantitatem habuit, non ob id augeri potest ex postfacto quod tardius agatur leg. si sterilis. 21. §.

cum per venditorem. D. de act. emp. Nam si statim post factam pro te solutionem fideiussori praestitisses quantum homo fuisset, nihil a te supra eam quantitatem petere ille potuisset: Alioquin cum mandatario praestari debeat non tantum quod ei abest propter mandatum, sed etiam quod abfuturum est, cresceret in infinitum soluti hominis aestimatio: nec plene unquam liberatus uidereris ne tum quidem cum aucta ex postfacto praesentemque aestimationem praestitisses: quoniam post eam satisfactionem adhuc hodie pluris esse seruus posset. Quod si in mandati actione quae plenissimas recipit praestations adeo districtè hoc obseruatur, ut a quo tempore certa deberi coepit aestimatio non possit ea crescere ex postfacto, quis ferat quod nostri uolunt, etiam ex contractibus strictis praestandum esse, quanti plurimi unquam res fuerit a tempore morae ad diem usque condemnationis? Aut quis nobiscum non sentiat, in iis quoque iudiciis quae sunt bonae fidei, si morae tempore pluris res fuit, non posse crescere aestimationem? At, inquit, non accipit aestimatio certam legem ex tempore morae, ne in bonae fidei iudiciis, cum si pluris res sit tempore condemnationis, utique tempus illud non morae inspicere oporteat. l. 3. §. in hac. ff. commod. leg. 3. §. vlt. de act. emp. Ego uero admitto equidem nesciri posse ante condemnationem quanam & cuius temporis habitata ratione aestimatio iniri debeat, sed si condemnationis tempore appareat pluris rem fuisse tunc cum mora contracta est, dico iam inde ab eo die certam aestimationem debitam fuisse intelligi, nec quod potuit res pluris esse tempore iudicati, consequens fieri, ut aucta interim aestimationis ratio aliqua sit habenda. Dicerem potius certam fuisse aestimationem ex quo mora facta est, sub hac tamen exceptione, si non pluris res foret cum iudicaretur. Ceterum actioni mandati hac parte simillima est contraria negotiorum gestorum actio: utriusque enim actionis eadem natura, idemque fauor est: nec alia uia differentia, nisi quod mandati actio contraria non competit nisi mandato praecedente, negotiorum uero gestorum ubi mandatum nullum intercessit l. ex mandato. 20. D. mandat. At non eo minus aequum est ut indemnem praestes eum qui pro te absente & ignorante fideiussit, imò tanto magis quanto promptior fuit ille ad negotium tuum bona fide, & uiliter gerendum, non expectato mandato. Et in utraque actione spectandum igitur est tempus quo alius pro te soluit, non quanti postea res soluta esse coeperit, siue pluris, siue minoris, siue morae, siue litis contestatae tempore, siue condemnationis. Aliter, inquit Africanus in d. l. hominem, in stipulatione seruatur. Vbi notat Cuiacius eos qui nullam inter iudicia bonae fidei & stricta differentiam agnoscunt facile ex illo Africani loco refelli posse, cum supradictis uerbis apertissima differentia constituitur inter actionem mandati quae bonae fidei est, & actionem ex stipulatu, quae stricti iuris, idemque mihi aliquando uidebatur. Sed omnino, ut nunc uideo male, & imperite. Nec enim hac in re magis differt actio mandati ab actione ex stipulatu, quam a ceteris actionibus bonae fidei, in quibus ut diximus non nascentis actionis tempus inspiciatur, sed utro tempore pluris res fuit aut morae siue iudicialis siue extraiudicialis, aut condemnationis: excepta contraria negotiorum gestorum actio. Illud sane locus hic Africani recte probat, in actionibus stricti iuris qualis ea est quae competit ex stipulatione, spectandum esse tempus quo agitur, id est, litis contestatae. Cur enim in actione ex stipulatu sic constitutum putemus nisi quia stricta actio

ctio est? l. 3. §. in hac. D. commod. l. uinum. 22. de reb. credit. l. vlt. de condit. tritic. Parumque subtiliter uidetur mihi facere Cuiacius, qui interrogatus cur in stipulatione spectetur tempus litis contestatae non etiam in actione mandati, respondet nullum aliud tempus esse quod in actione ex stipulatu inspicere possit, nec esse quod unquam occurreret quicquam de spectandis, inquit, unquam occurreret quicquam de spectandis, do tempore stipulationis in quaestionibus huiusmodi, nisi in specie l. cum quis. 23. de oblig. & action. Quasi uero, inquam, nullum aliud quam interposita stipulationis tempus sit, de quo dubitari queat in hac quaestione, an eius ratio aliqua habenda sit necne. Cur ergo putat ille cum ceteris interpretibus, si mora contracta sit spectandum esse tempus morae quae praecesserit contestationem? Cur spectari tempus condemnationis aut etiam mortis si tunc pluris res esse proponatur? Cur denique quanti plurimi unquam res medio tempore fuit, ut ueteres omnes interpretes somniant? Ratio igitur alia melior quaerenda est propter quam litis contestatae nec aliud ullum tempus spectari Africanus uelit, nisi cum dies adiecta est. Quod autem uir idem doctissimus ut latius enarret differentiam quae est inter actionem mandati, & actionem ex stipulatu, subiicit, stipulatorem neque mihi rem gessisse stipulando, neque ei quicquam propter me abesse, non esse igitur cur agat ex stipulatu si interim homo promissus interierit sine culpa mea, multo impertinentius est. Quid enim prohibet stipulatorem negotium promissoris gessisse? Finge hunc ipsum fideiussorem de quo Africanus tractat in d. l. hominem, a te stipulatum esse, & malle ex stipulatu quam actione mandati contra te experiri. Nam & ad hunc casum accommodari Africanus potest, cum stipulationes omnes conuentionales pendeant ex negotio contracto, ut Pomponius ait in l. 5. de uerb. obligat. Et uerba illa Africani aliter in stipulatione seruatur possunt hanc interpretationem commodè admittere ut aliud sit si fideiussor tuus qui pro te soluit, obstrictum te habeat ex stipulatu, malitque ex stipulatione agere quam mandati. Sed & ratio haec Cuiacii non alij satisfacit quam ei qui quarat, cur aliter in stipulatione quam in mandato seruatur: at manca est, si quis illud sciscitetur de quo nos disputamus, cur aliter seruatur in actione ex stipulatu quam in iis quae bonae fidei sunt, quas non indemnitas actoris parit, ut actiones contrarias mandati & negotiorum gestorum, sed alia qualibet iusta causa contrahenda obligationis: in quibus tamen non tempus litis contestatae ut in actione ex stipulatu, sed uel morae, uel condemnationis ut diximus inspiciendum est. Illud uero longè improbabilius est, quod idem Cuiacius uerba illa aliter in stipulatione seruatur sic interpretatur quasi hoc tantum uelit Africanus, ut si homo ex stipulatu debitus ante moram decesserit, nulla supersit actio contra debitorem. Et si enim hoc uerissimum est promissorem liberati interitu speciei ante moram contingente leg. si ex legati. 23. de uerb. obligat. non tamen id agit Africanus ut hoc doceat, sed seipsum longe aliter & euidentissime interpretatur cum statim subiicit nam tunc id tempus spectatur quo agitur. Prius siquidem cum de mandati actione ageret, dixerat e contrario non tempus quo agatur spectandum esse, sed quo solutus fuit homo ex causa fideiussionis. Quod autem subiunxerat, si interim seruus solutus decessisset, nihilominus uilem mandati actionem fore, non nisi per quandam ueluti consequentiam dictum uideri debet. Semel enim nata mandati actio ob id quod coeperit abesse fideiussori non potest ideo pe-

rite, quod seruus solutus perierit, quia nec ob id desinit ei abesse. Ceterum quod in actione ex stipulatu obtinet, ut non possit exerceri contra debitorem speciei ante moram perempta, idem proculdubio locum habet in aliis omnibus etiam bonae fidei contractibus, ut puta si homo uenditus necdum traditus decesserit ante moram. Venditor enim liberatur, nec eo minus pretium petere potest ut contra Cuiacium disputauimus lib. 2. cap. 4. Idem est si setutus legatus proponatur, dicit. leg. si ex legati. 23. de uerb. obligat. licet actio ex testamento soleat sequi & imitari naturam bonae fidei actionum leg. usura. 34. de usur. Non igitur quemadmodum ex eo quod in actione mandati spectatur tempus solutionis factae per fideiussorem, inferri merito potest superesse obligationem & actionem quamuis homo a fideiussore solutus perierit, ita possis inferre hominis promissum interitu liberari promissorem, ex eo quod in stipulatione tempus illud inspicatur, quo agitur: nihil enim hoc cum illo commune habet, speciemque debitam esse sufficit, & nulla mora praecedente peremptam, ut debitor liberatus intelligatur, siue ex contractu bonae fidei, siue ex stricto debitor fuit: Idque apparet etiam manifestius ex illa exceptione quam subiicit Africanus nisi forte per promissorem sterneret quominus sua die solueret, aut per creditorem quominus acciperet. Non enim potest exceptio illa accommodari ad id quod Cuiacius ab Africano traditum putat liberari debitorem speciei ea perempta, scilicet: ex qua parte Africanus tractat de mora creditoris Nam cum per creditorem stetit deominus sua die acciperet, tanto facilius admittenda est liberatio debitoris, qui etiam si nulla ex parte mora interuenisset, liberaretur. Apparet etiam ex superioribus, Iureconsultos cum tractant de ineunda rei debita aestimatione ad propriam cuiusque actionis naturam, & conuentionis potestatem respicere, non, ut interpretes putant, ad moram. Neque enim is qui fideiussorem dedit, in mora constituitur ob hoc solum, quod fideiussorem de suo soluere patiat, nempe quod ad obligationem, & actionem mandati pertinet, quae nec nascitur in fideiussoris commodum priusquam soluerit pro debitore: & tamen condemnationis eum ad aestimationem quae fuit illo ipso instanti quo soluit fideiussor hominem qui debebatur. Illud postremo pessime Cuiacius ad Africanum, quod Accursium reprehendit qui scripserit idem iuris esse si incertum atque si certum hominem dari quis fideiussit. Et si enim Africanus de certo homine loquitur, non alia tamen ratione id facit quam quia tractat de homine non solum promisso, sed etiam soluto & post solutionem mortuo, incertus autem & in genere nec solui nec mori potest. Et hoc ipsum est quod mouere nos debet ut nihil interesse debeamus credere, an certus homo, an incertus promissus sit, cum non possit locus esse quaestioni, nisi post solutionem, nec rursus solui homo nisi qui sit certus.

CAPVT V.

De emendatione & sententia l. cum quis. 23.

D. de oblig. & act.

SVM MARIA.

1 Obiectio petita ex l. cum quis. 23. de oblig. & act. aduersus ea quae de ineunda rei debita aestimatione superioribus dicta sunt.

2 Distinctio inter fideiussorem & alias personas quae ex stipulatione conueniuntur, ad soluendam obligationem ab Interpretibus adhibita, reuocatur.

- 3 *Quenam estimatio inspicitur quum fideiussor ipse ex stipulatione agit?*
- 4 *Fideiussore ex stipulatu conuenio eandem in ipso in eundem estimatiois rationem inspicendam, que in principali debitoris spectatur.*
- 5 *Hoc ipsum in debito mercis precipue obtinere.*
- 6 *Merce ad diem dictam non soluta, non ipsam mercem sed mercis estimationem in condemnationem à iudice deduci debere.*
- 7 *Fideiussore in d. l. cum quis. de V. O. in eundem estimationem condemnandum esse, in quam reus principalis mercis debitor condemnaretur.*
- 8 *Alia Accursij interpretatio ad d. l. tanquam diuinatoria reijcitur.*
- 9 *Nota coniectura ad verba illa d. l. quò satis accepit.*
- 10 *Verbis illis negationem proponendam esse.*

His quæ hucusque diximus de ineunda rei debita estimatione, siue pura, siue in diem concepta fuit obligatio, maximè illud ob stare videtur quod idè Africanus noster in *c. cum quis. 23. de obligat. & action.* respondit, Cum quis mercem in diem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis ineundam esse estimationem quo satis accepit. Nam si adiecta diei ratio habenda est, & quidem præcisè vt docuimus, cur non fideiussorem ad eam estimationem condemnamus, quæ mercis fuit eo ipso die quo dari merx debuit? Sin diuersum hoc casu obtinet ex iure aliquo singulari ob personam, aut potius in persona fideiussoris, qui sicut non nisi ex stipulationis vinculo teneri, ita neque alia quam ex stipulatu actione conueniri potest *l. blanditius. 3. c. de fideiuss.* Cur non litis saltè contestatæ tempus spectamus, vt in aliis omnibus casibus in quibus agitur ex stipulatione *d. l. hominem. 37. D. mand.* Nusquàm enim reperias referri estimationem ad tempus inchoi contractus, nisi vno illo casu quo id ipsum à contractibus factum sit, & contractus verbis expressum, cum quis fundum Cornelianum stipulatus, postea quanti is fundus est stipulatur *l. fundum Cornelianum. 28. De nouat.* † Sunt qui post Accursium distinguant inter fideiussorem & alios, sed ita tamen vt nullam adferant distinguendi rationem: quæ nec certè vlla est, cum fideiussor ipse ex stipulatu conuenitur, sicut nec vlla esset si ageret ille ex stipulatione: quem sentum esse supra diximus eorum Africanus verborum in *d. l. hominem, aliter in stipulatione seruiatur.* Non enim differentiâ constituit inter fideiussorem & alias personas, sed inter contrariam actionem mandati & actionem ex stipulatu, cum etiã cum hæc aut illa actio per fideiussorem exercetur. † Quamquam casus ille dubitabilior est quo fideiussor ipse agit ex stipulatione, quam quo conuenitur: nam cum agit, sicut agit antiquam fideiussor ita videretur eadem ratio & æquitas suadere vt inspiciretur estimatio quæ solutionis tempore fuisset, si actio ex stipulatu interpretationem aliquam recipere posset ex æquitate & bona fide. † At cum fideiussor ex stipulatu conuenitur, cur obsecro aliam ipsius causam constituamus quam sit cæterorum omnium ex stipulatione obligatorum, præsertim verò ipsius debitoris, ex cuius obligatione metienda vtique est fideiussoris obligatio: alioqui facillè eueniet, vt fideiussor aut in aliam aut in duriorè causam acceptus videatur, quod à vulgaribus notissimè que iuris regulis abhorret: sed in aliam sanè potius quam in duriorè. Neque enim fieri potest vt alia in debitorè principali, alia in fideiussore spectetur ratio ineunda estimationis, siue maior, siue minor sit

estimatio quæ à fideiussore debeat, quin dicendus sit fideiussor in aliam causam acceptus esse, siquidem quantumcumque illud sit quod addas precio, aliud pretium esse, ideoque si de emptione tractetur alia quoque emptio fieri intelligitur *l. pacta conuenia. 72. D. de contr. emp.* † Hoc verò tanto magis in debito mercis obtinet, quæ sicut in genere & quantitate non in specie consistit, mutaturque in singula ferè temporum momenta, non aliter videri potest eadè merx esse, eadèque res quæ debetur à pluribus, quam si in omnium personis eiusdè temporis estimatio inspicatur. † Nã & inde est, quod post diem solutioni dictam si merx soluta non sit, necessariò in condemnatione deducere iudex debet non mercè ipsam sed mercis estimationem, siue bonæ fidei siue stricti iuris iudiciū proponatur, quod in specie debita diuersum est, quæ siue pluris siue minoris facta sit etiam post morã dummodo non deterior, eadem semper species eadèque res & est, & esse intelligitur, vt latius à nobis in superioribus disputatum est. † At qui in proposta questione cum quis in diem stipulatus est in mercem, nemo dubitat quin quod ad reum & principalem debitorem attinet, ea mercis estimatio constituenda sit quæ eo ipso die fuit quo dari merx debuit. Sic enim scriptam est in *l. vinum. 22. de reb. credit. l. ult. de condic. tritic. l. quoties. 59. de verb. obligat.* & ab Africano ipso in *dict. l. hominem.* Ergo nec aliud in huius debitoris fideiussore dicendum est. † Quare nec Accursius ipse perstat in ea differentiâ, quam inter debitorem & fideiussorem primùm constituerat, sed ad aliam confugit diuinationem: & ait Africanum intelligendum esse de fideiussore accepto post diem dictam solutioni, vt quod Africanus vult id tempus spectari debere quod stipulator satis accepit, non aliud sit quam si diceret idè tempus & in fideiussore & in debitore spectandum esse. Quam sententiam & interpretationem Cuiacius quoque & Hotomanus aliique recentiores nonnulli probarunt, Parum acutè sanè vt mihi videtur, ne dicã prorsus ineptè. Nam præter id quod vix est vt fideiussor accipiatur eo tempore quo iam nata est actio ad extorquendam solutionem, cum etiam cum id sit, dico eam estimationem à fideiussore deberi, quæ sit non eo die quo fideiussor accipitur, sed quo dari merx debuit. Alioqui eueniet proculdubio absurdum illud quod iam diximus cauendum esse, vt in aliam re planeque diuersam causam acceptus videatur. Siquidem fieri vix potest vt eandem eiusdè mercis estimatio sit diuersis diebus, iam autem probauimus, adiecto die eam ipsam estimationem præcisè deberi quæ tunc fuit, non eam quæ sequenti die siue creuerit illa, siue decreuerit. Etsi autem posset absurdum hoc euenire si verum esset quod contra putant interpretes omnes & veteres, & recentiores, etiam adiecta die crescere estimationis condemnationem si postea pluris res fiat, quia æquè fideiussor & debitor auctam estimationem præstarent, pone tamen pluris rem fuisse eo die, quo ex verbis stipulationis debuit dari, non poteris, assequi vt fideiussor non in aliam causam acceptus videri debeat, qui non obligatur ad eandem estimationem sed ad minorem. At secundum id quod verius putamus, vt eius præcisè temporis quod obligatione comprehensum est rationem haberi oporteat, siue minoris rem fuisse eo die, sequenti verò & exinde magis ac magis creuisse estimationem. Eueniet vtique vt fideiussor accipiatur non in aliam causam, sed etiam quod absurdum est in duriorè causam, id est ad mercis estimationem maiorem, quam quæ à reo debeat. Ita fit vt posterior hæc interpretatio, præter

ter id quod diuinatoria est, vt nemo non videt, nulla ratione probabilis videri possit. † Illud longè probabilius fuerit si quis dicat verba illa Africanus quo satis accepit sic accipienda esse, ac si scriptum esset in quod satis accepit. Nam quemadmodum contraxit vultusque in eo loco intelligitur, in quo vt solutusque obligauit, sicuti scriptum est in *lege contraxisse prox. preced.* Ita dici potest in quod collata solutio est. Sed etiam obligationem, in quod collata solutio est. Sed tamen durior mihi videtur hæc interpretatio, quam vt facillè admitti possit: Quibus enim verbis potest apertius demonstrari, & exprimi tempus accepti fideiussoris, ad exclusionem temporis positi in obligatione, quam illis quo satis accepit. Nec nisi valdè improprè possis dicere contractum qui hodie factus sit de pecunia Calendis Martiis proximis soluenda Calendis illis factum esse. Ideoque Iulianus in *dict. l. contraxisse*, vtitur verbo illo intelligitur quod solet denotare, vt nostri loquuntur, improprietatem. At illa quæ sequuntur quo satis accepit id tempus demonstrant quo verè stipulator satis accepit, non quo satis accepisse intelligatur. Nullus ergo fictioni, nullus improprietati locus relinquitur. † Igitur, vt tandem dicam quod sentio, fatendum est, ni fallor corruptum esse Africanus responsum & adita negatione legendum non quo satis accepit, quæ lectio facit vt legis sententia non solum vera sit sed aperta, illa videlicet, vt cum quis mercem stipulatus fideiussorem accepit, eius temporis estimationem spectari oporteat, in quod stipulatus fuit, non eius quo satis accepit. Nam & similiter idem Africanus in *dict. l. hominem*, tractans eandem questionem cuius temporis habenda ratio sit in estimatione ineunda, ita scribit *estimatio eius ad id tempus potius quo solutus sit, non quo agatur referri debet.* Sustulit verò negationem imperitus interpret, existimans fortasse imperfectam fore legis sententiã si sic legamus non quo satis accepit quasi demonstratiis verbis tempore quod spectari non oportet, non etiam illo quod inspicendum est: At obseruare debuerat, imò dictionem illam eius quæ est in præcedentibus satis exprime: e tempus illud de quo iam Africanus locutus fuerat, id est diem in quem creditor mercem stipulatus est: quod vnum tempus est cuius hac in re rationem haberi necesse sit. Denique cum sua Africano sententia constet, etiam sublata illa clausula quam nos emendamus quo satis accepit tollendam potius eam putarem, quam mihi persuadere vnquam possem id scripsisse aut sensisse Africanum quod à vera rectaque iuris ratione tam euidenter abhorreat, nobis tamen prior illa nost. a emendatio magis placet.

CAPVT XI.

De estimatione rerum furtiuarum & amotarum.

SVMARIA.

- 1 *Non bene ab Interpretibus hæcenus intellectum fuisse. §. 1. l. 8. ff. de condic. furt.*
- 2 *In conditione furtiuæ non pluris estimari rem furtiuam quam quanti plurimi fuit à die litis contestatæ, in diem quo restituatur.*
- 3 *Quid in l. 2. §. quæsitum ff. de priuat. delict. per iudicij accipiendi tempus. Accursius intelligat?*
- 4 *Quid intersit inter accepti & accipiendi iudicij tempus?*
- 5 *In condemnationem ex causa conditionis furtiuæ non posse venire quanti plurimi res fuit à die commissi*

- 6 *furti in diem usque contestationis.*
- 6 *Mora in strictis iudicij ante litis contestationem commissa quatenus ratio habeatur?*
- 7 *Verba illa d. §. 1. l. 8. semper moram facere videntur. quo referenda sint?*
- 8 *Cur debitor qui speciem deteriorè factam post moram reddit non liberetur?*
- 9 *Solo furum odio factum esse, vt quanti plurimi res subrepta vnquam fuit à die litis contestatæ in diem usque condemnationis præstetur.*
- 10 *Pleraque alia absque iuris ratione solo furum odio constituta esse.*
- 11 *Illud furis odium efficere non posse vt rei furtiuæ estimatio iudicij accipiendi tempus retrorsum egrediamur.*
- 12 *Stephani interpretatio ad §. quæsitum. l. 2. ff. de priuat. delict. reijcitur.*
- 13 *In quo Cuiacius furis conditionem deteriorè vel meliorem faciat?*
- 14 *In conditione furtiuæ furem à die litis contestatæ teneri quanti plurimi res erit vel minimo instanti usque ad tempus rei iudicata.*
- 15 *Respondetur ad l. 9. ff. de in lit. iurand. & differentiã indicatur inter actionem furti & conditionem furtiuam.*
- 16 *In actione furti rem subreptam ex actionis iure iurando estimari, in conditione furtiuæ rei estimationem ex post facto crescere.*
- 17 *Cur rerum amotarum estimatio ad id tempus quo amota sunt referatur?*
- 18 *Actionem rerum amotarum in locum actionis furti & conditionis furtiuæ substitutam fuisse.*
- 19 *Ei cui furtum factum est iniuriam non fieri, si furti actione agens præterit duntaxat temporis estimationem que sorte minor fuit consequatur.*
- 20 *Re furtiuæ vilioris pretij facta extante, non estimationem quanti plurimi res vnquam fuit, sed corpus ipsum condicendum esse.*
- 21 *Extante specie debita non ob in crescere condemnationem quod estimatio eius post moram decreuerit, nisi quum post moram deterior facta est.*
- 22 *Cur in conditione furtiuæ in litem non iuretur si res post litem contestatam extare deserit?*
- 23 *Conditionem furtiuam hac parte à cæteris actionibus strictis differre.*
- 24 *Differentia inter actionem rerum amotarum & conditionem furtiuam.*
- 25 *Vltima verbal. per. rerum amot. quomodo sint accipienda?*
- 26 *Cur in actione furti iuretur tanti rem fuisse quum furtum factum est?*

Vereor † ne interpretes omnes & nosmetipsos in hunc usque diem deceperit, quod Vlpianus scribit in *lege in re furtiuæ. §. 1. Dig. de condic. furt.* Si ex causa furtiuæ res condicatur, & quæratur cuius temporis estimatio fieri debeat, id tempus spectandum esse quò res vnquam plurimi fuit. Sic enim id & à veteribus, & à recentioribus interpretibus acceptum est vt quanti plurimi res fuit à die furti contracti, tanti condemnatio fiat ex causa furtiuæ conditionis. † Quod tamen non ita est. Nam vt idem Vlpianus in *l. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* condicatio ex causa furtiuæ non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus, id est non pluris estimatur res furtiuæ quam quanti plurimi fuerit à die litis contestatæ in diem usque quo restituatur: siquidè iudicij accipiendi tempus aliud non est apud iuris nostri autores

quàm tempus litis contestata, cum ita ius esset ut non nisi lite apud prætorem contestata iudices ab eo dari, & consequenter à litigatoribus accipi solerent. † Et ridiculus est Accursius qui ad eum locum notat iudicij accipiendi tempus aliud non esse quàm tempus ipsum quo furtum factum sit, quòd inquit, ab eo die liceat domino cui res subtracta fuit conditionem furtiuam exercere, deque ea iudicium accipere. Imò verò, fieri nullo modo potest, ut eodem tempore quo furtum fit, iudicium accipiatur, quia necesse est præcedere contestationem, quam ipsam præcedit vocatio in ius, & alia eiusmodi quæ sunt præparatoria iudiciorum. † Nec quicquam interest inter accipiendi & accepti iudicij tempus, nisi quòd cum accipiendi iudicij tempus dicimus, illud magis propriè significamus quòd tunc est cum litis contestatio fit, cum verò iudicij accepti, illud tempus potius exprimimus quòd statim & immediatè sequitur contestationem. † Ac quoniam illud perpetuò verum est, in iudiciis strictis æstimari rem ex tempore litis contestata præcisè, id est ita ut neque præcedentis, neque sequentis temporis ratio vlla habeatur, conditio autem furtiua stricti iuris est ut & ceteræ omnes conditiones, conueniens est ut quanti plurimi res fuit à die commissi furti, in diem vsque contestationis, non possit venire in condemnationem. † Nec quòd fur moram semper facere intelligatur, ad rem facit. Nam & ex contractibus strictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei sunt, potest mora contrahi ante contestationem, si debitor congruo loco & tempore interpellatus non dederit *leg. si ex legati. 23. de verborum obligation.* Sed non potest ea mora facere ut crearet rei æstimatio, quia iudicij stricti quòd ex contractu stricto exercetur natura non patitur, ut præcedentis moræ ratio vlla habeatur, nisi hætenus ut specie debita post moram perempta vel deteriore facta subsistat eadem obligatio, quæ alioqui si mora nulla contracta esset, penitus sublata, aut saltem diminuta intelligeretur *leg. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vltim. eod.* † Et quòd Vlpianus in *dist. leg. in re. §. 1. rationis loco ponit Semper enim moram fur facere videtur*, non ad id referendum est quòd præcedit de præstanda æstimatione quanti plurimi vnquam res fuit (nihil enim commune habet mora cum iure æstimationis in eundem nisi quatenus condemnatio fieri potest ex bona fide, ut in omnibus bonæ fidei iudiciis) sed ad proximam illam clausulam *maximè cum deteriore rem factam fur dando non liberatur.* † Vera enim ratio propter quam non liberatur debitor speciei qui rem factam deteriore reddidit post moram, illa vna esse potest, quòd moræ effectus præcipuus & perpetuus ille est, ut obligationem perpetuet, qualis quæntaque fuit ante moram. Itaque cum fur semper & quolibet temporis instanti moram adeoque furtum facere intelligatur, ut sequenti capite dicemus, rationi congruit ut rem factam deteriore dando non liberetur, siue ante, siue post acceptum iudicium deterior facta sit, dummodo post admissum furtum. † Cur ergo, inquit, spectamus eam æstimationem in conditione furtiua, ut quanti plurimi res vnquam fuit à die litis contestata præstetur in diem vsque condemnationis? Alia enim hic ratio est conditionis furtiua, alia ceterarum actionum quas stricti iuris appellamus. Respondeo non ratione aliqua iuris id constitutum esse, sed solo odio furis contra iuris rationem. Sicut & illud, ut conditio furtiua soli domino datur, quæ ex iuris ratione numquam domino datur *l. 1. eodem. l. vltim. Digest. usufruct. quemadmodum. caueat. l. 1. §.*

vltim. de condit. tritic. §. itaque Institut. de action. † Et quemadmodum non possis rationem reddere, cur in actione legis Aquiliæ spectetur quanti plurimi fuit homo occisus eo anno quo occisus est, & quidem anno illo retrorsum computato *lege aut lex. 21. Digest. ad leg. Aquil. ac non potius quanti plurimi res fuit proximo semestri aut biennio præterito*, (sunt enim ista iuris ut vocat positivi, ad quæ maximè pertinet quòd in lege non omnium *D. de legib.* non omnium quæ à maioribus nostris constituta sunt rationem reddi posse) ita nec dici potest, cur domino demus conditionem rei suæ aduersus furem, aut cur furem condemnemus quanti plurimi vnquam res fuit, ex die litis contestata, vtrumque contra iuris regulas, nisi quia sic constitui placuit odio furis, ut & pluribus actionibus, & durius obstringatur. † Cæterum non potest odium furis efficere ut rei furtiua æstimatio egredi debeat retrorsum iudicij accipiendi tempus quia totum illud tempus, quòd inter admissum furtum & litem ex conditione furtiua contestatam intercedit, domini potius quàm furis moræ adscribendum est, nec oportet domini conditionem ob id fieri meliore quòd agat tardius ad augendam furis obligationem *arg. l. si sterilis. 21. §. cum per vendit. de actio. emp.* † Nec subtilior fuit Stephanus interpret Græcus, quem Cuiacius refert & probat ad *leg. quoties. 59. de verborum obligat.* existimans quòd Vlpianus ait in *dist. l. 2. §. questum de priuat. delict.* ita accipiendum esse, si à die furti admissi in diem vsque litis contestatæ, & iudicij accipiendi, æstimatio rei furtiua non creuerit. Hoc enim sensu perinde potuisset Vlpianus dicere æstimationem quanti plurimi in conditione furtiua non egredi retrorsum rei iudicatae tempus, si poneres eandem semper fuisse æstimationem rei furtiuae ab eo tempore quo furtum factum est, in diem eundem vsque quo condemnatio subsecuta sit: quòd tamen vix est ut fieri possit, cum rerum omnium præcia, non tantum pro locorum sed etiam pro temporum varietate mutantur. † Sicut autem Cuiacius alios interpretes secutus duriorem facit conditionem furis quàm esse debeat, in eo quòd vult teneri eum quanti plurimi vnquam res fuit ex quo delictum admissum est. Ita facit ex contrario meliorem in eo, quòd in æstimanda re furtiua non singula momenta spectari vult, ut quanti plurimi hoc aut illo momento fuerit inspicatur, sed tantum vtro tempore pluris res fuit, aut quo furtum admissum est, aut quo litis contestata, aut quo res iudicata, vel res furtiua perempta est. † Nam imò verò ex quo litis contestatio facta est, incipit fur teneri quanti plurimi res erit vel minimo, si dicere liceat, instanti: quare non ob id melioris erit conditionis quòd rei iudicatae tempore idem sit rei valor, qui fuit contestationis tempore, aut etiam fortassis minor, si modò inter ea tempora pluris res fuit, quemadmodum & in actione legis Aquiliæ contingit, ut quamuis non plus sit seruus occisus, eo tempore quo occiditur, quàm fuerit primo die anni illius retrorsum computati, non tamen idcirco liberetur occisor, quin æstimationem illam quæ medio tempore longè maior extitit præstare teneatur: alioquin non erat cur lex ea verba *quanti plurimi* vsurparet si hoc, aut illud tempus præcisè spectari voluisset. † Non est contrarium superioribus quòd Iauolenus scribit in *l. cum furti. 9. De in lit. iurand.* Cum furti agitur, iurare oportera tanti rem fuisse cum furtum factum est. Differt enim hac parte actio furti à conditione furtiua, quia licet vtraque competat aduersus furem, æquè omni casu odiosum, tamen actio furti compe-

competit ad vindictam delicti, conditio autem ad solam rei persecutionem. Proinde delicti tempus necessariò spectandum est cum agitur de vindicando delicto, ut pœna delicto respondeat: tametsi in duplo illo, vel quadruplo quòd pro furti pœna debetur simplicium quoque id est rei ipsius precium contineatur. *in furti actione. 50. D. de furt. §. in duplum Institut. de action.* Cum autem agitur de re persequenda, id est cum res furtiua condicatur, non ad tempus delicti, sed ad actionis ius & naturam respiciendum est, nisi quatenus odium furis singulare aliquod ius inducit: itaque ab eo duntaxat tempore quo agi incipitur in eundem æstimationis ratio sumi debet. † Inde illa etiam differentia, quòd in actione furti æstimatur res ex æstimatione rei facta, *d. l. cum furti*, nimirum si furti actio iure domini deferatur ut Papinianus loquitur in *l. si vendidero. 30. §. 1. de furt.* & res ipsa non restituatur, quia non est cogendus dominus rem suam iusto precio vendere *l. non enim. 9. D. rer. amor.* Nam si res ipsa extet ac restituatur, non quanti rem fuisse, actor in litem iurauerit, sed verum rei precium duplatur, aut quadruplatur. *d. l. in furti actione*, vbi quòd sequitur *sed est res in rebus humanis esse descript cum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque est nunc datur sit æstimatio relata in id tempus quo furtum factum est*: Ostendit satis in omni casu idem iuris esse ut inspecto solo furti tempore æstimationem iniuri oporteat. † Nam & in actione rerum amotarum similiter obtinere dicimus; ut earum æstimatio ad id tempus quo amota sunt referri debeat *l. penult. D. rer. amor.* non alia ratione quàm quia, ut lex statim subicit, *veritate furtum sit, et si lenius coercetur mulier, ut intelligit, vult nullam hac parte differentiam esse inter actiones furti, & rerum amotarum.* Etsi non ignoro placuisse quibusdam ex prudētibus, Si rei furtiua æstimatio penes furem creuerit, condemnationem quoque in actione furti crescere debere ut sequenti capite dicemus. At in conditione furtiua crescit æstimatio ex post facto, nec ob id tamen iuratur in litem, sed rei vindicatione, aut ad exhibendum necessariò agendum est ut iurari possit. Eleganter autem Tryphonius in *dist. l. penultim.* differentiam hanc quam inter actionem furti, & conditionem furtiuam esse dicimus, probat cum subiungit *sed si pluri facta res non restituitur que amota sunt, crescit æstimatio ut in conditione furtiua rei.* Non scripsit *ut in actione furti*, sed *ut in conditione furtiua rei*, quia in actione furti verius est non crescere æstimationem. † Ex quo apparet actionem rerum amotarum substitutà esse in locum duplatis illius actionis quæ aduersus alios fures datur, scilicet actionis furti, & conditionis rei furtiuae: idè quæ ex vtraque aliquid sumere quòd imitetur. Sumit ex actione furti, ut si pluri fuerunt res amota cum amota sunt, quàm nunc sint, ad id tempus amotionis referenda sit æstimatio. Ex furtiua autè conditione, ut si pluri nunc res sint cum agitur, præsens æstimatio debeat: ne alioqui quòd odio mulieris quæ res amouit constitutum est de reuocanda æstimatione ad tempus delicti, eidem profic si aucta æstimationis nulla profus ratio habenda sit: idque ita statui necesse fuit, cum placuerit nullà alià ob res amotas præterquam rerum amotarum actionem danda esse. † At cum ei furtum factum est qui & furti agere & conditionem furtiuam exercere potest, verendum non est, ne fiat domino iniuria si furti actione præteriti duntaxat temporis æstimationem quæ fortè minor fuit consequatur, cum indemnitati suæ possit consulere proposita conditione furtiua, per quam consecuturus sit rem ipsam

& corpus ipsum, ac proinde quanti nunc est si extat, sin extare aut apparere desit, ipsius æstimationem quæ tunc est cum agitur, aut quæ ab eo tempore creverit in tempus vsque condemnationis. † Quæ Vlpiani sententia est in *d. l. in re, in princip. & §. 1. de conditione furti. ex quo loco illud etiam notandum est, si res furtiua extet quæ non deterior quidem sed tamen vilioris precij facta sit, non idcirco condicendam æstimationem quanti plurimi vnquam res fuit, sed corpus ipsum condicendum esse, nec aliter admitti conditionem aut præstationem æstimationis, quàm si corpus ipsum præstari non possit, licet verum sit furem perpetuò moram facere videri. † Quòd cum ita sit, negari non potest quin verissimum sit quòd nos contra interpretes disputauimus in superioribus, extante specie quæ debetur non ob id crescere condemnationem quòd æstimatio eius post moram decreuerit, sed ipsam speciem nihilominus, & in condemnationem deducendam, & præstandam esse, nisi cum post moram deterior facta est: alioqui cum fur moram perpetuò facere videatur, utique non magis liberaretur reddendo speciem subreptam vilioris factam, quàm reddendo deteriore: quòd si ita esset non species ei condicenda esset, sed æstimatio, quæ aut furti, aut contestationis tempore fuisset. Neque tamen ideo melior furis condicio fit, quia quanto pluris res fuit ipso furti tempore, per actionem furti ut diximus, adeoque duplum aut quadruplum eius pretij consequi dominus potest. † Sicut & dicimus in conditione furtiua non iurari in litem si res extare desierit post litem contestatam, aut si extet quidem, sed dolo malo furis non restituatur, quia nec necesse est cum is qui agit conditionem furtiua possit etiam agere furti, in qua actione censetur iurari in litem *dist. leg. cum furti. sicut & in rei vindicatione, & in actione ad exhibendum l. in actionibus. 6. de in lit. iur.* quæ omnes actiones competunt domino aduersus furem cum conditione furtiua. † Atqui dicat aliquis, etiam in actionibus strictis iuratur in litem quoties post moram res perempta est ante contestationem *dist. l. in actionibus §. plane.* Cur non ergo idem in furtiua conditione seruatur? Respondeo non differre conditionem furtiuam à ceteris actionibus stricti iuris, quoniam & in ea iuratur si seruus furtiuus decesserit ante contestationem, propter moram. Post contestationem verò eam esse differentiam, quòd in conditione furtiua speciali iure receptum est odio furis, sicuti iam diximus, ut quanti plurimi vnquam res fuit à tempore litis contestatae, præstare fur debeat in ceteris actionibus strictis, non item, ex quibus scilicet ea æstimatio debetur quæ fuit tempore litis contestatae. Secundum quam distinctionem accipi debet quòd Paulus scribit in *l. cum qui. 30. §. 1. de iure iur.* de æstimatione serui mortui præstanda in conditione furtiua aut post moram. † In eòque rursum differt actio rerum amotarum à conditione furtiua: nam in illa iuratur in litem si mulier res, quas amouit, & quæ extant nolit restituere *l. si cum dos. 8. §. 1. & l. sequent. rer. amor.* quia ut dixi actio rerum amotarum non tantum conditionis furtiuae loco est, sed etiam pro actione furti, in qua si competeret, iurari posset. † Ergo quòd scriptum est in *dist. l. penult. eodem.* Si res amotae pluri facte non restituantur, crescere æstimationem ut in conditione rei furtiua, non ita accipiendum est ut in actione rerum amotarum perinde ac in furtiua conditione æstimantur res quanti plurimi vnquam fuerunt, quomodo putat Bartolus, sed ut præsens earum æstimatio quæ nunc maior est de-*

beatur, quæ tamen non deberetur si ad exemplum actionis furti, magis quam conditionis furti. Et illa commodaretur. Rursum id ita accipiendum videtur, si maritus cuius res amota sunt velit res suas precio suo vendere, nec malit in litem iurare, ductus fortassis ea superstitione quæ plerisque tenet, vt etiam de ea re quam exploratissimam habeant, iurare nolint, vt in *l. quod si possessor. 7. de rei vindicat.* Nam si maritus petat deferri sibi iusiurandum in litem, non est ei denegandum, nec cogendus ille vt suo precio rem suam vendat. *l. non enim. 9. D. eod. l. si filiofamilias. 25. §. 1. D. solut. matrim.* vbi eandem ferè rationem Paulus reddit, his verbis *quia inuitus nobis res nostras alius retinere non debeat*: quæ tamen ratio ostendit, non aliter in litem iurari quàm si mulier restituendæ rei amotæ facultatem habeat, nec restituat. Si enim non possit nunc restituere, nec dolo malo fecerit quominus possit, licet ab initio dolum admiserit in rebus ipsis amouendis, non potest contra eam iurari in litem, quia iusiurandum hoc non ad præteritum sed ad præsentem dolum vindicandum deferri debet: adeoque prodesse hoc casu potest quod dicimus in actione rerum amotarum crescere æstimationem: cuius sententiæ nullus alioquin effectus est, cum iuratur in litem: quid enim referret an hoc an illud tempus spectandum diceret, eo casu quo non ex veritate aut communi hominum existimatione, sed ex proprio actoris arbitrio, & iureiurando res æstimatur? † Excipio casum illum quo furti agitur. Tunc enim iurandum est tanti rem fuisse cum furtum factum est *dict. l. cum furti*, quia in actione furti non agitur de consequenda rei subtractæ æstimatione, sed de consequendo duplo aut quadruplo pro pœna furti quâuis in eo duplo aut quadruplo etiam simplum vt diximus contineatur: neque potest iniri ratio dupli aut quadrupli, quin certa primam simpli quantitas fuerit constituta: cumque duplum æstimetur ex simpli comparatione nec possit aut debeatur furti pœna ex postfacto crescere. Omnino consequens est vt tum etiam cum iuratur in litem ab eo qui agit furti, æstimatio referenda necessariò sit ad id tempus, quo furtum admissum fuit, in necessarium antecedens æstimandi dupli, quod nisi eo tempore inspecto quale quantumque sit sciri potest.

CAPVT XII.

Defensio Iureconsultorum in quæstione. l. ei qui. 9. D. de furt. & obseruata in ea lege Triboniani manus, & in l. iusiurandum. 34. §. non semper. D. de iureiur.

SVMARIA.

- 1 An vsque adeò furtum perpetuò facere fur existimetur, vt si rei furtiua æstimatio creuerit furti quoque pœna & condemnatio ex ea causa crescere debeat.
- 2 Ex Celsi & Vlpiani sententiâ rei furtiua æstimationem crescere si ea melior, aut citra vllam immutationem penes furem pretiosior facta sit.
- 3 Pomponio & Lauoleno contra visum fuisse, non idèò magis crescere condemnationem quod rei furtiua æstimatio penes furem creuerit.
- 4 Legem 9. ff. de in lit. iurand. quæ Lauoleno est, de actione furti non de conditione furtiua intelligendam esse.
- 5 In duplo vel quadruplo, quod pro furti pœna exigitur, simpli quoque id est rei furtiua æstimatione contineri.

- 6 Tryphonini sententiâ in l. pen. ff. rer. amot.
- 7 In quo rerum amotarum actio conditioni furtiua, in quâ item actioni furti similior sit?
- 8 Superior Celsi sententiâ magis probatur.
- 9 Respondetur ad rationem quæ pro Lauoleno, Pomponio & Tryphonini sententiâ vrgere videbatur?
- 10 Paulum cum Celfo in proposita quæstione idem sentire.
- 11 Obscurum esse quod Accursius ad l. in furti. ff. de furt. annotauit.
- 12 Emendatur & explicatur l. ei qui 9. ff. de furt.
- 13 Re furtiua per alteram actionem, sine condictione sine vindicatio illa sit recepta, alteram ipso iure sublatam esse.
- 14 Tribonianum in d. l. ei qui, multa de suo addidisse.
- 15 Quando actor qui furti primum agens dupli aut quadrupli pœnam consecutus est, vindicationem aut condictionem saluam habeat?
- 16 Triboniani non Vlpiani esse integrum §. non semper Iusiurandum. 34. ff. de iureiur.
- 17 Ea quæ hoc & superiori capite de re furtiua æstimanda dicta sunt, ad eum casum pertinere quo furti actio iure domini deseratur.

Quæstio † nec inelegans est, nec indigna sanè, quæ dissentientes habuerit ipsos prudentes nostri quæ iuris auctores. an assidua rei furtiua contractatione vsque adeò furtum perpetuò facere fur existimetur, vt si rei furtiua æstimatio creuerit, crescere quoque debeat furti & pœna & condemnatio irroganda ex ea causa. Sæpius enim furtum fieri constat *leg. quamuis. 6. De furt.* non vt plura furta esse existimentur (vnum namque duntaxat furtum est *l. inficiando. 67. §. infans eod.* vnaque actio furti aut manifesti aut nec manifesti, quale illud ab initio fuerit *l. siue igitur. 5. iunct. d. l. quamuis eod.*) sed vt quemadmodum moram in re furtiua restituenda semper facere fur creditur *l. in re furtiua. 8. §. 1. De condict. furt.* & ita semper furtum facere videatur, id est furtum iam factum continuiare, vt Celsus loquitur in *d. §. infans*, nec valde dissimiliter Vlpianus in *leg. in furti actione. 50. eod.* in illis verbis *quia & tunc furtum eius factum esse verius est.* † Fuerunt qui putarent æstimationem rei furtiua crescere si res furtiua aut melior, aut citra immutationem vllam pretiosior facta sit penes furem, idèòque duplari debere quanti vnquam apud eum plurimi res fuit. Quæ in sententiâ fuit Celsus in *d. §. infans*. vbi tractat de infante subrepto qui apud furem adoleuerit: & ait, tam adolescentis furtum factum esse quàm infantis, licet vnum duntaxat furtum sit: nec dubitare se quin adolescentis potiùs quàm infantis æstimationem fieri oporteat. Quid enim, inquit, tam ridiculum est quàm meliorem furis conditionem constituere propter continuationem furti? Eandemque sententiâ secutus videtur Vlpianus in *d. l. in furti. 50. eod. tit.* Nam licet eo casu quo res furtiua in humanis esse desierit cum iudicatur, aut quo deterior esse cœperit, velit ille referri æstimationem ad id tempus quo furtum factum est, si tamen è contrario pretiosior facta sit, eius duplum quanti tunc cum pretiosior facta est fuerit, æstimandum esse vult, quia inquit & tunc furtum eius factum esse verius est. † Alii contra probabilius visum est, ei qui furti actionem habet, assidua contractatione furis non magis furti actionem nasci posse, ne in id quidem in quod creuisset postea res subrepta: quæ Pomponij verba sunt in *l. ei qui. 9. eod. tit.* Nec aliud fuit iudicium Lauoleno in *l. cum furti. 9. De in lit. iur.* vbi

vbi scribit, cum furti agitur iurare ita oportere, tanti rem fuisse cum furtum factum sit, relata scilicet æstimatione ad tempus furti, nec adhibita ea distinctio ne quam Accursius de suo capite adhibet plurifne tunc res fuerit, an minoris. † Nam quod idem Accursius post Azonem probat intelligendam esse eam legem de conditione furtiua non de actione furti rigidulum est: cum disertis verbis Lauolenus exprimat de furti actione se tractare non de furtiua condictione quam passim Iureconsulti separant ab actione furti, vt pote cum vna rei altera pœnæ persecutionem contineat *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* ob idque nec condictio tollatur per actionem furti, nec contra, furti actio per condictionem, quia nunquam pœnalis tollit eam quæ rei persecutoria est aut ex diuerso sol *si pro fure 54. §. cum furti. D. de furt.* † Neque tamen ob id recta est Azonis ratiocinatio, cum de furti actione Lauolenum intelligi posse idcirco negat, quod actio furti ad pœnam datur non ad rem aut ad rei æstimationem. Quamquam enim ita est, tamen in duplo illo aut quadruplo quod pro furti pœna exigitur, simplum vtique continetur, id est rei furtiua æstimatio, vt omnes & prudentes & interpretes consentiunt. Proinde non aliter sciri potest quid & quantum pœnæ nomine debeatur, quàm si prius constet quid sit in simplo, id est quanti sit res æstimanda. Quod ipsum in actione furti sit per iusiurandum in litem, si fur re subtractam non restituat, quia non est cogendus dominus rem suam iusto precio vendere: quam tamen vendere intelligitur cum eius accipit æstimationem: litem enim æstimatio pro emptione & venditione est. Sed si res extet & restituitur, non quanti dominus in litem iurare paratus sit, sed verum rei precium duplandum aut quadruplandum est *d. l. in furti*: precium, inquam, verum quod fuit tempore admissi furti non quod nunc est si Lauoleno credimus in *d. l. cum furti*. Nam quod æstimanda res sit per iusiurandum in litem, aut citra iusiurandum non potest inducere diuersitatem iuris ad constituendum tempus quod inspicere debet in rei æstimatione ineunda. † Idemque Tryphonini iudicium fuisse apparet non obscure ex *l. pen. D. de rer. amot.* quo loco ait rerum amotarum æstimationem ad tempus quo amota sunt, referri debere, tum rationem subiicit *nam veritate furtum sit, et si lenius coercetur mulier.* Quæ ratio prorsus inepta est, nisi subintelligas in actione furti similiter referri æstimationem ad id tempus quo furtum factum fuit, non ad præsens id est quod tunc est cum agitur, aut cum res iudicatur. Nec contrarium est quod in ea ipsa lege sequitur; si pluris factæ res quæ amotæ sunt non restituantur, crescere æstimationem. † Subiungit enim *vt in condictione furtiua rei*, non autè quod notandum est *vt in actione furti*, quoniam hac parte actio rerum amotarum conditioni furtiua similior est quàm actioni pœnali furti, quàmuis è contrario similior sit actioni furti in eo, quod nunquam æstimantur res amotæ quanti plurimi fuerunt vt fit in condictione furtiua, sed aut quati tunc fuerunt cum amotæ sunt; aut quanti nunc sunt, quemadmodum superiore capite interpretati sumus, indèque est quod actionem rerum amotarum actioni furtiua similem dicimus non conditioni furtiua in referenda æstimatione ad tempus admissi delicti, cum in furtiua condictione æstimatio non egrediatur retrorsum iudicij accipiendi tempus, id est litem contestata *l. 2. §. quæsitum. D. de priuat. delict.* Et hæc posterior sententiâ magis conuenire videtur rationi iuris propter regulam quæ habet nunquam crescere ex postfacto præteriti delicti æsti-

mationem *Lomnis hereditas 134. §. 1. de reg. iur.* † Mihi tamen si iudicium interponere liceat, magis placet contraria. Ratione illa quæ Celsus adfert in *d. §. infans*, quæ ridiculè fit existimare meliorem furis conditionem esse debere ob ipsam furti continuationem. Nam & hinc eleganter ad supradictam iuris regulam responderi potest, crescere scilicet furti æstimationem quoniam præteritum sed præsens delictum est quod continuatur. † Illa potiùs ratio pro Lauoleno, Pomponio & Tryphonino vrgere videtur quod vna duntaxat furti actio est. Neque enim id Celsus ipse negat, & ad id maximè Pomponius respicit in *d. l. ei qui*, illis verbis *non magis furti actio nasci potest.* Sed tamen respondet Celsus subtiliter, alienum id esse à proposita disputatione, probatque optimè hoc argumento quod si infans hic furtiua furti subreptus foret, ac rursus is à fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non ampliùs tamen quàm semel cum eo agi posset furti: nec ob id minùs secundi furti tempus spectandum esset, etiam secundum eorum sententiâ qui solum furti tempus præcisè spectari volunt. Hoc enim necessariò subintelligendum est vt recta sit ratiocinatio: & verissimè dicuntur, quia fieri nequit vt non sint duo furta, cum duæ sunt ex intervallo distinctæ contractationes: neque rursus vt cum duo sunt furta, posterioris non equè ac prioris tempus inspicere oporteat si tunc pluris quàm antea res fuit. † Videturque hæc sententiâ tandem receptior fuisse: quæ & Paulus probat in *l. ex argento 13. de condict. furt.* vbi ait ex argento subrepto facti pocula sic condici posse, vt etiam celaturæ æstimatio fiat, quæ impensa furis facta est, quemadmodum inquit, si infans subreptus adoleuerit æstimatio fit adolescentis: quamuis cura & sumptibus furis creuerit. Non est igitur quod in Iurisconsultis hic conciliandis, qui tam probabiles dissentienti causa habuerunt diutiùs laboremus. † Neque verò bene intelligo quid sibi Accursius velit in *d. l. furti*, cum ait aucta rei furtiua æstimatione pœnam quidem augeri, sed non geminari. Non enim fieri potest, quin aucto simplo duplum quoque vel quadruplum augeatur, quod scilicet ex comparatione & proportionem simpli necessariò constituendum est. † Et malè vulgata lectio in *dict. l. ei qui*, habet, in quod decreuisset cum legendum sit vt Florent. in quod decreuisset. Sequitur in *d. l. ei qui*, si rem furtiuam à fure vindicauero, condictionem mihi manere: quod sanè sic accipiendum est si rem ita vindicauero, vt tamen eam non receperim. † Nam recepta re, nemo dubitat quin condictio salua esse non possit, sicuti nec vindicatio superesset, si ex condictione furtiua dominus rem suam à fure recuperasset, cum vtraque sit rei persecutoria, nec fieri queat vt persequatur quis eam rem quam sit iam consecutus *d. l. si pro fure §. cum furti*. Pius enim est consequi rem ex vindicatione quàm vindicare. Vindicat enim qui in iure dicit rem suam esse: licet non statim dominus pronuncietur, aut ei res ipsa restituitur: neque semper tam citò aut tam facillè restitutio fit. Denique hoc Pomponius vult sola electione vindicationis non tolli condictionem, aut contra, sed ita demùm perimi alteram, si ex altera effectus subsecutus sit rei restituendæ. † Et tamen non intelligens Tribonianus hanc Pomponij tam apertam sententiâ, subiicit de suo totam illam clausulam quæ sequitur ad finem vsque legis *sed potest dici*, inquit, *officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri vt non aliter iubeat restitui quam si condictionem reitor rennueret, quod si ex condictione ante damnatus reus litem æstimationem iustulerit, aut omnimodo absoluat reum, aut, quod magis placet, si pœ-*

- 7 *ratius esset petitor a estimationem restituere, nec restitueretur ei homo, quanti in litem iurasset damnaretur ei possessor.* Scilicet existimavit Tribonianus hanc Pomponij sententiam fuisse ut dominus qui ex vindicatione rem suam esset consecutus, posset nihilominus adhuc condicere. Nam si admittas quod verum est, recepta re furtivam per alterutram actionem siue vindicatio siue condictio illa sit, alteram ipso iure sublatam esse, quid necesse est ut iudex vindicanti rem adiudicans iubeat remitti condictionem? Quid rursus absurdius quam si is qui ex condictione litem a estimationem assecutus est, rem adhuc quasi suam vindicare velit? Iam enim diximus eam litem a estimationem pro emptione & venditione esse. Quid denique stultius quam illud probare quod Triboniano magis placet, ut qui iam condictionem exercuit, adeoque rei suae a estimationem ex ea consecutus est, audiendus sit si paratus sit eam a estimationem restituere ut exerceat vindicationem, iuretque in litem? Nec simile est quod si actor furti primum egerit, & dupli aut quadrupli poenam consecutus fuerit, saluam nihilominus habet vindicationem, & condictionem d. §. cum furti. Id enim ita accipi debet si per actionem furti meram poenam duntaxat exegerit, id est eam quantitatem quae excedit simplum, non etiam si simplum quoque perceperit, quandoquidem simplum illud nihil aliud quam ipsa res est, quam porro bis consequi actor non potest. Meminit autem Tribonianus ut solet officij iudicis, ad temperandam iuris nimiam asperitatem, quasi hic pugnaret illa cum aequitate, quod falsum est. Non valde dissimile est quod idem ni fallor, Tribonianus in l. iusiurandum & ad pecunias 34. De iureiuran. Vlpianum corripit addito integro illo §. non semper, ubi ita scriptum est non semper autem confonans est per omnia referri iusiurandum quale deferitur: forsitan ex diversitate rerum vel personarum quibusdam emr gentibus quae varietatem inducunt, adeoque si quid tale incidit, officio iudicis conceptio huiusmodi iusiurandi terminetur. Quis enim ea verba non videt Tribonianum sapere magis quam Vlpianum? Praesertim quod ait terminetur. Imperantis enim verbum illud est, non hominis de iure aut scribentis aut respondentis. Vlpiani autem non fuit, sed Triboniani agere Imperatorem. Ceterum quae toto hoc capite itemque superiore diximus de a estimatione re furtiva, ad eum casum pertinent, quo furti actio iure dominij deferatur, id est quo is qui furti agit agat, quia dominus & tanquam dominus. Nam si sola utilitas a estimationem faciat, id est si quis ob id agat furti non quod sit dominus, sed quod sua intersit ad a estimationem corporis furti actio referri non potest ut Papinianus tractat in l. si vendidero 80. §. 1. De furti.

CAPVT XIII.

De iureiurando, quod interpretes appellant veritatis.

SYM M A R I A.

- 1 Duo à Bartolo requiri ut hoc iusiurandum veritatis deferri possit.
- 2 Nullum iusiurandum in litem esse quod non sit affectionis.
- 3 Iusiurandum quod Bartolus veritatis appellat necessitatis potius dici debere.
- 4 Huic iuramento non dolum precedentem non probationum difficultatem sed impossibilitatem locum facere.
- 5 Exemplo confirmatur dolum precedentem ad hoc iusiurandum non requiri.
- 6 Cur ad eiusmodi iusiurandum mora exigatur?

- 7 Re post moram peremptam eius a estimationem praestandam esse, ac si res ipsa extaret.
- 8 Eam a estimationem per iusiurandum necessitatis in eundem ad praesens non ad praeteritum tempus referri.
- 9 Cur in specie l. penult. ff. de condict. tritic. res perempta iureiurando non a estimetur?
- 10 In a estimatione specie que post diem quo dari debuit perempta est, superiori iureiurando locum non esse.
- 11 Marcianum in §. plane l. in actionibus ff. de in lit. iurand. ad deferendum iusiurandum veritatis sola probationum impossibilitate moveri.
- 12 Homine ex contractu stricti iuris post litem contestationem perempto iusiurandum illud actori deferendum non esse.
- 13 Potentius aliquando esse ius contestationis, quam more praecedentis per interpellationem contracta.
- 14 An in bonae fidei iudiciis res debita post moram peremptam huic iureiurando locus sit?
- 15 An si homo ex b. f. iudicio debuit & petitus, post litem contestatam decesserit, iusiurandum illud in litem deferri actori oporteat?
- 16 Condemnationis tempus in b. f. iudiciis non adeo spectari ut litem contestata dies negligatur.
- 17 Non bene à Bartolo exemplum iusiurandi quod vocant veritatis petiti esse ex l. nummis 3. ff. de in lit. iur.
- 18 Ratio propter quam in illa lege iurare in litem licet.
- 19 Tria in specie eius legis concurrere necesse esse ut iurare possit.
- 20 Versiculum, nisi forte in d. l. 3. Tribonianum potius quam Vlpianum esse.
- 21 In l. si quando. C. vnde vi. novum genus iusiurandi proponi.
- 22 Rerum subreptarum quantitatem per iusiurandum ex illa lege probari posse, & probata quantitate a estimationem per iusiurandum probari.
- 23 Duplex tamen iusiurandum interponendum non esse.
- 24 Iusiurandum illud nec veritatis, nec necessitatis, sed potius affectionis dicendum esse.

Et si iam satis multa in superioribus praesertim cap. 1. disputavimus de iureiurando illo quod interpretes veritatis appellant, & probavimus tale nullum esse, attamen paulo diligentius id nobis nunc tractandum est, quia video totam hanc rem non solum ab antiquioribus interpretibus, sed etiam à recentioribus male explicatam. Bartolus quem ceteri hac in re, ut in aliis ferè omnibus Ducem sequuntur, ad l. in actionibus 5. De in lit. iur. duo necessaria esse scribit ad hoc ut huiusmodi iusiurandum in litem deferri possit, dolum eius contra quem iuratur, & difficultatem probationis. Dolum inquam, non praesentem ut in iureiurando quod ille vocat adfectionis sed praeteritum adeoque nec iurari hoc casu quanti fuit, a estimatione ad praeteritum tempus relata: huiusque iusiurandi exempla petit ex d. l. in actionibus §. plane, & l. nummis 3. eodem & l. si quando C. vnde vi. Omnia male, & si quid unquam Bartolus, pessime. Nullum enim iusiurandum in litem est quod non sit adfectionis, siue certa res quae debetur a estimanda sit, ut in d. §. plane, siue id quod interest actoris, ut in d. l. nummis. Quamquam non usque adeo adfectioni iurantem indulgere debet iudex, qui iusiurandum defert, quin aut ab initio taxare possit quantitatem ad quam usque iurandum est, aut post iusiurandum praestitum si in infinitum aut immensum iuratum sit, immodicam iurantem adfectionem retrahere l. videamus 4. §. iurare eo. Ergo quod Bartolus veritatis iusiurandum appellat, necessitatis potius dici debet, quia iis demum casibus deferatur,

feratur, non quibus ratio iuris velit iurari, in poenam & odium contumaciae, sed quibus inuita etiam iurisdictione necessitas eo adigat iudicem ut iusiurandum deferre compellatur. Proinde non difficultas probationum, ut Bartolus loquitur, locum facit huic iureiurando, sed mera & absoluta impossibilitas: quoniam si qua ratione fieri posset ut sine dilatione iusiurandi res a estimaretur, iudex deferre in eam rem iusiurandum nec posset nec deberet. Indéque illud etiam apparet non esse necesse quod Bartolus exigit ut dolum praecesserit eius contra quem iuratur: cum non ob dolum iuretur, sed ob impossibilitatem probationum quae eadem est siue dolum aliquis intercesserit, siue nullus. Exemplum unicum est in d. §. plane, ubi ait Marcianus, si ex stipulatu debitus homo post moram perierit, deferendum esse hoc iusiurandum, quia sine delatione iusiurandi non potest iudex a estimare rem, quae non extat. Non scribit si homo debitus perierit debito malo debitoris, aut post dolum ab eo admissionem, sed hoc unum requirit ut debitoris mora interuenerit, & post eam moram perempta sit res quae debebatur: Mora non porro certum est contrahi posse contra dolum, adeoque contra culpam aliquando, licet rarissime id contingat, cum species debetur. Ideo autem exigimus moram, non quod mora per se ratio aliqua habenda sit magis quam doli, sed quia si mora nulla praecessisset, debitor speciei interitu liberaretur l. si ex legati 23. de verb. oblig. nec proinde quaerendum esset de a estimatione. Mora praecedens facit ut res post moram perempta adhuc debeatur, & per fictionem iuris extare videatur: sed non ut praestari perinde possit quia debitus iuris est, praestatio facti, in iis vero quae facti sunt non potest fictio iuris locum habere, sed in iis tantum quae sunt iuris. Itaque licet homo post moram mortuus petendus sit, quia id ipsum petendum est quod debetur, necesse tamen est praestari a estimationem, haud aliter quam si deberetur l. si ferunt 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig. l. promissor Stichus 21. l. promissor 23. de constit. pecu. A estimationem, inquam, praesentem & quae tunc est cum agitur, non eam quae fuit tempore morae aut mortis, quia res petitur non tanquam ante debita, sed tanquam ea, quae etiam debetur, quasi adhuc extet. Si autem res extaret, talis dari deberet qualis esset eo tempore quo iudicium acciperetur l. 2. D. de usur. Cur non igitur perinde teneatur debitor ad eam a estimationem? Aut cur tempus morae vel mortis inspiciamus favore debitoris qui propter moram obligatus remanet etiam post rem peremptam? In eoque rursus egregie errat Bartolus, qui a estimationem hanc per iusiurandum in eundem referri vult ad tempus praeteritum, non ad praesens. Id n. si ita esset, quis iusiurandum necessarium putaret? aut quae difficultas esset probandae a estimationis rei quantumlibet peremptae, si ad id tempus referri posset a estimatio quo res extitisset? Quare nec in specie illa de qua Vlpianus tractat in l. pen. de cond. tritic. id est cum ex stricta actione qualis est triticaria condictio, praestari debet a estimatio rei petita, iam ad iudicatum, et si spectandum est tempus irrogatae condemnationis aut mortis secuta condemnationem, iureiurandotamen a estimari rem Vlpianus vult, sicut nec si post moram res deterior facta sit, quia cum hoc casu reuocanda sit a estimatio ad tempus morae, sicut & in superioribus casibus inspiciamus tempus condemnationis, aut mortis id est quo res extitit, nihil necesse est recurrere ad iusiurandum, quando tam facile sit dicere quanti, quam qualis eo tempore fuerit res quae nunc aut nullo modo extat aut deterior vel vilior facta est. Sic &, si ponas debuisse speciem dari ad certam diem, nec tamen datam fuisse, sed postea perempta esse, negabo locum fore iureiurando in a estimatione re illa debita, quia necessario referenda est a estimatio ad diem illam, in quam dari res debuit, ut supra probavimus cap. 6. Non minus autem commodè sciri potest quanti res illa tunc fuerit licet extare defierit, quam si hodie extaret. Nemo enim non videt ex eo quod etiamnum res extat, non posse faciliorem fieri praeteriti temporis a estimationem. Itaque si difficultas sola probationum hoc iureiurandi genus induceret, dicendum esset aut neutro casu aut utroque deferendum esse iusiurandum: quod tamen qui dixerit nemo unquam fuit. Neque verò Marcianus in d. §. plane. moveri se ait ex difficultate probationum ut agenti ex stipulatu iusiurandum in litem accommodet, sed potius ex impossibilitate cum illam adfert rationem quia non potest iudex a estimare sine delatione iurisurandi rem quae non extat. Impossibilitas verò, ut ita dicam, vno tantum illo casu locum habet quo praesens a estimatio debeatur, & res quae in obligatione deducta fuerat, extare defierit, nam neque bonus vir ullus, neque iudex qui in omnibus boni viri officio fungitur, a estimare illo modo possit, quanti nunc, cum agitur, sit ea res quae non extat. Proinde mirum non est deferri hoc casu iusiurandum etiam si mora sola non etiam dolum praecesserit quia nec moram exigemus si fieri posset, ut contra moram perempta res debita adhuc deberetur. Sed quia fieri nequit, ut ne speciei interitu debitor liberetur qui moram non contraxit, cum impossibilium nulla sit obligatio, impossibile autem sit ut ea res debeatur aut praestetur, quae in rerum natura extare desit, nisi fictione iuris inducas ad retinendam obligationem ut adhuc extare existimetur, exigimus moram praecedentem ut quaestioni de praestanda a estimatione locus relinquatur. Indéque apparet, si homo ex stipulatu debitus non modo post moram, sed etiam post litem contestatam decesserit, non esse iusiurandum actori deferendum quia facile a estimare hoc casu iudex potest contra delationem iurisurandi eam quoque rem, quae non extat, inspecto scilicet tempore litem contestatae, quod aequè spectandum esset etiam si res extaret. Neque enim difficilius est reuocare ad tempus contestationis a estimationem rei quae extare desit, quam si extare non desisset. In eoque potentius est ius contestationis, quam moram praecedentis siue per iudicalem, siue per extra iudicalem interpellationem contracta: quia in iudiciis strictis a estimatio sicuti non augetur ex mora, quae sequitur contestationem, ita nec egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus: nec moram quae contestationem praecedit ratio vlla habetur. Quid ergo si bonae fidei iudicio agatur? Nam in hoc iudiciorum genere constat haberi moram rationem, nec minus illius quae praecedit quam eius quae sequitur contestationem in tempus usque rei iudicandae l. 3. §. in hac D. commod. unct. l. 3. §. vlt. de act. empt. An igitur si homo debitus ex vendito, aut ex commodato, vel deposito, decesserit post moram, deferemus actori iusiurandum ad in eundem a estimationem ut in iudiciis strictis, an potius non deferemus quia necessitas deferendi nulla subest cum inspicere possit tempus morae? Verius est delationis locum esse debere, quia licet in iudiciis bonae fidei inspiciendum sit tempus morae, & quidem usque adeo praecise ut nullam sequentis temporis rationem haberi oporteat si postea res plura fuit tempore litem contestatae, praeterquam si plura sit tempore condemnationis: sicut & in iudiciis strictis contestatae litem tempus ita praecise

inspicitur, ut siue pluris, siue minoris aut ante aut post res fuerit non ideo vel augeatur estimatio vel minuatur. Tamen non est bona consecutio si quis dicat rem ex bonæ fidei iudicio debitam æstimari posse ex tempore moræ, ergo si post moram perempta sit nihil causæ esse, cur iusiurandum actori deferendum sit. Fateor enim posse tempus moræ spectari in bonæ fidei iudiciis si eo tempore pluris res fuit. Sed nego spectari debere si tunc fuit minoris: ideoque cum potuerit estimatio crescere, in tempus usque rei iudicandæ & per morosum debitorem factum ne creuerit, non debet eius mora ipsi prodesse, quominus præsentem debeat estimationem, ac si res extaret, quæ propter moram extare adhuc creditur, nec ob id melior ipsius condicio fieri debet, quod ex bonæ fidei iudicio conueniatur. Atqui qualis quantaque sit præfens illa rei post moram peremptam æstimatio non magis scire iudex potest sine delatione iurifurandi cum ex iudicio bonæ fidei agitur, quam si ex stricto ageretur: perinde igitur necessaria & consequenter iusta iurifurandi delatio est. † De illo potius dubitari potest, si homo ex bonæ fidei iudicio debitus & petitus post litem contestatam decesserit, an similiter dicendum sit iusiurandum actori deferri oportere. Eadem enim videtur virgere ratio ut deferri debeat, quæ virgeret si ante contestationem dummodò post moram decessisset: scilicet, quia in bonæ fidei iudiciis cum de ineunda rei estimatione agitur, non magis litem contestatam quam moram præcedentis ratio habetur, sed ita demum si tunc pluris res fuerit: alioqui præstanda estimatio est quæ rei iudicandæ tempore maior reperitur *d. l. 3. § in hac D. commod. d. l. 3. § ult. De act. empr.* Sed non ita est. Nam litem contestatam tempus eodem iure spectatur in bonæ fidei iudiciis quo in strictis, id est ex vera rectaque iuris ratione [scilicet cum mora nulla præcessit contestationem] quia quale quid est cum petitur, tale dari debet *l. 2. D. de usur.* nec differentia hac parte vlla esset inter actiones bonæ fidei & strictas, nisi bona fides quæ in illis non etiam in his exuberat, suaderet ut in illis moram quoque ratio habeatur aut condemnationis irrogandæ, cuius tamen temporis in iudiciis strictis ratio nulla haberi potest. At qui bona fides non potest facere ut eius temporis estimatio spectanda sit quo res amplius non extat: ideo nec eius quo res extare desinit nisi condemnatio præcessit ut in *d. l. pen. de cond. tritic.* Non enim quanti plurimi unquam res fuerit æstimanda est, sed utro tempore pluris fuit aut moræ, aut si mora nulla præcesserit, litem contestatam aut rei iudicandæ: proinde re ante condemnationem perempta sicuti non potest dici pluris esse tempore condemnationis rem, quæ amplius nulla est, ita neque ratio eius temporis in æstimanda re haberi potest, nec magis necesse est iusiurandum deferri ut res æstimetur, quam si ex contractu stricto ageretur, cum aliud tempus sit quod non solum spectari commodè potest, sed etiam ex iuris ratione & regulis spectandum est. Nimirum, ut diximus, litem contestatam. † Non enim sicut in iudiciis strictis litem contestatam tempus ita inspicimus ut eius temporis quo mora contracta est nulla prorsus ratio habeatur, sic in iudiciis bonæ fidei condemnationis tempus adeò spectari volumus ut litem contestatam diè negligamus. Est enim ex ratione iuris ut tempus litem contestatam spectari oporteat non etiam ut illud in quo mora contracta fuit, aut illud etiam quod deducitur in condemnationem. Idque est quod sæpius repetitur in superioribus. Marciani locum illum de strictis quidem iudiciis loqui, sed tamen ad alia quoque iudicia siue bonæ fidei siue arbitraria sint protrahi de-

bere, si homo debitus & post moram, & ante litem contestatam decesserit. † Ille verò longè scædior Bartoli error est, quod aliud exemplum iurifurandi ut vocat veritatis, sumit ex *d. l. numis 3. de in lit. iur.* ubi iureconsultus scribit numis depositis si non reddantur, iurari quidem in litem non posse, quia numerorum certa est estimatio, sed tamen si certa die reddi debuerint, permittendum actori ut iuret quanti sua ante fuit ea die redditos fuisse. Quis enim Bartolum docuit, iusiurandum hoc non esse adfectionis? An quia in numos non cadat adfectio? Atqui non de numerorum valore iuratur, hoc casu, sed de eo quod interest: in quo æstimando maxime adfectioni locus est, ob idque nec ratione numerorum permittitur unquam extra illum casum ut in litem iuret, ne immodicè adfectionis fenestra aperiat, quæ coercenda potius est quam adiuvanda. Die autem adiecta reddendis numis depositis si non reddantur, iurare licet, aut cogente necessitate ut iusiurandum quod veritatis dici posse negamus, sit saltem necessitatis? Minimè verò. Alioqui numis creditis aut in stipulatum deductis si certa dies solutioni dicta esset æquè iurari oporteret: quod falsum est: quæuis non minus debeatur hoc casu id quod interest stipulatoris sua die solutos numos fuisse quam si depositi fuisse proponerentur. Quid ergo? Probare stipulator debet quanti sua interfuit reuera: quæ tamen probatio difficillima est, & plerumque probationum inopiã id quod maxime interest ad exiguam summam deducitur *l. ult. D. de prætor. stipul.* quia quatenus cuiusque interest in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de reg. iur.* Vnde tanto magis apparet solum probationum difficultatem non posse facere ut in iudicio stricto iurari debeat, sed meram & absolutam impossibilitatem, quæ porro nulla est, in eo quod interest æstimando. † Alia igitur ratio non est propter quam iurare liceat in *d. l. numis*, quam quia numi repetebantur actione depositi, id est bonæ fidei iudicio: quoniam in bonæ fidei actionibus iuratur: sed hoc ipsum tamè ita si actor suos numos deposuerat, ut vulgo fieri solet, non etiam si alienos: Numquam enim ei qui alienam rem repositit iurare conceditur cum in eo non habeat locum ratio quæ sola iurifurando locum facit, quod æquum non sit cogi dominum re sua carere eamque iusto precio vendere *l. maritum 25. § 1. D. solu. mar. l. non enim. D. rer. amor.* † Itaque in specie *d. l. numis* tria concurrere necesse est ut iurari possit, primum illud, ut numi depositi sint aut ex alio bonæ fidei contractu debiti, ut puta commodati, non etiam crediti vel per stipulationem promissi: deinde ut à domo no ipso depositi fuerint, non ab alio. Postremò ut certa die reddi debuerint. Dies enim efficit ut intersit actoris, cuius alioqui nihil interesse videretur, saltem quod in condemnationem deduci posset, ideoque licet numerorum certa sit estimatio de qua proinde iurandi causa vel necessitas per se nulla est, ex quo tamen incipit actoris interesse ob id quod inuito eo debitor velit ea corpora numerorum quæ ipsa actoris sunt retinere, incipit etiam locus fieri iurifurando, non tam iuris quam equitatis & bonæ fidei ratione. † Quamquam si dicere mihi liceat quod sentio, videtur ea lex ab illis verbis nisi forte, Triboniani esse potius quam Vlpiani. Nam in exemplis illis quæ lex ponit, Si is qui pecuniam deposuit eiusdem quantitatis debitor fuit sub pœna, aut sub pignore quod ob factam in solutione cessationem distractum sit, inferri quidem ex eo potest interesse actoris, sed non statim consequens sit ut ob eam causam iurari in litem oporteat. Alioqui deferendum esset iusiurandum, quotiescumque actoris interesset, quod

quod euidenter falsum est. Præsertim cum in proposito æstimari facile potest id quod interest sine delatione iurifurandi. Quid enim facilius quam æstimare quanti interest actoris ob pœnam commissam, scilicet ex comparatione pœnæ quæ semper certam habet quantitatem, aut ex comparatione præcij redacti ex distractione pignoris, aut quod ex commodiore distractione amplius redigi potuisset. † Denique quod idem Bartolus adducit ex *l. si, quando C. unde vi* adhuc infultus est. Non enim tractat ea lex de iurifurando quod interponatur ad æstimandum rem debitam, sed ad probandam quantitatem rerum per vim subtractarum: quod aliud iurifurandi genus est veteribus iureconsultis incognitum: & ea primum constitutione introductum. Antea enim probandum erat per testes quid quantumque subtractum fuisset, quamuis ea probato, quanti res furtiua tempore furti valuisset ex ipsius actoris iurifurando æstimaretur *l. curi furti 9. D. de in lit. iur.* † Hodie verò ipsa etiam rerum subtractarum & amillarum quantitas per iusiurandum probari potest: hoc tamen ex iure vetere retento ut probatione quantitatis sic facta, possit estimatio probari per iusiurandum, quemadmodum & si species debita post moram perempta proponeretur. Vis enim cum sine dolo esse non possit, plus quam mora est, raptorque violentus quem leges appellant furem improbiorem, non minus quam alius fur quilibet moram in re furtiua semper, facere intelligitur *l. in re furtiua 8. § 1. De condit. iur.* † Nec tamen duplex iusiurandum hoc casu interponendum est, unum ad probandam quantitatem & qualitatem rerum subtractarum, alterum ad probandam earum estimationem: sed placet unum sufficere, adeoque temperandum & refræmandam periodicem ab initio laxata quantitate ad quam usque iurare concedatur: quia facile alioqui res abiret in infinitum si actori pro arbitrio & ex adiectione permitteretur iurare, non solum de rerum debitarum estimatione, sed etiam de ipsarum quantitate. † Cæterum nec veritatis iusiurandum id dici debet, sed necessitatis, quia fieri nequit ut res omnes amillas probare possit is qui tantam vim passus est: quamquam nec propriè necessitatis iusiurandum est, quando fieri possit ut eadem subsit necessitas deferendi iurifurandi propter meram probationum impossibilitatem, nec tamen deferatur, ut puta si furtum simplex factum sit, nec vis vlla interuenerit Nam ad vim potissimum coercendam ea lex & constitutio lata est. Itaque adfectionis potius quam aut veritatis aut necessitatis iusiurandum illud dici debet, quamuis ab initio certa quantitate coangustetur, quia non adfectionis prohibendæ gratiã id fit, sed eius duntaxat quæ immodica sit coercendæ causa, & ne tam facile peritium committatur, de quo nec quæri solet potestatem ex iuris necessitate in litem iuratum est *l. ult. D. de in lit. iur.*

CAPVT XIV.

De nouatione quæ fit ex iudicato.

SYMMARIA.

- 1 An iudicati actione prior contractus ita nouetur ut veteris actio ex contractu competens perimatur?
- 2 Locus qui Interpretes monit ut crederent per iudicatum nouam actionem acquiri, non etiam veterem periri.
- 3 Dubitandi ratio in leg. grege. §. etiam ff. de pignor. quam Interpretes pro sententiæ suæ fundamento attulerunt.
- 4 Differentia inter nouationem quæ per sententiam, &

eam quæ per litem contestationem fit.

- 5 Post sententiam, prioris actionis ex qua secuta fuit condemnatio vestigia nulla superesse.
- 6 Vera sententia §. creditor. l. si fundus 16. ff. de pignorib.
- 7 Bartoli, Accursij & aliorum ad locum illum interpretationes reuocantur.
- 8 Cur in specie d. §. creditor. aduersus eum qui hypothecaria iam conuenit, & condemnatus est, rursus in executione iudicati hypothecaria agere necesse sit.
- 9 Idem obtinere in ea vindicatione quæ iure domini datur.
- 10 Marcianum in d. §. non irascere de illo casu, quo sententia contra unum reddita executio aduersus alium petatur.
- 11 Accursij ad d. §. coniectura reprobat & corrigunt.
- 12 Dna esse actionis hypothecaria capitula.
- 13 An adhuc hypothecaria superstit, si debitor neque pecuniam soluere neque rem obligatam restituere volens, tanti condemnatus sit quantum debetur?
- 14 An idem in directa domini vindicatione quod in hypothecaria statuendum sit?
- 15 Ratio propter quam Accursius in d. §. creditor. rei iudicata exceptionem vtilitatem esse putat.
- 16 Probatur ex §. si pluris d. l. si fundus per iudicatum adfectionis nouationem fieri.
- 17 Versiculum, sed humanius est d. §. si pluris, a Triboniano additum fuisse.
- 18 An unquam sit creditorem præteriti rei iudicata plus exigere a debitore quam reuera debeatur?
- 19 Alia Accursij obiectio contra sententiam intro capitulis proposuam.
- 20 Nouatione quæ per litem contestationem fit veterem actionem non periri.
- 21 Et si nouatio per contestationem facta præcedentem obligationem perimeret, non eo minus naturalem & civilem obligationem subsistere cuius nomine fideiussor accipi possit.
- 22 Quo sensu dicatur nouationem fieri ex iudicato?
- 23 Respondetur ad §. 1. l. argentarium 45. ff. de iudic. ab Accursio obiectum.
- 24 Cur ex dispositione l. ult. C. de v. fut. rei iudic. alterius modi v. fut. post sententiam, quam antea & ex pristino contractu debeantur?
- 25 In æstimanda re debita post rem iudicatam, condemnationis tantum; aut re debita post condemnationem peremptam, moris tempus, tam in bonæ fidei quam strictis iudiciis spectandum esse.

Iudicati † actione nouari priorem contractum scribit Iustinianus in *l. ult. C. de v. fut. rei iudic.* tam apertis verbis ut nihil dici possit apertius. Nec tamen possunt interpretes sibi persuadere adeò id verum esse, quin priorem pristinamque actionem ex contractu competentem etiam post iudicatum manere existiment: nouationem hanc, quæ per iudicatum fit, sic interpretantes, ut noua actio per iudicatum acquiratur, non etiam vetus perimatur. Sic enim ad eum locum. Accursius, quem Bartolus & alij passim sequuntur. † Mouentur ex *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor.* ubi scriptum est, etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypothecam tamen manere obligatam. Sed facilis responsio est, non ea ratione id fieri quod per iudicatum nulla fiat nouatio, sed quia, ut lex ait, suas conditiones id est exceptiones habet actio hypothecaria, id est, si soluta pecunia, aut satisfactum est: quibus cessantibus tenet: ideoque inquit, & si cum debitore egero in personam, isque mihi satisfecerit, & dam-

natus sit æque hypotheca manet obligata: ac multo magis si in personam actum sit, siue cum reo, siue cum fideiussore, siue cum vtriusque pro parte, licet damnati proponantur: nec per hoc, ait, videtur satisfactum creditori quod habet iudicari actionem. † Quibus verbis non obliuere inuit Iureconsultus, dubitandi rationem in ea specie non aliam fuisse, quam quod ex iudicato facta nouatio fuisset, nec alia quam iudicati actio amplius superesset. Alioqui prima actione subsistente, & consequenter obligatione illa cui hypotheca accesserat, quis tam stultus esset vt in animum posset inducere, sublatam ideirco hypothecam quod præterea iudicati actio accessisset? At quia nouatione facta liberantur hypothecæ & pignora l. nouat. 18. D. de nouat. consentaneum videbatur vt post rem iudicatam hypotheca sublata intelligeretur. Nec mala esset consecutio si non alia voluntariæ, alia necessariæ nouationis ratio constitui deberet. l. aliam 29. D. eod. tit. de nouat. qui locus etsi de ea nouatione loquitur, quæ per contestationem fit non de ea quæ per sententiam, eadem tamen hac parte vtriusque causa est, quoniam vtraque nouatio necessaria, neutra voluntaria est, & sicut dici solet neminem facere causam suam deteriori exercendo actionem, sed meliorem l. non solet 86. cum l. seq. De reg. iur. ita dicimus euidenter iniquissimum esse rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum est l. euidenter 16. D. de except. rei iudic. † Quamquam inter nouationem quæ per sententiam, & eam quæ per contestationem fit hoc interest, quod per contestationem non perimitur vetus actio, quam è contrario superesse necesse est, vt agi possit tandemque sequi condemnatio: cum neque sine actione possit quis experiri l. si pupilli 9. §. vltim. de negot. gest. neque ex contestatione actio vlla nascatur, quæ in locum prioris substitui, & exerceri queat: nam quod vulgo iactatur in iudicio quasi contrahi non hunc sensum habet vt ex eo quasi contractu noua actio detur, sed ex iudicato demum secuta condemnatione lege tertia §. idem scribit. D. de pecul. At nouatio quæ per sententiam, nouat & perimit priorem obligationem, quia inducit nouam, quam sufficit competere ex iudicato, cum alia nulla opus sit condemnatione. Idque probatur non malè ex eo quod Vlpianus ex Papiniano & Marcello tradit in d. §. idem scribit, condemnati quoque patrem de peculio actione teneri, etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio conueniri, nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita & in iudicio quasi contrahi, proinde non originem iudicij spectandam, sed ipsam velut iudicati obligationem? quod vtique falsum esset, si post sententiam prioris actionis ex qua fuit secuta condemnatio, vestigia aliqua superessent. † Indèque nimirum illud etiam fit, vt si casus talis contingat, in quo nulla ex iudicato nasci possit noua actio, sed ea ipsa necessaria exercenda sit quæ antea competebat, obstat actori exceptio rei iudicatæ, sitque illi necessaria replicatio illa si secundum me iudicatum non est. Exemplo esto si creditori persequenti adiudicata sit hypotheca eamque ex iudicato habere velit. Neque enim dominium eius vindicare potest, cum non magis adiudicatio quam conuentio pignoris & hypothecæ dominium rei transferat in creditorem. Quid ergo? Necessè est vt eam ipsam actionem quam iam exercuerat, rursus exerceat id est hypothecariam: quod summo iure facere potest, quia nulla alia actio nascitur ex huiusmodi iudicato quæ hypothecariam illam perimere possit. Sed occurri exceptio rei iudicatæ quæ rem iam iudicatam ex integro in iudicium

deduci non patitur. Replicatione igitur vtendum erit, ne res iudicata ei noceat pro quo iudicatum est, pro fit verò ei qui fuit condemnatus. Quæ elegans Marciani sententia est in leg. si fundus 16. §. creditor. D. de pign. † Quam si Accursius, Bartolus ceterique interpretes percepissent, numquam eo loco abusi fuissent ad probandum nullam ex iudicato fieri nouationem, neque rursus tot ineptias in eius interpretatione effudissent. Quid enim ipsorum commentis, ne dicam continentariis fœdus? Aiunt tractare Marcianum de condemnato, qui aut sententiæ tempore non possideat, aut post sententiam possidere desierat: quoniam, inquit, si & eo tempore quo sententia lata est, & quo iudicati executio fit, possideret debitor, qui esset condemnatus, agere postea ex iudicato creditor deberet, non autem partam ex iudicati causa persecutionem ad inuitum alterius petitionis redigere, vt Papinianus loquitur in l. minor. 40. de minor. Ego verò etsi non ignoro posse agi hypothecari contra alium, quam debitorem ipsum, scilicet si alius quam debitor rem obligatam possideat, hoc tamen contendendo, fieri non posse vt alius hypothecaria conueniatur & condemnatur quam qui vel possidet, vel dolo malo desit possidere: id §. in vindicatione: † neque dubito quin Marciani sensus ille sit, vt aduersus eum ipsum qui hypothecaria iam conuentus, & condemnatus est, rursus agi hypothecaria necesse sit in executione iudicati, nec alia victori actio vlla competat, siue debitor, siue tertius possessor sit is, qui condemnatus fuit. Ratione illa, quod hypothecæ adiudicatio nec condemnatio sit, nec ad initar condemnationis, sed quædam potius dispositio, & vt ita dicam, præparatio ad condemnationem, ita demum securam si neque pecunia soluetur, neque res obligata restituetur. d. §. in vindicatione. Actio porrò nulla nasci potest ex sententia quæ non irrogat condemnationem, nec consequenter nouatio vlla fieri per sententiam, quæ nullam parit actionem. Non tam enim sententia ipsa, quam actio quæ ex sententia oritur, nouat obligationem & actionem præcedentem, vt Iustinianus loquitur in d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. † Nec aliud est in ea vindicatione quæ iure dominij datur. Nam qui per sententiam iudicis pronuntiatus est dominus, non idcirco actionem vllam habet ex iudicato: neque enim ea pronuntiatio irrogat condemnationem. Sed si res petitori adiudicata non restituatur iudice ita arbitrate & præcipiente, tum verò condemnatio fit l. qui restituere 63. D. de rei vind. Itaque iterum vindicare cogitur post adiudicationem, quousque arbitrium iudicis extorsit de re restituenda, vt si arbitrio non parebitur, sequi condemnationem possit, quoniam nulla ei actio alia prodita est, siue ciuili. siue prætorio iure per quæ possit ille aliam vrgere condemnationem. Proinde obstat ei exceptio rei iudicatæ si non adiuuaretur replicatione De re secundum se iudicata. † Ineptia igitur & ridicula est illa Bartoli ad d. §. creditor adnotatio, sententiam contra vnum latam executioni aduersus alium mandari non posse, quod vtique tam apertum est, vt non fuerit cur de eo Marcianus aut dubitaret aut scriberet. At neque in toto eo §. quicquam est ex quo possit colligi tractare Marcianum de illo casu quo sententiæ contra vnum redditæ executione aduersus alium petatur, ac nõ potius contra eum ipsum qui condemnatus est. Nam nec alius haberet exceptionem rei iudicatæ quam tamen Marcianus dat conuento possessori. † Neque minus imperitum est quod Accursius comminiscitur exceptionem illam rei iudicatæ, a commodari ei hoc colore, quasi nouatio

facta sit actionis hypothecariæ per sententiam latam pro creditore. Nam imò verò si nouatio facta proponeretur, non posset locum habere exceptio rei iudicatæ, quia nec hypothecaria rursus agi posset, quæ per nouationem iam perempta, & sublata esset. Itaque dicere ex contrario debuit, ideo competere exceptionem rei iudicatæ, quod ea ipsa actio exerceatur super qua iam pronuntiatum fuit, id est hypothecaria: Idcirco autem nouatio: nullam porrò factam esse nouationem quia per sententiam hypotheca duntaxat adiudicata fuerat, id est pronuntiatum rem obligatam esse: nec præterea condemnatus reus fuerat ad rem restituendam, ad quod neque actionis hypothecariæ potestas extenditur. † Habet enim actio hypothecaria duo tantum capita: quorum vnum illud est vt pronuncietur rem obligatam esse, alterum vt si neque pecunia soluetur, neque res obligata restituatur, possessor condemnatur. Itaque quamuis iudex hypothecam adiudicauerit, tamen superest hypothecaria, non ad persequendam rei restitutionem, quæ non magis peti per hypothecariam potest, quam pecunia ipsa quæ debetur. † Neutra enim est in petitione, licet vtraque sit in præstatione, sed ad hoc vt nisi debitum soluetur, aut rei obligatæ restitutio fiat, possessor tanti condemnatur quantum debetur. † An verò post eam quoque condemnationem adhuc hypothecaria supererit? Equidem quandiu pecunia soluta non erit, sed dico id fieri speciali illo iure actionis hypothecariæ, de quo iam diximus, quia suas & perpetuas condiciones habet hypothecaria si soluta pecunia aut aliter satisfactum est, nemo autem dixerit per hoc videri satisfactum creditori, quod habeat iudicati actionem. † Itaque non idem erit in directa dominij vindicatione. Nam si rei meæ possessor iussus rem restituere nõ paruerit ideoque condemnatus sit, quanti mea interesse in litem iurauero, vtique non potero iterum rem meam vindicare. Sublata enim vindicatio est, totaque litem estimatio deducta & translata in condemnationem. Proinde necessariò me ex iudicato agere oportebit vt consequar quanti mea interesse iam in litem iuravi. † Illud verò quam absurdum est quod idem Accursius negat vtilè esse exceptionem rei iudicatæ, propterea quod dicit, inquit, non fiat talis nouatio vt prima actio perimatur. Hæc enim ratio si vera esset, probaret potius non competere illam exceptionem: quam tamen & competere & vtilè esse ex hoc apparet, quod ad eam elidendam opus est replicatione. † Mouetur etiam Accursius ex §. si pluris qui sequitur in eadem lege apud Marcianum. Quæritur eo loco, si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam cõputatio sortis & vsurarum faciebat, An si tantum soluerit quantum debebat exoneretur hypothecæ? Et responderetur quantum ad subtilitatem legis, & auctoritatem sententiæ nõ exonerari quia semel causa videtur transire in condemnationem & inde pecunia deberi, sed humanius esse non amplius eum quæ quod re vera debet dando hypothecam liberare Ego verò cõtendo, vel ex eo maxime loco apparere nouationem fieri per iudicatum. Quid, n. aliud obsecro sibi voluit verba illa semel. n. causa transire videtur in condemnationem & inde pecunia deberi. Nã si nouatio nõ fieret, quænam rogo ad eum locum dubitandi ratio excogitari posset? At quidni liberaretur hypotheca solutione debitæ quantitatis? Planè de iudicati actione dubitari posset, sed de hypothecaria nullo modo. At dubitatio ex eo proficiscitur, quod lata sententia & in maiore quantitate condemnato debitore non iam quærendum est, quid

antea debitum fuerit, sed quid iudicatum sit, ac proinde quid hodie ex iudicato debeatur. Sententia n. non solum ius facit, sed etiã pro veritate habetur: quæ generalis ratio est propter quam fateri cogimur nouationem induci iudicato, neque, sanè iuris necessitas aut rerum iudicatarum autoritas contrariam sententiam admittit. † Quare nec dubito quin locus ille corruptus sit, & à Triboniano interpolatus, addito integro versiculo illo sed humanius est non amplius eum quam quod re vera debet dando hypothecam liberare. Itẽmq; interiectis verbis illis quantum ad subtilitatem legis, & auctoritatem sententiæ. Non enim subtilitatem legis dixisset Marcianus, sed iuris aut legum, neque contra tam apertas iuris regulas respondisset, à quibus nec interpretes ipsi se possunt euoluere. Quæritur enim post Accursium An in proposita specie creditor soluendo id duntaxat quod debet, atq; ita minus quam deductum sit in cõdemnatione liberetur ab actione iudicati. Et coguntur dicere Marciani sententiã illam esse vt liberetur. Et verò quis effectus esset eius liberationis quã Tribonianus inducit inuita iurisprudencia si liberata iã hypotheca nihilominus iudicati obligatio & actio adhuc superesset? Atqui nullo modo fieri potest vt stante sententiã liberetur dando decem is qui in vinginti cõdemnatus est, nec sic omnium quotquot vnquam fuerunt Imperatorum constitutiones in eam rem conspicerent, puto autem ad propositam quæstionem ita simpliciter Marcianum respondisse quod ego propter auctoritatẽ sententiæ non probò. Semel enim causa transit in condemnationem indeque pecunia debetur. Cætera verò omnia esse Triboniani, suas æquitates & humanitates vt vocare solet nobis sub Marciani nomine obtruedis, nisi malis totum §. ei tribuere, quod mihi sanè probabilius videtur, & ex iis quæ in sequentibus dicemus, probabilius fiet. † Nam quod quidam putant iniquum esse creditorem prætextu rei iudicatæ plus exigere à debitore quam re vera debeatur, quia si & ab extraneo plus debito exegisset, cogerentur superfluum debitori ipsi reddere pignoratitia actione l. si inter. 21. §. vltimo eod. id nos iam refutauimus libro septimo capite decimo sexto, etsi facinus Triboniani quod iam tum nobis aliquo modo suspectum erat, non indicauius. Reddit enim creditor debitori quod plus debito exigit ab extraneo per hypothecariam, non etiam quod auctoritate rei iudicatæ & ex stultitia iudicis potius quam ex res debitoris: nec quæ admodum manet hypotheca post sententiam quia verum est solutam pecuniam non fuisse, ita ex contrario possis dicere soluto omni eo quod debebatur liberatam esse hypothecam si plus sit in cõdemnatione quam fuerit in debito. Nam in debito illud hodie esse intelligitur quod in condemnationem deductum est, non quod antea ex conuentione debitum fuit. Postquam enim iudicatum est, auctoritas rerum iudicatarum non patitur vt de alio quæretur quam quid iudicatum sit. † Alia Accursij obiectio est ex l. gracè 8. §. 3. D. de fideiuss. vbi scriptum est Post litem contestatam fideiussorem accipi posse, quia & ciuili & naturalis subest obligatio. Ergo, inquit, nouatio quæ fit per contestationem non perimit præcedentem obligationem. † At nos iam supra hoc vltro admisimus differre hac parte nouationem illam quæ fit per contestationem ab ea, quæ inducitur ex cõdemnatione: quia cum per contestationem nulla producatur noua actio, profusus consequens est vt vel veterem saluam manere necesse sit, vel nullam superesse ex qua & condemnatio sequi possit. † Deinde possim si velim negare consecutionem. Nam etsi nouatio quæ per contestationem fit

præcedentem obligationem perimeret, non eo minus tamen verum esset subesse & naturalem & civilem obligationem, cuius nomine accipi fideiussor posset. Siquidem naturalis obligatio quæ toto ex re ipsa & facto æstimatur, etiam post rem iudicatam manet, si fortè verus debitor per iniuriam iudicis sit absolutus leg. Iulianus verum debitorem 59. D. de conductio. in deb. Multò minus ergo perimi potest per contestationem, ex ratione illa quæ non patitur obligationem naturaliter contractam aliter quàm naturaliter dissolui leg. prou. 80. de solutioib. Civilis autem obligatio noua contrahitur per contestationem quia in iudicio quasi contrahitur. dict. leg. 3. §. idem scribit de pecul. Vnde fit vt litis exercitationis fideiussor accipi possit etiam ab eo cui reuera nihil debeatur: quia nec constare potest an quicquam debeatur, priusquam perueniatur ad sententiam. † Quod verò ibidem Vlpianus subiicit condemnato reo posse fideiussorem vti exceptione si non actionis iudicati, sed litis tantum exercitationis nomine acceptus sit, secus verò si totius causa, ad rem nullo modo pertinet. Nam quod dicimus nouationem fieri ex iudicato, hunc sensum habet vt postquam iudicatum est agi amplius ex pristina actione non possit, sed ex iudicato agi necessario debeat, non autem vt vel pignora vel fideiussores liberentur quousque facta solutio sit, præsertim post Iustiniani constitutionem l. vltim. C. de fideiuss. de qua scripsimus libro vndecimo, capite vltimo. Maximè verò cū de eo fideiussore agitur, qui aut iudicati actionis, aut totius causæ nomine acceptus est. Cur enim aut qua ratione hic per sententiã liberaretur, qui non aliam ob causam adeptus est, quàm vt secuta quandoque sententiã conueniri posset? † Vnum illud diluendum superest quod idem Accursius erroris fuituēdi gratia obiicit ex l. argentarium 45. §. 1. D. de iudi. vbi Papinianus scribit nomine puellæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ iudicatum Romæ facere cogendos, vbi mutuam pecuniam mater acceperat, cui filia heres extitisset. Nemo autem nō statim videt fūtilem & inanem esse obiectionem. Etsi enim nouatio fit per sententiam, iudicati tamen actio prioris actionis naturam in eo imitatur, vt quod ex priore contractu certo loco solui debuit, eo ipso loco soluatur ex iudicato, nisi aliter à iudice constitutum & pronunciatum sit. Quoties enim iusta actio & petitio est, id ipsum deduci debet in cōdemnationem quod in actionem deductum fuit: quod si per incuriã aut imperitiã iudicis factum non sit, ex iure ipso supplendum est, dummodò id sententiæ verba patiatur: recipit enim sententiã interpretationem probabilem ex conuentione quæ & actioni & cōdemnationi causam dedit. † Maneat igitur certissimum & inconcussum iudicati actione nouari priorem contractum & actionem quæ ex contractu illo competebat, indeque fieri quod Iustinianus constituit in d. l. vlt. C. de vjur. rei iudic. vt alterius modi vsuræ debeantur post sententiã quàm antea & ex pristino contractu deberentur. † Item quod nos in superioribus diximus in interpretatione l. pen. De cond. tritic. Cūm quæritur de ineunda rei debita æstimatione post rem iudicatam non moræ aut litis contestatæ tempus spectandum esse, sed cōdemnationis tantum, aut mortis si post cōdemnationē res debita in humanis esse deserit, nulla hac in re constituenda differentia inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, quia in omnibus commune illud est, vt nouatio prioris actionis per iudicatum fiat, id est vt quod antea ex contractu siue bonæ fidei, siue stricto debeatur, peti nunc debeat ex iudicato, nec

aliud quicquam deberi, aut vnquam debitum fuisse intelligatur nisi quod deductum est in cōdemnationem: quæ cū multo magis extinguat potestatem contestationis, sicut & appellatio extinguit iudicatum l. i. in fin. D. ad S. C. Turpil. absurdum sanè fuerit si quis dicat etiam post rem iudicatam deberi eam æstimationem quæ fuisset tempore litis contestatæ, tamen si ea ipsa præcisè alioqui deberetur, si res nondum iudicata sed iudicanda esset: hoc ita si non post moram res deterior facta sit. Nam qui ad rem ipsam reddendam condemnatus fuit, ad hoc condemnatus intelligi debet vt eam reddat non factam deteriorem, quia nec reddi videtur, quæ deterior redditur l. 3. §. 1. D. commod. Ideòque ad tempus moræ etiam post cōdemnationem reducenda hoc casu æstimatio est. d. l. pen. D. de condit. tritic.

CAPVT XV.

In actione hypothecaria numquam iurari in litem.

SVMARIA.

- 1 Ex recepta tam veterum quam neotericorum Interpretum sententiã in hypothecaria actione in litem iurari si is qui conuenitur dolo malo possidere deserit.
- 2 Iusurandum in litem aut manifesta aequitate, aut mera necessitate induci.
- 3 Quo casu necessitas iusurandum in litem inducat?
- 4 In actione hypothecaria neque ex aequitate, neque ex necessitate iusurandum in litem induci posse.
- 5 Contumaciam possessoris per iusurandum in litem non esse æstimandam.
- 6 Quid in hac questione seruandum sit?
- 7 Cur in hac actione quum contra debitorem agitur iurari non possit, contra alium quemlibet possessorem iurare liceat?
- 8 Re pignolata dolo malo tertij alicuius possessoris peremptiã, creditor iusurandum in litem deferendum non esse.
- 9 Quomodo lis hoc casu citra iusurandum æstimetur?
- 10 An, si post moram possessoris res pignolata citra dolum extare deserit, iusurandum in litem actori deferatur?
- 11 Eum qui hypothecaria conuentus est nec possideat, nec dolo possidere deserit, absoluendum esse.
- 12 Possessorem si aut pecuniam soluat aut rem restituat a quæ absoluendum venire.
- 13 Quenam cōdemnatio sequatur si neutrum horum fecerit? vbi de libello actionis hypothecariæ firmando agitur.
- 14 Domini siue hypotheca adiudicationem à restitutione multum differre.
- 15 Rei restitutionem & pecunia solutionem neque in petitione neque in cōdemnatione, sed in iudicis arbitrio alternatiuè esse.
- 16 Pignori restitutionem in præstatione esse desinere post cōdemnationem.
- 17 Cur in cōdemnatione quanti interest creditoris, iusurandum in litem ei deferri necesse non sit?
- 18 Renocatur in dubium veritas versiculi sui verò d. §. in vindicatione.
- 19 Totum illum versiculum Triboniano potius quàm Marciano adscribendum esse.
- 20 Multum inter vindicationem siue directam siue vtilem & actionem hypothecariam interesse quum de re dolo possessoris perempta æstimanda agitur.
- 21 Quando in actione ad exhibendum is qui obtinuit si res

- si res non exhibeatur, in litem iurare possit?
- 22 Iusurandum in litem nunquam ad id tantum quod interest æstimandum dari, nisi præterea res aliqua & præstantia & æstimanda sit.
- 23 Actionem hypothecariam illi actioni ad exhibendum similem esse in qua non iuratur.
- 24 Cū distinctione accipiendum esse quod dicitur, in actionibus in rem in litem iurari.
- 25 Responderetur ad l. qui restituere. ff. de rei vindic.
- 26 Refutatur ratio à Triboniano redacta in fin. d. §. in vindicatione.
- 27 In quo pignorum vtilitas potissimum eluceat?
- 28 Debitorem pignus non restituentem in plus condemnari non debere, quàm si pignus nullum dedisset.

dominio debitoris iã tum cū pignus cōtrahatur, nisi obligata sint bona omnia tantum præsentia sed etiã futura l. & qua nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. Et euanescit obligatio pignoris si rei obligatæ dominiū creditori acquiratur l. pen. in fin. D. except. rer. iudic. Non igitur æquitas illa facere potest vt creditori iusurandum deferri debeat, ne cogatur inuitus re sua carere creditor, qui alienam rem persequitur non suam: adeoque cui non res ipsa debetur, sed tantum pecunia, quæ solutã & pignus extinguitur, & consequenter hypothecaria, quæ non competit nisi de pignore & hypotheca. Ex necessitate autem iusurandum ei deferendum esse multo minus dici potest. Deferendi enim iusurandi necessitas tunc subest, cū æstimanda est res quæ non extat, quia sine delatione iurifurandi non potest iudex æstimare rem quæ non amplius extat. At in hypothecaria, vt modò dixi non res ipsa debetur sed pecunia, quæ sui natura certam semper habet æstimationem leg. munitis 3. De in lit. iur. Cur ergo ad rem æstimandam iusurandum defera- mus? † Nam si dicas non equidem æstimandam rem quæ non debetur, sed contumaciam possessoris, Respondebo contumaciam tamen adnexum dolum habeat, numquã tamen solam æstimari, id est sine re in qua restituenda cōtumax ille est contra quem ob dolum & contumaciã iuratur: rem autem quæ æstimatur cum dolo & cōtumaciã, vel actoris propriam, vel saltem actori debitam esse oportere: quorum neutrum est in hypothecaria. † Quid ergo? Id omnino seruandum est quod Vlpianus in hac re scribit in l. si inter 21. D. de pign. Si res pignolata, inquit, non restituitur, lis aduersus possessorem erit æstimanda: sed vtique aliter aduersus debitorem ipsum, aliter verò aduersus quemuis possessore. Nam aduersus debitore non pluris quàm debet quia nō pluris interest: Aduersus cæteros possessores etiam pluris, & quod plus debito consecutus creditor fuerit, debet restituere debitori pignoratitia actione. † Ex quo loco apparet nō solum quid in hac quæstione iuris sit, sed etiam quæ ratio sit huius iuris. Nam cū agitur contra debitorem, ideo iurari non potest quod nihil interest actoris supra eã quantitatem quæ debetur: ad eam verò vsq; quantitatem certissima debiti æstimatio est. Cur ergo ei iurare permittamus, cuius nihil omnino interest? Cū autem agitur contra alium quemlibet possessorem, pluris litem æstimamus quàm re vera debeatur, quia pluris interest creditoris propter actionem pignoratitiam qua tenetur debitori, vt quantum pluris fuit obligata ei restituat, quoties eam rem ita vindidit, vt non videatur carere dolo vel culpa, qui minore precio vendidit, quàm quanto vendere diligens paterfamilias potuisset l. si pignore 22. §. vlt. De pign. act. Atqui litis æstimatio similis est emptioni leg. 3. D. pro emptori. Perinde igitur curare debet creditor, vt cū res pignolata non restituitur à tertio possessore, tanti lis æstimetur, quanti re vera est, atque si eam venderet ne pignoratitia teneatur. † Nimirum si res extet quæ æstimari commodè possit citra iusuradū. Nam si deserit extare, licet dolo malo possessoris, non idcirco iusurandum actori deferendum est, quia nec eius quicquã interest supra eam quãtitatem quæ debetur, quæ sufficiat nihil ei posse imputari de re perdita aut de lite minoris æstimata, ne pignoratitia conueniri possit: Præsertim cū debitor idemq; pignoris dominus actionem ad exhibendum habiturus sit contra hunc qui dolo possidere deserit: in qua actione si res non exhibebitur vt vindicari possit, tum verò iurare in litem domino permittitur, quia in actione ad exhibendum

quoties ratione dominij datur iurari in litem potest
d. l. in actionibus l. 3. §. 2. D. ad exhib. † Igitur hoc casu
 quo res pignorat nec restituitur nec aestimari potest
 ob eam causam quod possessoris dolo extare desit,
 tanti lis aestimanda erit quantum actori debetur, non
 pluris: eadem ratione quæ locum habet cum agitur
 aduersus debitorem, quia nec pluris interest credito-
 ris. † Quemadmodum eueniret si post moram posses-
 soris citra dolum res extare desisset. Quo casu nemo
 vnquam dixit permittendum esse creditori vt iuret,
 cum nihil ipsius interfit nisi quatenus ei debetur, nec
 res ipsa quæ extare desit, sed pecunia tantum ei de-
 beatur. Non enim quod sine iurisiurandi delatione
 non possit iudex aestimare rem quæ non extat, indu-
 cere posset iurandi ius, & necessitatem, si non illud et-
 iam concurreret, quod aestimanda necessario est res
 quæ licet amplius non extet, tamen adhuc debetur:
 sicut ex diuerso non sufficeret rem deberi, & perem-
 ptam esse si alia ineunda aestimationis ratio compe-
 teret, id est si post litem contestatam res periisset, quia
 tunc litis contestatæ tempus spectari posset. † Quæ
 cum ita sint, videamus iam quid aliud sit quod in
 contrarium proponitur ex Marciano *in d. §. vindica-
 tione. In vindicatione pignoris*, inquit, *queritur an rem de
 qua actum est possideat is cum quo actum est. Nam si non
 possideat nec dolo fecerit quominus possideat absolui debet.*
 Hoc rectè. Nam cum pignoris persecutio sit in rem,
 fieri non potest vt ex ea rectè conueniatur & con-
 demnetur is qui rem non tenet, nec proinde habet ip-
 sius restituendæ facultatem. Idemque iuris est in di-
 recta rei vindicatione quæ iure dominij datur *l. offi-
 cium 9. D. de rei vind.* vbi Vlpianus scribit officium iu-
 dicis in ea actione esse vt iudex inspiciat an reus pos-
 sideat necne, id est vt sequentia explicant an rem quæ
 petitur ita teneat vt eius restituendæ habeat faculta-
 tem. Cui & ille comparatur qui dolo malo desit pos-
 sidere, quia ex vulgari iuris regula dolo pro posses-
 sione est. † Sequitur *si vero possideat & aut pecuniam
 soluat aut rem restituat, a quæ absoluiendus est.* Hoc etiam
 rectè, quia definit creditoris interesse siue debitor ip-
 se aut alius quilibet rei obligatæ possessor: eam rem
 restituat, siue inferat litis aestimationem, iuxta eam
 distinctionem quæ traditur *in d. §. vlt. l. si inter 21. co-
 tit.* Hypothecariâ autem actio non potest tenere ex
 quo desit interesse creditoris, id est vbi soluta pecu-
 nia vel aliter satisfactum est *l. grege 13. §. etiam eo. l. de-
 bitor 59. D. ad S. C. T. rebell.* † *Si vero* inquit lex, *neu-
 trum horum faciat condemnatio sequitur.* Et hoc quoque
 rectè. Sed quænam condemnatio? An vt possessor rem
 restituat quæ à creditore postea pignoris iure retineat-
 ur? Ita vulgò creditum est: indeque natus error prag-
 maticorum, existimantium sic formandam esse libel-
 lum in huiusmodi actione vt rei obligatæ restitutio
 petatur, ita formandam quoque sententiam vt ea re-
 stitutio adiudicetur, Quod sanè abhorret euidenter à
 principiis iuris. Nam cum actio hypothecaria sit arbi-
 traria sicut & dominij vindicatio directa, nihil aliud
 petere & intendere potest creditor nisi vt pronuncietur
 rem esse obligatam, quæ dicitur adiudicatio hypo-
 thecæ *in d. l. fundus §. creditor*, quemadmodum & qui
 rem vindicat tanquam dominus nihil aliud petere ap-
 pud iudicem potest, nisi vt sibi res adiudicetur, id est
 vt rei litigiosæ dominus pronuncietur. † Quæ adiudi-
 catio siue dominij siue hypothecæ quantum differat
 à restitutione ex eo apparet, quod post eiusmodi ad-
 iudicationem necesse est sequi arbitrium iudicis, ex
 merito eius officio non ex actoris iure aut petitione æ-
 stimandum, quod porro non tale esse debet vt res ipsa

precisè restituatur, sed sub alternatione, vt pecu-
 nia debita solvatur vel res obligata reddatur. Vtrum-
 que enim in præstatione est: nec magis arbitrari potest
 iudex vt possessor rem restituat, quam vt pecuniam
 debitam soluat: quod tamen nisi ineptè & iniuriosè
 facere non possit, non solum si tertius possideat quem
 constat nihil debere, sed et si debitor ipse tanquam
 possessor conueniatur, quia per hypothecariam non
 quasi debitor conuenitur, sed quasi possessor, quippe
 qui ea actione conueniri nullo modo posset si non pos-
 sideret. † Planè si arbitrio iudicis iubentis rem restitui
 aut pecuniam solui non pareatur, tum verò sequitur
 condemnatio, non ad hoc vt alternatiuè res præstetur
 vel pecunia solvatur, sed ad præstandam litis aestima-
 tionem precisè, id est quanti interest creditoris, quod
 ipsum aliter atque aliter in persona debitoris, & al-
 terius cuiuslibet possessoris aestimatur *d. §. vlt. l. si inter.*
 Itaque rei restitutio neque in petitione, neque in
 condemnatione est, non magis quam pecuniæ solu-
 tio, sed tantum in arbitrio iudicis, & quidem alterna-
 tiuè, in quo hypothecaria differt à directa dominij
 vindicatione. Ibi enim iubetur precisè reus actori re
 reddere, quæ est actoris. † Post condemnationem verò
 definit pignoris restitutio esse in præstatione, si om-
 nimodo lis aestimanda, eaque aestimatio præstanda
 est, adeò vt oblata restitutione non possit liberari cõ-
 demnatus nisi creditor offerat aut agnoscat condicio-
 nem. † Cum verò condemnatio facienda sit quanti
 interest creditoris, apparet nihil cause esse cur ei iur-
 andum deferri oporteat: quia certa est litis aestima-
 tio, certumque, quid & quantum creditori debeatur,
 aut quanto pluris sit res pignorat cum extat, ne cre-
 ditori possit imputari, quod minore quam debuisset
 precio litem esse imauerit. Aestimatione scilicet ineun-
 da inspecto illo tempore condemnationis non litis
 contestatæ aut moræ præcedentis, ex quo de præstan-
 da illa aestimatione non queritur, nisi tempore con-
 demnationis, antequam poterat possessor offerens
 debitum effugere condemnationem præstandaque
 aestimationis necessitatem: quæquam hoc ipsum quod
 dicimus de præstanda illa aestimatione quæ sententiæ
 tempore fuerit, ita accipiendum est si non post moram
 res deterior facta sit, ex iis quæ diximus in interpreta-
 tione *l. pen. D. de conduct. tritic.* Sequitur apud Marcianum
*Sed si velit restituere nec possit, forte quod res abest
 & longè est vel in provinciis, solet cautionibus res explicari.*
Nam si caueret se restituaturum absoluitur. Nec hoc et-
 iã malè. Nam & ad id iudicis officium pertinet *§. nisi
 in rem instit. de offic. iudic. l. nisi si malit 11. De rei vind.* v-
 bi scriptum est huiusmodi cautionem cum fideiussore
 esse debere, id est non nuda cautione, sed satisfatione
 victori consulendum, † *Sin verò*, inquit lex, *dolo quidem
 desit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam
 restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iu-
 rauerit.* Hoc verò est quod ego falsum puto, neque du-
 bito quin iure falsissimè affirmare possim. Cur. n. hoc
 casu quo is qui dolo desit possidere, fecit quantum in
 se fuit vt re obligatam restitueret, iurabitur contra eum
 in litè, non etiam contra eum qui rem adhuc possidens
 nec eam restituere vult nec pecuniâ soluere? De illo. n.
 paulo ante tractans Marcian. illis verbis *si vero neu-
 trum horum fecerit* nihil aliud scribit, nisi condenatio-
 nē sequi oportere nulla iurisiurandi facta mentione. At
 iam diximus in superioribus iurisdictione in litem non
 tã præteritum quam præsentem dolum vindicari, hoc
 est non tã ob id quod reus aliquando in dolo fuerit ad-
 uersus eam iurari, quam quia nunc in dolo sit qui rem
 alienam inuito domino retinere velit. Neque verò
 contra.

contra eum qui dolo malo desit possidere iurari pos-
 set, cum non possit restituere, nisi dolo præsens ex
 præterito induceretur, id est nisi adhuc pro possessore
 haberetur. Et si autem quod nunc nitatur quantum
 potest rem restituere, non impedit quominus propter
 dolum præteritum adhuc habendus sit pro possessore,
 & consequenter pro contumace, nemo tamen di-
 xerit eius causam deteriorem esse debere, quam si
 rem ipsam reuera possideret, nec restituere vellet: nec
 minus illo quam isto casu locum habent omnes eæ ra-
 tiones ob quas diximus in actione hypothecaria iu-
 rari in litem nunquam posse. † Quare fatendum est to-
 tum illud versiculū Triboniani inscitia potius quam
 Marciani elegantia adscribendum esse: quod proba-
 bunt euidentius quæ sequuntur: *Sicuti in ceteris*, in-
 quit ille, *in rem actionibus.* Quasi verò hypothecaria ac-
 tio ceteris in rem actionibus similis videri possit. Quæ-
 nam autem sunt ceteræ illæ in rem actiones? Rei vindicatio
 directa aut utilis, & Publiciana, & Ad exhiben-
 dum. † At qui quod ad rei vindicationem siue di-
 ctam siue vtilem attinet longè alia eius ratio est. Cum
 .n. competat iure dominij æquitas cum iuris ratione
 coniuncta facit vt ei qui obtinuit si res non restitua-
 tur permittendum sit in litem iurare, ne alioqui re
 sua inuitus carere, & eam iusto precio vendere cogatur
 quod nequaquam ferendum est. At in actione hypo-
 thecaria nec de dominio agitur, nec ab eo, qui sit
 dominus, sed à non domino contra possessorem ad auo-
 candam nudam possessionem *l. si cum venditor 66. D.
 de euct. nisi reus malit expectare condemnationem, quæ
 si sequatur non de possessione fieri debet, sed de litis
 aestimatione præstanda vt diximus, quod Bartolus
 in interpretatione d. §. in vindicationem non intellexit.*
 Quid ergo attinet deferri iurandum creditori ad
 aestimandam proprietatem? In publiciana non aliud
 iuris est quàm in directa dominij vindicatione. Et si e-
 nim publicianam is exercet qui dominus non est, quia
 tamen exercet quasi dominus, & eo colore quasi iam
 vltuceperit, non minus hac parte iuris habet, quàm si
 directa dominij vindicatione experiretur. † In actio-
 ne ad exhibendum non ita indistinctè idem obtinet.
 Nam sicuti competit ex diuersis causis, nec ei tantum
 qui sit dominus, & iure dominij rem exhibitam pos-
 stea vindicaturus, sed omnibus etiam illis quorum
 interest rem exhiberi licet dominum non habeat *l. 3.
 §. sciendum cum seq. & pass. D. ad exhib.* Ita puto distin-
 guendum esse cum queritur. An in hac actione in li-
 tem iuretur, an competat ratione dominij an ex alia
 causa. Nam si ratione dominij, fateor iurandum eo
 casu locum habere, quia vindicationis loco est, eadè-
 que rationes in vtraque actione locum habent. Sed si
 alius quàm dominus ad exhibendum agat, licet pos-
 sessor dolo malo deneget exhibitionem, cogit me iu-
 ris ratio vt negè iurando locum esse. Tunc enim
 sola utilitas aestimationem facit cum cessante domi-
 nio actio nascitur, ideòque ad aestimationem corpo-
 ris actio referri non potest vt de furti actione dicebat
 Papinianus in *l. si vendidero 80 §. 1. D. de furt.* † Iuranda
 eum verò in litem nunquã datur ad id tantum quod
 interest aestimandū, si non præterea res aliqua & præ-
 standæ & aestimandæ sit. Sunt enim ista prorsus cõtra-
 ria Aestimari rem quanti actor in litem iurauerit, &
 aestimari quanti actoris interfit *d. l. qui restituere & l.
 semper 15. §. hoc interdico. D. quod vi aut clam.* Nec me
 mouet quod generaliter & indistinctè proditum est,
 in actione ad exhibendum iurari in litem *d. l. 3. §. præ-
 terea. D. ad exhib. d. l. in actionibus 5. D. de in lit. iur.* Id. n.
 ob eam causam factum videri potest, quod hæc actio

maximè propter vindicationes introducta est, vt Vl-
 pianus scribit in *l. 1. de in. ad exhib.* † Similiter igitur
 dicendum est in actione hypothecaria iurari non de-
 bere, quia non est similis actioni ad exhibendum in
 qua iuratur, id est qua iure dominij conpetit, sed illi
 potius in qua non iuratur, id est qua ob id datur, quod
 ex alia quàm dominij causa interfit, cum neque do-
 mino neque pro domino, sed creditori duntaxat pro
 pignore hypothecaria accommodetur. † Nec illud rur-
 sus mouere nos debet quod in *d. l. in actio. generaliter*
 & indistinctè scriptum est in actionibus in rem iurari:
 id. n. non eo minus recipit distinctionem, si talis actio
 sit quæ ob id in rem proponatur, ne dominus re sua
 careat aut ea quam quasi suam possit dicere, vt con-
 tingit in vindicatione & publiciana, non etiam in
 hypothecaria. Sic idem noster Marcianus in *d. l. in a-
 ctionibus*, ait, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, quod
 & Vlp. scribit in *l. 3. §. in hac. D. commod.* Et tamen ne-
 mo dixerit in omnibus bonæ fidei iudiciis idcirco iu-
 rari posse. Nam vt supra monuimus, neque in contra-
 riis iudiciis, neque in actione empti quæ omnium
 maximè bonæ fidei est, iuratur in litem: sed in iis tan-
 tum ex quibus petit actor restitutionem rei suæ, li-
 cèt non tanquam suæ sed potius tanquam sibi debi-
 tæ. † Magis sententiæ nostræ illud obstat quod in *d.
 leg. qui restituere*, postquam tractatum est de iureiu-
 rando in litem contra eum dando qui rem petitori
 adiudicatam dolo possidere desit ne eam restituere
 cogeretur, sic Vlpianus subiicit, *Hæc sententia genera-
 lis est & ad omnia siue interdico siue actiones in rem, siue
 in personam sim, ex quibus arbitratu iudicis quid restitui-
 tur, locum habet.* Nam si ita est, ergo in hypothecaria
 quoque actione quæ laud dubiè arbitraria est in li-
 tem iurabitur. Sed iam indicavi superiore libro cap.
 i. mihi suspectam esse illam clausulam, adeòque le-
 gem integram, & Triboniano ni fallor potius quàm
 Vlpiano tribuendam. De quo dicemus paullo latius
 capit. 17. † Expediendum enim nunc nobis est, vt reli-
 quam Triboniani inscitiam in *d. §. in vindicatione* pro-
 damus & explodamus. Sequitur enim *nam si tãti con-
 demnatus esset quantum deberetur, quid præderat in rem
 actio, cum & in personam agendo idem consequeretur?*
 Egregia verò ratio & digna planè Triboniano, vt euni-
 cæ permittendum esse creditori hypothecariam e-
 xercenti, vt in litem iuret. Nihilne igitur, Tribonia-
 ne, prodesse tibi videtur hypothecaria; tametsi per
 eam non plus creditor consequatur quàm sibi debet-
 ur? Quid si exerceatur contra tertium possessorem,
 qui neque debitor sit, neque debitoris heres? An tibi
 nullum esse videtur creditoris commodum si quod
 ab vno sibi debetur fortassis nunc inope, & non sol-
 uèdo, ab alio qui nihil debet cõsequatur? Sed & cum
 agitur aduersus ipsum debitorem, eundemque rei obli-
 gatæ possessorem, quis non videt expeditius esse vt in
 rem agatur quàm in personam? Finge alios esse credito-
 res posteriores quidem, sed tamen qui si personali ac-
 tione experiendum esset, non modò concurrerent,
 sed etiam ob fauorabiliorem debiti causam præfer-
 rentur. Constat .n. personalium actionum priuilegia
 non ex tempore aestimanda esse, sed ex causa *l. priuilegia
 42. D. de reb. aut. iudic. possid. vel venund.* An non erit
 magnum creditoris commodum agentis hypothecariæ
 etiam contra debitorem, quod ceteris omnibus po-
 sterioribus præferatur? In eo siquidem potissimum e-
 lucere solet utilitas pignorum, vt vel acquirant credi-
 tori ius prælationis contra ceteros creditores si qui
 sint posteriores tempore, siue debitor ipse, siue alius
 possideat, vel pariãt in rem actionem aduersus tertios

inspiciat an qui conuenitur possideat necne, quia pati non debet vt actione in rem urgeatur & inanibus litis sumptibus vexeris, qui cum nullo modo sit obligatus, neque ex contractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi, alia nulla ratione conueniri potest quam quia possideat, quique etiam si per iniuriam esset condemnatus, tamen restituendae rei facultatem non haberet, vt in *d.l. officium. 9. De rei vindicat.* Itaque non sententiae ferendae tempus in eo expectandum est, sed ab initio accepti iudicij & cum agi incipitur officio iudicis id inspiciendum & perpendendum est. Idque est quod dici solet neminem cogi posse vt in rem actionem patiatur quia licet cuilibet dicere se non possidere *l. vlt. D. de rei vindicat.*

CAPVT XVII.

Observata Triboniani manus in l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. & in l. 4. §. iurare & in l. 5. D. de in lit. iurand.

SVM MARIA.

- 1 Totam illam legem, qui restituere, contextu verborum & iuris ratione inspecta, Triboniano, non Vlpiano adscribendam esse.
- 2 Iuris rationi contrarium esse, quod eius legis initio dicitur, Eum qui restituere iussus iudici non paret & c. manu militari cogendum esse vt restituat.
- 3 Praeceptum iudicis rem restitui iubentis non condemnationem, sed arbitrium esse.
- 4 Reprehenditur sententia Accursij & aliorum existimantium in actionibus arbitrariis duas sententias ferri.
- 5 In rei vindicatione primo adiudicationem, deinde restituendi praecipuum, tandem condemnationem a iudice procedere.
- 6 Ex ipso legis textu probatur arbitrium illud iudicis de re restituenda sententiam non esse.
- 7 Examinantur verba illa eiusdem legis, & fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnationis fit.
- 8 Quomodo ea verba ab Accursio accepta sint.
- 9 Illa verba de fructibus pendente lite perceptis accipi debere.
- 10 Possessorem, si dolo fecerit quominus restituere possit, in tantum condemnandum esse quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione iurauerit.
- 11 An verba illa sine taxatione, in d.l. de taxatione facta a iudice sint accipienda?
- 12 Iudicem, lege in infinitum iurare permittente, iusiurandum sine deferendum sine delatum & praestitum taxatione reprimere non posse.
- 13 Triboniano adscribitur quod in d. §. iurare scriptum est ab iis verbis, sed an iudex, usque ad §. ex culpa.
- 14 Iudicem in omnibus illis actionibus, in quibus iurari in litem potest, cogi iusiurandum deferre.
- 15 Nullum iusiurandum in litem esse quod non sit affectionis. Et ad l. vlt. ff. de in lit. iur.
- 16 De differentia inter iusiurandum de quo in §. vlt. l. in actionibus. Marcianus, & illud de quo in d. l. vlt. de in lit. iurand. Paulus tractat.
- 17 Non ideo quod in arbitrariis actionibus arbitrio iudicis condemnatio permittitur, in arbitrio quoque iudicis esse an iusiurandum deferre velis, nec ne.
- 18 Arbitrariae actiones cur dicantur.
- 19 Cur praecipuum quod in arbitrariis actionibus condemnationem praecedat, arbitrium dicatur?

- 20 Perperam in d. §. iurare, a Triboniano quae, an qui iusiurandum deferre potest iuriurando taxationem adicere possit.
- 21 Reversitur eiusdem Triboniani responsio ad questionem, an iudex qui iusiurandum delatit, possit illud non sequi, sed reum vel absolueret vel minoris condemnare.
- 22 An vera & magna huius rei causa sint instrumenta & probationes de nouo reperta.
- 23 Ad iusiurandum in litem non pertinere quod dicitur, sententiam ex iuriurando redditam ob instrumenta de nouo reperta aliquando retractari.
- 24 Iusiurandum in litem praestitum, ob instrumenta de nouo reperta a cur retractari non possit?
- 25 Totum §. 1. & l. in actionibus. ff. de in lit. iurand. qui est de taxatione iusiurandi in litem, Triboniani additamentum esse.
- 26 Quid Tribonianum ad istam iusiurandi taxationem inducendam impulerit?
- 27 Aliam esse rationem iusiurandi in litem, de quo locis supra citatis tractatur, aliam eius de quo in l. §. quando C. vnde vi. disputatur.
- 28 Iusiurandum hoc Zenonianum in quo deferat a iuriurando quod ad rem peritam & actoris arbitrio estimandam praestari necesse est.
- 29 Versiculum illum l. qui restituere. Si vero nec potest nec dolo desit & c. cum iuris ratione congruere.
- 30 Postremam eius legis clausulam Tribonianum maxime sapere.
- 31 Quod de manu militari in d. l. traditur, non bene defendi ex l. dominus. 36. ff. de liberal. caus.
- 32 Abductionem serui, de qua in d. l. dominus, non manu militari, sed propria domini auctoritate faciendam esse.
- 33 Probatur, ab eo qui rem alienam quam habet restituere iussus est, possessionem manu militari auferri non posse.
- 34 An dicta l. qui restituere. e. libris iuris delenda sit?

Ampridem † mihi tota haec lex suspecta visa est, & Triboniano dignior quam Vlpiano. Sed tamen cum nondum satis liqueret quid omnino sentendum videretur, nolui ante hunc diem meam de ea re coniecturam aperire: nunc vero audacter affirmo, ne vnum quidem verbum in tota lege esse quod Vlpiano adscribi debeat, omnia esse Triboniani: idemque mecum vt spero sentient qui & contextum verborum, & iuris rationem magis quam legis inscriptionem intuebuntur. Tota lege nihil continetur praeter distinctiones Triboniano quidem familiares, sed is praeterea verbis conceptas quae eidem Triboniano familiarissima esse iam diximus, siquidem habeat rem, si vero non potest restituere. Et rursum siquidem dolo fecit, si vero nec potest. Item in fine legis ad omnia sine interdicta sine actiones. Rursum actiones in rem siue in personam sint. Postremo ad omnia locum habet pro in omnibus. Mala vbi que grammatica, quam Vlpianus non solum bonam sed etiam elegantem proculdubio dedisset. † Omissa autem verborum obseruatione, si rem ipsam & legis sensum inspiciamus, illud primum non puto verum & rationi iuris consentaneum quod lex ait, eum qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si rem habeat cogendum esse manu militari vt rem restituat, aut potius vt Triboniani verbis vtar ab eo transferendam possessionem officio iudicis & manu militari: non ob id solum quod fieri id nequeat citra vim & impressionem quam semper exosam habet legislator, hoc quoque expressim prohibito,

hibito, ne vnquam omnino in negotiis priuatorum, vel iuditio militaris vel executio tribuatur *l. i. C. de offic. mil. iudic.* Sed etiam quia iuris ratio non patitur vt incipiat ab executione id est vt executio praecedat condemnationem *l. i. C. de execut. rei iudic.* † Atqui praecipuum illud iudicis rem restitui iubentis, non praecipuum est, sed arbitrium, quod in actionibus omnibus arbitrariis, cuiusmodi est vindicatio, praecedere necesse est, vt si non pareatur condemnatio sequi possit *l. item si cum. 14. §. haec autem actio de eo quod met. caus.* In eoque perpetuus Accursij, Bartoli & aliorum error est quod putant in actionibus arbitrariis duas ferri sententias, arbitrium iudicis pro sententia accipientes, contra quam a Iustiniano scriptum sit in §. praeterea *Instit. de action.* Neque enim sententia dici debet vox qualibet iudicis, sed ea demum quae aut solutionem continet aut condemnationem. Praestitum cum de sententia diffinitiuam tractamus, quae & sola sententiae nomen meretur, qualem hanc esse vult Accursius, cum possessor rei vindicatione conuentus rem restituere iubetur. Quod si verum esset sequeretur in hoc vindicationis iudicio tres ferendas esse sententias, vnum per quam pronuncietur petitoris rem esse. Hanc enim necessario praecedere necesse est antequam possessor petitori rem restituere iubeatur: §. & si in rem *Instit. de offic. iudic.* Secundam per quam iubeatur possessor restituere petitori rem iam adiudicatam. Tertiam qua possessor si non pareat condemnatur, non quidem ad hoc vt manum militarem pati cogatur (esset enim ea sententiae executio dicenda potius quam sententia, vt & Accursius ait) sed vt praestet quanti actor in litem iurauerit. Nam & eo casu quo possessor rem habeat posse contra ipsum iurari in litem non secus ac si dolo desisset possidere, nec Accursius ipse aut Bartolus nec alij diffidentur: & tamen nemo vnquam dixit siue in arbitrario iudicio, siue in alio villo tres ferri sententias: vna tantum est per quam reus aut absoluitur, si arbitrio pareat, aut si non pareat condemnatur. † Prima enim illa adiudicatio dici debet non sententia cum per eam reus neque absoluitur, neque condemnatur: indeque nimirum fit vt cum iudex posteaquam sententiam dixit officio suo functus sit *l. iudex posteaquam. 55. D. de re iudic.* non tamen desinat esse iudex is qui rem petitori adiudicauit, sed sed ex officio iubere postea debeat eam rem restitui quam adiudicauit *d. §. et si in rem*: sicut nec post arbitrium illud de restituenda re redditum, iudicis officium conuiescit: at proflire ad condemnationem iudex debet, vt non parentis contumacia coerceatur Ergo fieri nequit vt ab eo qui restituere tantum iussus necdum condemnatus est possessio manu militari transferatur, quin & possessori & legibus ipsis vis fiat. † Et vero arbitrium illud iudicis de re restituenda nec condemnationem esse nec consequenter sententiam ex eo apparet quod Tribonianus fatetur aliam condemnationem sequi debere: subiicit enim & fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit, vt significet, futurum quoque vt de re ipsa petita & adiudicata condemnationem sequi necesse esset, si non manu militari possessio ei auferretur qui restituere iussus noluit parere. † Quis vero vnquam auduit, post sententiam diffinitiuam ad eoque iam executioni mandatum posse iudicem qui semel officio functus sit de fructibus & causa rursum pronunciare? *l. terminato 3. cum seq. C. de fructib. & lit. expens.* Et haec quoque non leuis ratio est quae Triboniani incitiam detegere mihi videatur. † Quin & Accursij praesentis, qui vt se expedit, condemnationem interpretatur condemnationis executionem, aut quod lex de fructibus ait de his accipiendum esse qui post sententiam sunt percepti: vtrunque ridicule. Condemnationis enim executio nulla esse potest, vbi condemnatio nulla praecessit, nec rursus condemnationis iure censi praecipuum illud iudicis de re restituenda: quandoquidem fieri potest vt is etiam qui restituere iussus est nec restituit absolui debeat, si forte sine dolo aut culpa desierit habere restituendae rei facultatem. De fructibus vero post sententiam perceptis certum est sententiam ferri non posse antequam percepti sint *l. i. §. 1. D. de usur.* postea vero multo minus nisi nouo in eam rem iudicio instituto. † Neque proinde dubitandum est quin de fructibus pendente lite perceptis accipi debeant verba illa & fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. In quibus tamen quid sibi velit dictio duntaxat valde laborat Accursius, & abs re, cum sit apertissimum id Tribonianum agere vt doceat nullam fieri debere condemnationem rei ipsius quae petita est, cum manu militari auferenda sit non iuriurando in litem aut aliter estimanda. † Sanè quod sequitur verissimum est, si possessor dolo fecerit quominus possit restituere, cum condemnandum esse quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit: ratione illa quod non sit cogendus dominus vt re sua inuitus careat, aut eam iusto precio vendat, sicut euenit quoties dominus non solum per vindicationem aut actionem ad exhibendum petit rem suam *l. i. l. in actionibus. 5. De in lit. iur. l. vlt. §. iussus D. de appellat.* sed etiam cum repetit eam ex iudicio bonae fidei, vtputa ex causa depositi, vel commodati, vel alia eiusmodi *d. l. in actionibus l. 3. §. in hac D. commod.* † Quamquam difficile est vt domino rem suam petenti vel repetenti haec tenus indulgeamus, vt ei liceret dabit iurare in infinitum sine vlla taxatione. Et si enim verum est posse in infinitum iurari, solet tamen iudex & debet certam quantitatem ab initio taxare ad quam vsque iurare liceat, ne arrepta occasione in immensum iuret *l. videmus. 4. §. iurare De in lit. iur. ad eoque postquam iuratum est, potest minoris condemnare d. l. in actionibus,* quia immodice adfectioni nunquam indulgendum est. Quam ob causam interpretes, quod ait lex qui restituere sine vlla taxatione intelligunt de taxatione quae fiat per legem, non de ea, quae fieri debeat per iudicem, quod tamen non video qua ratione probabile esse possit, nusquam enim reperias iusiurandum in litem taxari a lege, sed semper a iudice vt in *l. si quando 9. Cod. vnde vi.* In proposito autem excludi taxationem quae ab ipso iudice alioqui fieri posset, & deberet, ex eo apparet quod non solum lex ait, permittendum esse actori vt in infinitum sine vlla taxatione iuret, sed etiam condemnandum esse eum qui dolo desit possidere in quantum actor sine vlla taxatione in infinitum iurauerit. Quibus enim verbis apertius possis exprimere nullam e iudice in condemnando possessore taxationem fieri debere? Igitur si quod scriptum est in *d. l. qui restituere* accipere velis pro imperatoria constitutione in cuius interpretatione quaerendum sit non quid ratio iuris suggerat, sed quid legislatoris voluntas constituat, non puto dubitandum, quin ita ius constitutum videri debeat vt nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur qui rem petitori adiudicatam dolo desit possidere: † nec sanè mihi vnquam probabile visum est quod scriptum video in *d. l. 4. §. iurare & d. l. in actionibus* de taxando per iudicem iuriurando siue antequam deferatur, siue postquam delatum & praestitum est: cum lex patiatur iurari in infinitum. Quid enim aliud est iudicem facere potest

statem iurandi in infinitum, nisi hoc ipsum quod nos contendimus sine vlla præfinitione & taxatione vel adhibita, vel adhibenda: utique enim nemo fuerit tam infans & improbus qui decem millibus aureorum æstimare velit rem quæ quinquaginta tantum aureis digna sit, quandoquidem fieri id non potest citra periurium, de quo etsi non facile quæri solet. *l. ultim. eod.* quæri tamen proculdubio posset si tam evidens proponeretur, vt vix vlla egeret probatione.

† Itaque sit mihi probabilis quod in *d. s. iurare* scriptum est ab iis verbis *sed an iudex* vsque ad *s. ex culpa*. Tribonianus esse non Marciani. Nam cum Marcianus scripsisset, iurare in infinitum licere: idque durum Tribonianus videretur, quasi sensus esset, permittendum actori iurare in immensum, subinde quærit ille an iudex modum iurandi statuere possit vt intra certam quantitatem iuretur, ne inquit arrepta occasione iuretur in immensum ridiculè. Neque enim iudex qui potestatem facit iurandi in infinitum, id est nulla in eam rem definita quantitate, facit etiam potestatem peierandi, id est in immensum iurandi: metuisque periurij potest sufficere ne quis eam sibi in immensum iurandi licentiam arroget. † Respondet verò Tribonianus & quidem in arbitrio iudicis esse iusurandum deferre necne constat. Falsò. Nam imò verò cogitur iudex in actionibus illis omnibus in quibus iurari in litem potest iusurandum deferre, quia nec vnquam nisi ex necessitate iuris deferri potest, vt Paulus loquitur in *dict. l. ultim.* id est iis demum casibus quibus aliter satisfieri non posset strictæ rationi iuris, aut æquitati, quæ & ipsa iuris nostri pars & quidem potissima est, vt tunc maximè contingit cum quis rem alienam inuito domino retinet, nec vult restituere cum possit, aut dolo malo fecit quominus possit restituere. An non enim apertè iniuriam faciat iudex si dominum cogere velit ad rem suam iusto precio vendendam, nec illum pro arbitrio rei suæ precium dicere patiat? Quodnam verò in eam rem remedium aliud, quàm iusurandi esse potest? Non igitur iudicis potestati & arbitrio acceptum ferri debet quod subiicitur iuris necessitati *arg. à contrar. sens. l. non quicquid. 40. Digest. de indic.* † Nec est quod quis dicat Paulum in *dict. l. ult.* cum loquitur de iureiurando ex necessitate iuris præstito, de eo intelligere quod in actionibus quoque stricti iuris locum habet, cum homo ex stipulatu debitus perit post moram & antelitem contestatam, de quo Marcianustractat in *dict. l. in actionibus s. ult.* Non etiam de illo quod vulgo vocant adfectionis. Iam enim sæpiùs inculcauimus iusurandum in litem nullum esse quod non sit adfectionis, id est per quod non aliqualiter adfectioni iurantis indulgeatur, & quidem ex iuris necessitate quod alioqui fieri nequeat vt suum cuique tribuatur, qui præcipuus iuris nostri, & iustitiæ finis est, proinde potest etiam dici iusurandum necessitatis si de necessitate iuris intelligas. † Nam quod maioris distinctionis gratia diximus in superioribus, iusurandum illud de quo Marcianus tractat in *d. s. ult. l. in actionibus*, magis specialiter dici posse iusurandum necessitatis, ad necessitatem facti potius quàm iuris referri debet: cuius scilicet deferendi causa non illa est quæ aliis casibus esse solet, quòd deferri æquum sit ad coercendam contumaciam eius qui alienam rem inuito domino retinet, sed quia, vt Marcianus ait, non potest iudex sine delatione iusurandi æstimare rem quæ non extat, quam si per se aut per viros probos æstimare posset, utique iusurandum non deferret. Paulum verò in *d. l. ult.* non loqui de hoc genere iusurandi ex eo con-

stat, quod nec si iudex vellet periurium tamen iurantis hoc casu detegere, & coercere posset, cum de ea re æstimanda agatur, quæ sine delatione iusurandi æstimari nullo modo potest, nisi proponas iuratum esse in quantitatem adeò immensam vt & legibus & iudici illud fuisse dubitari non possit, ex comparatione scilicet aliarum specierum eiusdem generis, quæ extant. † Tribonianum illud deceptum, quod credidit in actionibus arbitrariis cuiusmodi sunt vindicatio, & ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria est, in quibus potissimum iurari in litem solet, arbitrio iudicis permittit condemnationem, indeque consequens fieri vt in iudicis arbitrio sit an iusurandum deferre velit necne. In eo autem errat sanè manifesta ignoratione principiorum iuris. † Non enim arbitrariæ actiones dicuntur ob id quod ex iis condemnatione fiat arbitrio iudicis, sed quod arbitrium præcedere necesse sit, cui si paritum non fuerit, tum demum sequatur condemnatio: nec alia ferenda condemnationis ratio sit quam quòd arbitrio non pareatur. Itaque cõdemnatio non est posita in arbitrio iudicis, sed statim atque contumax reus fuit in parendo, habet iudex quod ex necessitate iuris omnimodo statuere debeat, & deducere in condemnationem: quale inter cætera illud est vt iusurandum deferre cogatur, si id admittat natura propositæ actionis. † At nec arbitrium ipsum quod præcedere debet condemnationem idcirco arbitrium dicitur quod sit in potestate & electione iudicis vt hoc vel illud pro arbitrio iubeat, sed quia viri boni officio fungens arbitrari cogitur vt hoc aut illud fiat, vt puta in actione ad exhibendum aut in vindicatione vt res quam petitoris esse pronunciauit ei exhibeatur vel restituatur, nec si velit potest citra iniuriam id non arbitrari *s. 1. Instit. de offic. iudic.* Multo minus ergo facere poterit, si post arbitrium ita redditum possessor parere nolit per contumaciam aut dolo etiam fecerit ne possit, quominus cogatur inuitus quoque deferre petitori iusurandum in litem, & quidem in infinitum, id est sine vlla taxatione, quæ vel præcedat, vel sequatur condemnationem. Falsum igitur est, atque ita Triboniano non Marciano imputandum, quod in *dict. s. iurare* scriptum est in arbitrio iudicis esse vt iusurandum deferat necne. † Sequitur *an igitur qui possit iusurandum deferre, idem possit iurando taxationem adicere quæritur.* Scilicet apud imperitos. Nam si verum esset quod Tribonianus habet pro explorato, in arbitrio & electione iudicis esse an iusurandum deferendum sit necne, quis tam supinus esset, qui dubitaret quin multo magis iudici liceret iurando adicere taxationem: nec tamen audeat Tribonianus apertè respondere: sed vt incertam suam magis detegat quam nos indicauimus constatam ex ambigua dictionis huius *arbitrium* significatione respondet *arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc congruit.* Ego verò quid bonæ fidei iudicis sit non ignoro, sed bonæ fidei iudicem vt hic scriptum est alibi dici nusquam inuenio: nec sanè meliùs possis dicere bonæ fidei iudicem quàm stricti iuris. † Subiicit Tribonianus aliam quæstionem, *item videndum, inquit, an possit iudex qui derulit iusurandum non sequi id sed vel prorsus absoluerit vel etiam minoris condemnare quam iuratum est.* Quasi verò iusurandum in litem soleat aut possit præcedere condemnationem, ac non potius ipsa condemnatio sit, adeoque condemnationis executio quædam & taxatio vt loquitur *l. si traditio 4. C. de act. emp.* Sic .n. concipienda sententia est vt tanti reus condemnatur quanti sua interesse actor in litem iurabit. Iuramento ergo præstito quæritur an reum possit absolue-

re aut minoris condemnare nihil aliud est quàm quæritur An iudex eum quem iam condemnauit possit absoluerit aut minoris condemnare: quod certe tam alienum est à principiis iuris, vt non possit cadere in dubitationem. Quod si quæstio ipsa ridicula est, quis probabit responsum? *Et magis est, inquit, vt ex magna causa & postea reperti probationibus possit.* Ita inueniens magnam illam causam propter quam possit iudex absoluerit aut minoris condemnare eum contra quem iuratum est, hanc vnã esse posse, si alia probationes postea emerferint. At qui constat sub prætextu instrumenti postea reperti transactionem bona fide imitam rescindi non posse *l. sub prætextu instrumenti. 19. Cod. de transact.* sicut nec rem iudicatam *l. sub specie. 4. Cod. de re iudic. l. Imperatores. 35. D. eod. l. cum de hoc. 27. D. de except. rei iudic.* iusurandum verò & transactionis & rei iudicatæ vim habere *l. 2. ff. de iureiur.* tum etiam cum ab aduersario defertur, multò igitur magis si à iudice deferatur: Vtroque enim casu non potest recedi à iureiurando, quin reus periurij arguatur. † Scio posse aliquando licet perraro retractari sententiam ex iureiurando redditam ob instrumenta de nouo reperta vt in specie *l. ult. C. de reb. credit. & iureiur. l. admonendi. 31. D. de iureiur.* Sed nego posse id pertinere ad iusurandum in litem, cuius in hoc dispar à cæteris ratio est, quod in cæteris condemnatio fit ob iusurandum ab vno ex litigatoribus præstitum, in hoc verò iuratur ob condemnationem & in executionem ad taxationem condemnationis potius quàm vt condemnationi quem debere, & quidem ob proprium dolum: quàm vt aduersus eum in litem iurari patiat. † Itaque fieri non potest vt à iureiurando in litè præstito recedatur, quin sententiam & condemnationem ipsam quæ iurare permisit, retractari oporteat: quod tamen sub prætextu instrumentorum postea repertorum fieri non posse iam diximus ob rerum iudicatarum auctoritatem. Et verò quomodo fieri obsecro potest, vt qui passus est contra se iurari in litem ob eam causam quod dolo malo alienam rem inuito domino retinere vellet, absoluerit ob instrumenta postea reperta, quin rescindatur adiudicatio, quam præcedere necesse est vt arbitrium iudicis sequi possit, quod locum facere queat condemnationi? Aut quomodo possunt facere instrumenta postea reperta vt non fuerit in dolo is de cuius dolo constitit antequàm iusurandum deferretur? † Est igitur proculdubio Triboniani tota illa sententia, & consequenter quod in *d. l. in actionibus* scriptum est *sed iudex potest prescribere certam summam vsque ad quam iuretur: licuit enim & à principio nec deferre, item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absoluerit vel minoris condemnare, sicut illud ipsum est quod in lege præcedenti Tribonianus ad Vlpianum de suo addiderat contra iuris rationem: ita non ab alio quàm à Triboniano scriptum videri debet. † Cui in mentè vt veniret taxationem istã iusurandi inducere quam vetus mediæque iurisprudentia numquam certè agnouit, causam dedisse videtur constitutio Imperatoris Zenonis in *l. si quando. 9. C. unde vi*, qua primum factum est vt liceat iudici pro personarum & negotij qualitate taxare quantitatem vsque ad quam iurare liceat ei cuius res inuata & per vim abrepta sunt. † Sed alia ratio est illius iusurandi, alia verò eius de quo disputamus, licet vtrūque sit in litem. Illud enim non ob id duntaxat interponitur vt æstimatio rerū subtractarū probetur, sed etiã vt earū quantitas alioqui certa & incognita manifestetur quam probationis speciem iuris nostri autores num-*

quam admisissent. Ea verò admissa cum maximè verèdum esset ne in immensum iuraretur, & quidem ita vt nullo modo detegi periurium posset, actore tanto audaciùs & impudentiùs mentiente, optimum sanè fuit ita ius constitui, vt iudex certam quantitatem taxaret quam egredi iurans non posset, ne alioqui impunè peierandi occasio actori per iudicem oblata videretur. Est enim multo periculosius arbitrio & religioni actoris committere probationem quantitatis rerum amissarū, quàm probandæ æstimationis facultatem: quanto scilicet facilius est periurium detegi eius qui concessa in infinitum iurandi potestate, in immensum iurando abuteretur. † Ex qua differentia, illa etiã nascitur quod iusurandum, vt ita dicam, Zenonianum præstari necesse est ante cõdemnationem vt verba legis probant, quia fieri non potest vt perueniatur ad sententiam quin sciatur quid illud sit de quo disputatur. At iusurandum quod ad rem petitam ex actoris arbitrio & adfectione æstimandã præstari necesse est, non præcedit condemnationem, sed sequitur potius, quia vt diximus, sententiam sic concipi oportet vt condemnetur reus quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, cum nec iurare possit nisi iudice deferente, nec iudex deferre quin condemnet. Itaque secuta iusurandi præstatio nihil nisi condemnationis executio & veluti taxatio est. Valeant igitur Accursius & Bartolus cum suis sectatoribus, qui quod scriptum est in *d. l. qui restituere* de condemnando reo qui rem petitori adiudicatum dolo desit possidere, quanti actor in litem iurauerit sine vlla taxatione & in infinitum sic interpretantur, vt tamen taxatio à iudice fieri debeat ne in immensum iuretur. † Quod sequitur in *d. l. qui restituere, si verò nec potest restituere nec dolo fecit quominus possit, non plus quam quanti res est, id est quanti aduersarij intersuit condemnandus est*, sanè congruit cum ratione iuris, nec vllam habet dubitationem. † Sed postrema illa legis clausula *Hac sententia generalis est, & ad omnia siue interdicta siue actiones in rem, siue in personam sint, ex quibus arbitrari iudicis quid restituatur locum habet, ea verò est quæ apertè Tribonianum sapit, siue ineptum contextum siue sensum verborum intucare. Est enim fallum in omnibus actionib⁹ arbitrariis & in interdictis manu militari auferendam esse possessionem quæ sit penes reum restituere nolentem. Falsius verò iurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus, falsissimum denique in interdictis restitutoriis iusurandum hoc locum habere posse: vt in sequentibus separatim dicemus. Iam enim videmus nobis ipsis longiores quàm par sit. † Sed tamen facere non possumus quin subiiciamus, malè interpretes vt defendant quod in hac lege Tribonianus tradit de manu militari, solere tanquam simile quidpiam adducere quod Papinianus scribit in *leg. dominus. 36. De liber. caus.* dominum qui obtinuit in iudicio liberali si velit seruum abducere, litis æstimationem pro eo accipere cogendum non esse. † Nec enim abductionem illam manu militari faciendam esse, vult Papinianus, sed propria auctoritate domini, qui non solum abductionis sed etiam vitæ & necis potestatem habet in seruum suum: nam cum seruus caput nullum in ciuitate habeat, plenèque ignotus sit iure ciuili, aut hætenus saltem cognitus vt quadrupedibus comparetur *l. 2. Digest. ad leg. Aquil.* non curat ciuilis legillator an ei vis fiat & impressio, quam non nisi inter ciuiles suos prohibendam & coercendam habet, proinde solius domini ius & personam intuetur, facitque illi potestatem abducendi propria auctoritate serui dummodò post sententiam & rem pro se contra-*

libertatem, iudicatum: nec seruum quem praesentem abducere potest, vendere cogitur, quomodo cogetur si eum ab alio ciue vindicasset, contra quem aut propria victoris autoritate aut manu militari executionem aliquam fieri ciuili legislator nunquam pateretur. Et sane si ita ius esset, ut ab eo qui rem alienam restituere iussus quam haberet, possessio manu militari auferri posset, nunquam eo casu permittendum esset iusiurandum in litem, quia nec foret necessesse cum alia & multo certiore ratione victori posset satisfieri adhibita manu militari. Iusiurandum namque in litem nunquam deferretur nisi ex necessitate iuris d. l. vlt. De in lit. iur. & ob eam potissimum rationem ut toties diximus ne liceat ei qui conuenitur alienam rem inuito demino retinere: at non retineret is à quo per manum militarem auferretur, essetque praeterea remedium illud consuetius, non solum possessori qui nihil ex victoris adfectione praestaret supra rem ipsam, sed etiam victori ne ancipitis periurij periculum subiret, quod ex lubrico immodica adfectionis non parum verendum est, nisi omnem usum manus militaris à priuatorum negotiis & magistratum tribunalibus, honestas publica legumque autoritas penitus arceret. l. 1. §. 2. ff. si ven. nom. mulier in possess. miss. Isque notorum interpretum error intolerabilis est, quod electione dant victorian rei possessionem manu militari à possessore in se transferri velit, an potius iusiurandum in litem sibi deferri, contra quam lex statuat. An ergo, inquires, legem hanc è libris nostris delebimus cum non sit Vlpiani? Imò verò pro Imperatoria constitutione habebimus, sed ad eam interpretandam in perquirenda iuris ratione quam aperte labefactat, operam, si mihi credis, non impendemus. Potiusque fatebimur arbitrarias actiones hodie nullas esse, praestaequam placuit Triboniano, manu militari faciendum esse ut omnimodo arbitrio pareatur.

CAPVT XVIII.

In actionibus arbitrariis De eo quod metus causa, & De dolo in litem nunquam iurari.

SUMMARI A.

- 1 Eum qui rem vi & metu, aut dolo extortam iussus restituere non vult, in quadruplum vel quanti res est damnari.
- 2 Verba haec, quanti ea res erit, vel quanti eam rem esse pareat ad veram rei aestimationem referri.
- 3 In sola l. arbitrio ff. de dol. mal. iusiurandum in litem in actione de eo quod metus causa, & de dolo admitti.
- 4 Vn verum sit quod in d. l. scribitur in actione quod metus causa certam quantitatem verbis edicti non comprehendendi.
- 5 Simplum quod in ea actione quadruplatur ex iureiurando in litem non estimari.
- 6 Aliud esse condemnare ex eo quod interest, aliud verò ex eo quod in litem iuratur.
- 7 Cur is etiam casibus quibus de re ipsa necessario iurandum est, causa & fructuum nomine in litem iurari non possit?
- 8 Non esse in electione eius qui vim aut metum passus est, verum vel quadruplum, vel quanti in litem iurare paratus est, petat.
- 9 Non esse in hac actione distinguendum an quis rem suam, an verò alienam reposcat.
- 10 In actione de dolo, sicut & in ea quod metus causa, actor non rem suam, sed alienam semper reposcere.
- 11 In quo differat actio quod metus causa ab actione de dolo?

- 12 Cur in actione de dolo certa quantitas nec adiciatur, nec adijci possit?
- 13 Refellitur quod de iureiurando per taxationem in vtraque actione refrenando Tribonianus in d. l. arbitrio, adiecit.
- 14 Quod in rei vindicatione de iureiurando in infinitum & absque taxatione praestando cautum est, multo magis in actione quod metus causa & de dolo locum habere.
- 15 Reijciuntur Accursij interpretatio ad postremam clausulam legis qui restituere.
- 16 Qua ratione motus Tribonianus iuris locus qui de iureiurando in litem praestando tractant, interpolauerit?
- 17 Quomodo accipiendum sit quod in l. in actionibus, ff. de in lit. iurand. scriptum est, in actionibus in rem iurari in litem solere.
- 18 Illis verbis actiones in personam excludi.
- 19 Cur in d. l. Marcianus actionis ad exhibendum specialiter meminerit?
- 20 Contra Tribonianum contenditur in actione de dolo in litem non iurari.
- 21 Refutatur ratio propter quam Bartolus in §. d. l. arbitrio in litem iurari non posse putat.
- 22 Homine quem reus dolo malo extorsit, vel sine vel cum rei dolo peruenire arbitrium nullum à iudice reddi posse, sed ad condemnationem statim deueniendum esse.
- 23 Condemnatione illa id quod actoris interest contineri.
- 24 Eandem quoque condemnationem esse debere, si homo ille extort, ac si restitui iussus non restituatur.

Temerarij fortasse videbimur iis, qui putabunt institui à nobis disputationem contra ipsos iuris auctores, quam nos ex proposito instituiimus contra Tribonianum: quo magis æquum erit ingenij nostri tenuitati illos succurrere, quibus idem studium erit quod nobis, ut iuris prudentia nostrae dignitas non solum ab interpetum barbarie & inscitia, sed etiam à Triboniani audacia ne dicam impudentia vindicetur. In tot iuris nostri locis qui extant De actione, quae competit ex cepite edicti De eo quod metus causa, vel de dolo, nullibi reperias iurari in litem aduersus eum qui arbitrio iudicis non pareat, id est qui rem per vim & metum, aut per dolum extortam restituere iussus non vult restituere, sed siquidem de eo quod vi metusve causa gestum est agatur, poena quadrupli edicto ipso praetoris constituta est aduersus contumacem, & restituere nolentem l. si cum exceptione. 14. §. 1. ff. de eo quod met. caus. si verò de dolo, condemnatur reus quanti res est, i. e. quanti re vera interest actoris leg. arbitrio. 18. ff. de dolo. Nam haec verba, quanti ea res erit, vel quanti eam rem esse pareat, nihil .n. interest, nunc referuntur ad veram rei aestimationem, l. inter haec verba. 179. ff. de V. S. l. haec verba. 193. eod. nunc etiam ad id quod interest ut in l. 1. §. haec verba. ff. ne vis fiat ei qui in possess. miss. est l. 3. §. vlt. ff. uti possid. Vnus tantum iuris locus est qui admittit in vtraque hac actione in litem iurari posse. Is est in l. arbitrio in princ. vbi posteaquam Paulus scripsit, in ea actione de dolo arbitrio iudicis restitutionem comprehendendi, & nisi restitutio fiat sequi condemnationem, Quanti ea res est, subiicitur in haec verba, ideo autem hic & in metus causa actione certa quantitas non adijciatur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, sed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iusiurandum refrenari. In quo illud primum falsum est, quod dicitur in actione quod metus causa certam quantitatem non comprehendendi verbis edicti. Nam è contra-

rio certa quantitas & certa poena constituta est, scilicet quadrupli ut diximus ex d. l. 14. §. 1. de eo quod metus caus. Nec potuit certior poena esse constituta: quae proinde efficiat, ut in litem iurari in eo actionis genere nunquam possit, si verum est quod in praecedentibus diximus & probauimus, numquam deferri iusiurandum in litem nisi ex necessitate iuris, l. vlt. ff. de in lit. iurand. id est cum aliter indemnitati actoris consultum esse non potest. Nam quod Iacobus Cuiacius tentat post Accursium quadrupli quidem poenam certam esse & constitutam, sed simplum quod quadruplatur ex iureiurando in litem aestimari debere, atque ita vtrumque verum esse & in litem iurari, & quadruplum praestari, hoc iam olim Bartolus refutauit, & meo iudicio non malè. Vlpianus enim in dict. l. item si cum §. quadruplatur, disertè scribit quadrupli quantitatis esse cum fructibus & omni causa, quibus verbis et si non verum precium, sed id quod interest hac edicti parte continetur, ut idem quoque Vlpianus ex Iuliano explicat in §. pen. eiusdem legis, non tamen quod interest actor ex adfectione iuret, sed id tantum quod re vera interesse continet significatur, cum sint ista ex diametro contraria quanti res est, & quanti actor in litem iurauerit. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindic. l. tutor. 8. ff. de in lit. iurand. l. semper. 15. §. hoc interdico. ff. quod vi aut clam. Quam in rem apertissimum omnium elegantissimum textus est in l. non à iudice. 64. de iudic. vbi Vlpianus scribit doli aestimationem à iudice faciendam esse non ex eo quod interest, sed ex eo quod in litem iuratur. Ideoque & praedoni competere ob eam causam actionem depositi, & commodati, licet re vera nihil eius interest. Sed & in §. 1. d. l. 14. disertè scriptum est id demum quadrupli quod restitui oportuit. Atqui nemo dixerit restitui debere quanti actor in litem iurauerit. Omnes enim fatentur nec posse quem admitti ad iurandum in litem nisi eo demum casu quo non restituatur, id quod ex arbitrio iudicis restitui debuit, priusque est ut quid restitui debeat quam ut ob id non restituatur in litem iuretur. Non igitur fieri potest ut iureiurando in litem aestimetur simplum illud quod quadruplatur. Cui etiam illud conuenit, quod in d. §. quadruplatur, traditum est quadrupli rem cum fructibus & omni causa, quoniam hac quoque restitui debuerunt: at causa & fructuum nomine in litem iurari non posse certum est iis etiam casibus quibus de re ipsa iurandum necessarium est, quia fructus qui ex re nostra vel percepti sunt vel percipi potuerunt numquam petimus quasi nostros, sed quali nobis debitos & restituendos, item quia ex comparatione ipsius rei debita aut eius aestimationis quomodocumque inita, fructuum quoque ratio citra iusiurandum poni facile potest. Quod verò idem Bartolus aliam eiusdem Accursij interpretationem secutus putat esse in electione eius qui vim aut metum passus est ut vel quadruplum petat, vel quanti in litem iurare paratus est, multò minus defendi potest. Cum enim verbis ipsis edicti certa poena eaque grauiissima, id est quadrupli constituta sit (nullam namque grauiorem poenam ius ciuile agnoscit quae quadruplum egrediatur §. omnes autem Instit. de actio.) cur iudici permittamus de actione quae ex praetoris edicto competit cognoscenti ut aliam poenam pro arbitrio iroget, adeoque eam quae nunquam irrogari solet aut possit, nisi urgente aut potius omnino cogente iuris necessitate? nec sanè probabile est iuris nostri auctores qui non solum in tit. De eo quod met. caus. sed tot aliis etiam locis tractant de actione quod metus causa, praetermissuros fuisse poenam illam iurisu-

randi in litem ex ea causa deferendi si locum ei aliquid dandum esse existimassent. Dicat aliquis fortasse actionem hanc de eo quod metus causa competere quoties quis vim vel metum passus est siue in re propria alienanda, siue in aliena promittenda, ideoque posse hac distinctione rem temperari ut qui rem suam reposcit per hanc actionem admittendus sit ad iurandum, qui alienam non nisi quadruplum petere debeat. Sed non ita est. Nunquam enim fieri queat, ut per huiusmodi actionem quis repetat rem suam, cum venditio traditioque etiam per vim aut metum extorta dominium transferat, ex quo fieri necesse fuit ut alia qua iusiurandi poena in eum qui metum intulisset constitueretur, quia iusiurandi in litem deferendi causa illa esse sola potest, si quis alienam rem inuito domino retinere velit, non si eam, quae iam facta sit sua l. si filios familias. 25. §. 3. D. solut. matr. l. non enim. 9. D. rer. a. mot. d. l. tutor. 8. D. de in lit. iur. Quae ratio enim facit, ut intelligamus in actione de dolo non magis in litem iurari posse: quia perinde transfertur dominium ex traditione dolo malo extorta, atque si vis illata esset, quando nec vis aut metus inferri potest sine dolo l. 1. D. de eo quod met. caus. Nec proinde fieri potest ut iudicio de dolo suam rem quis reposcat, sed alienam semper. In eo sanè differt actio quod metus causa ab actione de dolo, quod per actionem quod metus causa petitur certa quantitas, id est poena quadrupli si res non restituatur, in actione verò de dolo certa quantitas non adicitur, sed si restitutio non fiat, reus quanti res est, id est quanti actoris interest condemnatur: quia mitius agendum esse visum est cum eo qui dolum duntaxat admisit, quam cum eo qui praeter dolum vim quoque aut metum intulit. Igitur falsum est quod ait d. l. arbitrio, in actione quod metus causa nullam adijci certam quantitatem non magis, quam in actione de dolo, illud autem falsius quod sequitur ideo factum hoc esse ut possit reus per contumaciam suam tanti condemnari quanti actor in litem iurauerit. Vera enim ratio propter quam certa quantitas in actione de dolo non adicitur nec adijci potest, alia non est, quam quia eius quod interest quantitas semper in facto non iure consistit l. quatenus. 24. De regul. iuris. In eamque rem necessariae sunt probationes quarum difficultate & inopia plerumque fit, ut quantum multum interest, tamen condemnatio ad exiguam summam deducatur l. vltim. D. de praetor. stipulat. Neque verò nullo alio iuris loco reperias in actione de dolo iurari vllò casu in litem, cum tamen in libris nostris nihil sit frequentius mentione actionis huius, & condemnationis ex causa doli irrogandae, quam semper iuris auctores referunt ad id quod interest actoris, non valentes apertius excludere iusiurandum in litem cui tum demum locus est, cum ratio iuris & aequitatis non patitur ut is qui conuenitur, praestatione eius quod re vera actionis interest liberetur. Quod autem sequitur in dicta leg. arbitrio sed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iusiurandum refrenari, adhuc ineptius est, & alienius à iuris ratione quae quoties in litem iurari permittitur, in infinitum iuramentum patitur l. 4. §. iurare de in lit. iurand. id est non in infinitum [metus enim periurij frenos adfectioni adhibet, ne si euidentissimum periurium sit, non solum Deus Optimus Maximus, sed iudex quoque quem multi magis quam Deum verentur, vindex sit & vltor dict. l. vltim. de in lit. iurand.] sed sine vlla praefinitione & taxatione, quemadmodum superiore capite interpretati sumus vno illo casu excepto de quo Ze-

nonis constitutio lata est in d. l. si quando. v. Cod. unde
 14 *vi*, id est cum non tantum de subtractis rebus aesti-
 mandis agitur, sed etiam de probanda earum quanti-
 tate: † sui que immemor hic videtur fuisse Tribonia-
 nus, qui in l. qui restituere. 68. De rei vindicat. sub VI-
 piani nomine scripsit reo non restituente rem vindic-
 atam, condemnationem faciendam esse quanti actor
 sine vlla ratione in infinitum iurauerit si modo in-
 teruenerit dolus, eamque sententiam non tantum ad
 vindicationes pertinere, sed etiam ad ceteras omnes
 actiones arbitrarias, adeoque ad interdicta & ad ac-
 tiones in personam ex quibus non restituitur id,
 quod restitui iubetur. Cur enim taxatione refr-
 nabit iudex iusiurandum in litem in actione quod
 metus causa aut de dolo si in his actionibus iurare li-
 ceat, potius quam in rei vindicatione? Eritne hac par-
 te odiosior causa eius qui rem alienam possidere de-
 sit dolo malo, vt restituendi facultatem sibi prariper-
 ret, quam illius qui rem alienam & dolo extorsit ad-
 eoque per vim aut metum, & eandem dolo malo re-
 tinet etiam posteaquam arbitrio iudicis illam resti-
 tuere iussus est? Aut quidni hoc etiam casu, si rem qua
 de agitur reus habeat, possessio manu militari ei auf-
 feretur, & in actorem transferetur? An ob id magis
 permittimus possessori, vt alienam rem inuito do-
 mino sibi comparet precio quantumcunque iniusto
 & immodico, quod eam consecutus sit per rapinam?
 Absit, nec quasi Publicianam 70. De rei vindicat. † At-
 qui consequens id esset ei quod in d. l. qui restituere,
 15 proditum est sententiam illius legis generalem esse
 ad arbitrarias omnes actiones: nisi confugas ad com-
 mentitiam illam & improbabilem interpretationem
 Accursij existimantis, ita intelligendum illud esse, vt
 quod in vindicatione constitutum est in aliis, quoque
 arbitrariis actionibus perinde obtineat, quod ad qua-
 dam, non quod ad omnia, in his vero & in illis ali-
 ter atque aliter: id est, inquit, in quibusdam ratione
 possessionis per manum militarem transferendae, in aliis
 ratione iusiurandi in litem indulgendi, in aliis
 quod ad praestandum quanti re vera interest actoris.
 Quo tamen ineptius dicere nihil possis. An enim
 potuit apertius exprimi omnia quaecunque in eo lo-
 co de rei vindicatione scripta & constituta sunt ad al-
 ias omnes actiones siue in rem siue in personam sint
 adeoque ad interdicta ex quibus quid non restituitur,
 pertinere? Hac sententia, inquit lex generalis
 est. Neque vero illius legis multiplex sententia est,
 sed vna tantum, licet per aliquot distinctionis partes
 explicata. Itaque aut ad totius legis sententiam in-
 tegram verba illa referenda sunt, aut ad nullam. Sed
 quis non Accursij & Bartoli & aliorum quotquot
 sunt omnium interpretum misereatur potius quam
 vt iis succenseat quos tam misere & impudenter Tri-
 bonianus decepit? Et vero quis vnquam se ex tot
 difficultatibus possit euoluere si Triboniani somnia
 pro recta iuris ratione accipere velit? Quod si quid
 vnquam a Triboniano in prudentum responsis cor-
 ruptum est, aut ego affirmare eos praecipue locos
 corruptos fuisse in quibus tractari legimus de iure iu-
 rando in litem deferendo: motum autem fuisse Tri-
 bonianum ex eo quod vti iam indicauimus, putauit
 delationem iusiurandi positam esse in arbitrio iudi-
 cis, ob id quod in vindicatione & actione ad exhi-
 bendum quam maximè arbitrariae sunt, iuratur in li-
 tem: sed iam docuimus actiones arbitrarias non ideo
 arbitrarias dici, quod ex iis condemnatio fiat arbitrio
 iudicis, sed quia arbitrium iudicis praecedere necesse
 est, vt si ei non parebitur, sequatur condemnatio. Ca-

terum condemnatio ipsa necessaria est, quam iudex
 non possit aut imminuere aut commutare, id est qua-
 lis, quantaque pro cuiusque actionis natura & condi-
 tione legibus constituta est. † Nec est contrarium quod
 in d. l. in actionibus, generaliter scriptum est in actioni-
 bus in rem iurari in litem solere. Id enim ad eas ac-
 tiones pertinet quae ratione dominij competunt &
 ad rem vindicandam, cuiusmodi est vindicatio civili
 iure comparata: itemque publiciana ex praetoris edicto
 & iurisdictione ad exemplum civilis actionis in-
 troducta: sed sicuti non pertinet id ad actionem hypo-
 thecariam, tamen si mere illa in rem sit quia per eam
 non de dominio agitur, sed tantum de iure pignoris
 vt disputauimus cap. 15. Ita nec potest pertinere ad
 actionem quod metus causa, quae licet in rem scripta
 sit, tamen in personam directa actio est §. praeterea In-
 flu. de act. Multo minus ad actionem de dolo, quae
 tota in personam & directa & scripta est. Frustra
 enim Marcianus in d. l. in actionibus, scripsisset in ac-
 tionibus in rem iurari posse in litem si in iis etiam quae
 in personam sunt iurare liceret. † Cumque eo loco
 Marcianus casum quoque illum vnicum persequatur
 quo in actionibus stricti iuris contra regulas iurare per-
 mittitur, apparet non alia de causa tractare eum de ac-
 tionibus in rem quam vt excludat actiones in perso-
 nam, praeterquam si quae sint bonae fidei. Nam in his
 quoque iurari posse non praetermisit, quamquam nec
 id generaliter verum est, sed ita demum si bonae fidei
 iudicio agatur de fide rupta l. ei apud quem. 5. ff. de positi.
 adeoque de re quae sit in dominio actoris, & quam ei
 reddi non tantum tradi aut dari oporteat. † Sed & a-
 ctionis ad exhibendum Marcianus meminit speciali-
 ter, quia licet in rem scripta sit, tamen in personam
 proponitur, ob idque nec actionum in rem appella-
 tione venisset. At de actione quod metus causa ver-
 bum nullum est apud Marcianum, nec rursus de actione
 de dolo, quas certe non fuerat ille praetermissurus
 si in his quoque iurari posse existimasset. Nec possum
 fati mirari Tribonianum qui alios hac de re iuris lo-
 cos, adeoque hunc ipsum corruerit in eo quod se-
 quitur posse iudicem etiam post iusiurandum praesti-
 tum absolueri reum aut minoris condemnare aut
 a principio non deferre. hac tamè parte incorruptum
 reliquisse Marcianum. † Planè quam falsum sit, quod
 scriptum est in d. l. arburio, in actione quoque de do-
 lo iurari in litem, ex eo apparet quod ibidem sequi-
 tur, non semper in eo iudicio arbitrium iudicis dan-
 dum esse. Quid enim, si manifestum sit restitui non
 posse? Veluti si seruus dolo malo traditus defunctus
 sit, ideoque protinus, inquit Paulus, condemnari de-
 bet in id quod interest actoris. Non igitur in id quod
 sua interesse actor iurauerit. Sunt enim ista, vt toties
 diximus non modò diuersa, sed etiam pugnancia, pre-
 stari quod interest actoris, & praestari quanti actor in
 litem iurauerit. † Neque id Bartolus negat, sed ait
 non posse hoc casu iurari in litem, quia nec arbitrio
 locus vllus sit, sola autem rei contumacia non
 parentis arbitrio locum faciat iuri iurando. Omnino
 malè, nam & cum arbitrium nullum reddi potest,
 non eo minùs sequitur condemnatio quae praecedente
 arbitrio sequeretur, nec mors serui dolo malo extor-
 ti liberat reum a poena, non magis quam ab ipsius
 serui aestimatione praestanda, imò ne tum quidem
 cum serui interitu reus ab eo praestando liberatur, vt
 in actione quod metus causa contingit d. l. item si cum
 14. §. quatenus. ff. de eo quod met. caus. † Sed & finge ser-
 uum illum dolo malo extortum de quo agimus, non
 tantum post moram dolumque admissum, sed & do-
 lo ipso

lo ipso malo rei perit. Non negabis videri reum do-
 lo malo desisse possidere qui fortè hominem resti-
 tuendum occiderit prius etiam quam de eo restitu-
 endo arbitrium datum esset, ac proinde eandem pati de-
 bere poenas, quas pateretur si adhuc possideret, quia
 dolus pro possessione est, adeo vt non minùs iurari
 hoc casu in litem deberet, si ita ius esset vt homine ex-
 tante iurari posset alioqui melior fiet conditio rei ob
 id quod hominem restituendo locus esse queat, quod ta-
 trio de homine restituendo locus esse queat, quod ta-
 men rectè dicere nemo possit. At qui non eo magis po-
 terit locus fieri arbitrio iudicis de homine illo resti-
 tuendo, cum manifestum sit restitui non posse homi-
 nem qui amplius in rerum natura non est. Perinde i-
 gitor locum habebit hoc casu quod Paulus ait, omisso
 arbitrio protinus deueniendum ad condemnationem.
 23 † Ad quam verò condemnationem? In id scilicet, quod
 interest actoris vt lex ait, neque enim tam ad id Pau-
 lus respicit an factu suo an factu eius qui conuenitur
 homo perierit, quam vt ius restituere hodie possit nec-
 ne. Neutro igitur casu ex Pauli sententia iurabitur in
 24 litem, sed praestabitur, quod re vera interest actoris. †
 Ergo nec si homo ille extet ac restitui iussus non re-
 stituatur. Quid enim potest referre quod ad poenam,
 vt ius praecesserit arbitrium de eo restituendo & se-
 quatur contumacia, an vero dolo malo rei factum sit
 ne arbitrium ferri vllum possit, homine ipso, iam an-
 tequam ad arbitrium perueniretur, occiso?

CAPVT XIX.

Triboniani esse totum §. quatenus l. item si
 cum 14. ff. quod met. caus. & de illius
 sententia ac emendatione.

SUMMARI A.

- 1 Non esse ex Bartoli sententia locum vllum in toto ve-
 tere Digesto hoc §. difficultatem.
- 2 Ex verborum contextu & locutionis genere probatur
 totum illud §. vel Imperatoris vel Interpretis qui Im-
 peratorem agat, non Vlpiani esse.
- 3 Quem sensum habeat quod Praetoris Edicto constitutum
 est vt in actione quod metus causa quadrupli condem-
 natio fiat?
- 4 Per simplicem quod in illo quadruplo continetur non
 rem ipsam, sed eius aestimationem in eo Edicto intel-
 ligi.
- 5 Actorem nullum damnatum sentire, licet non rem suam
 metu extortam, sed eius aestimationem consequatur.
- 6 Quid in d. §. quatenus Tribonianum mouerit, vt pra-
 ter triplum rem quoque ipsam metu extortam actori
 arco restitui voluerit?
- 7 Aliud esse, cogi quem manu militari restituere, aliud
 vero manu militari auferri possessionem.
- 8 Disputatur aduersus superiorem Triboniani senten-
 tiam eiusque ratio eueritur.
- 9 An si homo sine dolo & culpa eius qui vim aut metum
 intulit & condemnatus est, perierit, eius hominis a-
 estimationes praeter triplum reus praestare tenea-
 tur?
- 10 Triboniani in hac quaestione distinctio refutatur.
- 11 Ei qui ad rem praesens restituendam condemnatur, di-
 lationem illam non concedi qua iudicatis ad satisfac-
 iendum iudicato dari solet.
- 12 Refutatur alia Bartoli distinctio.
- 13 Restitutionem ex causa fideicommissi faciendam mul-
 tum ab ea differre, quae ex actione quod metus causa
 petitur.

- 14 Iure ita constituto, vt reus condemnatus rem ipsam me-
 tu extortam restituere cogatur, nullam ei dilationem
 dandam fore vt rem restituat.
- 15 Dilationem qua iudicatis in arbitrariis actionibus con-
 ceditur, non post arbitrarium, sed post condemnatio-
 nem dandam esse.
- 16 In actionibus arbitrariis, condemnatio dandam non esse
 facultatem restituendi rem pro qua non restituitur tam
 condemnatus est.
- 17 Verba illa d. §. quatenus, intra tempora iudicati a-
 ctionis, Triboniani manum maxime prode.
- 18 Cur is qui metu intulit, si res intra tempora iudicati a-
 ctionis sine eius culpa decesserit, aequè quadruplum
 praestare teneatur?
- 19 Triplum illud quod ex edicto de metu praestatur, non ob
 vim illatam sed propter contumaciam praestari.
- 20 Rei contumacia in actione de eo quod metus causa acce-
 dente nunquam triplum, sed semper quadruplum pra-
 estari.
- 21 Qua ratione moti Interpretes existimauerint mortuo in-
 tra iudicati tempora homine per vim extortam rem a
 simplo praestando liberari
- 22 Moram praecedentem neque nouatione qua fit per iudi-
 catum, neque ea qua fit per litis contestationem pur-
 gari.
- 23 Respondetur ad rationem à Cuiacio allatam.
- 24 Tentatur in arbitrariis actionibus nec actionem, nec
 contractum per iudicatum nouari.
- 25 Duae aliae rationes pro superiore Triboniani sententia
 allatae refutantur.
- 26 Ad verba illa eiusdem §. pro eo autem qui in fugam
 est, &c.
- 27 Duriosem à Triboniano dicto loco fieri causam condena-
 nati, si intra iudicati tempora seruus per vim extor-
 tus aufugerit, quam si perierit.
- 28 Refutatur eiusdem sententiae cautionem exigentis de
 seruo illo qui in fuga est persequendo & omnimodo re-
 stituendo.
- 29 Respondetur ad rationem pro Triboniani sententia ab
 Accursio & Bartolo allatam.
- 30 Cautionem ab eo qui vim intulit praestitam, domino rei
 suae quavis actione persequende facultatem non adi-
 mēre.
- 31 Probantur quae in vers. hac si. de homine ante senten-
 tiam sine dolo & culpa mortuo tractantur.
- 32 Perempta re vi extorta, antequam iudex ei restituere ius-
 serit, fieri non posse vt vllum iudicis arbitrium de re
 restituenda sequatur.
- 33 Hoc casu ad condemnationem statim decurrendum esse.
- 34 Eum qui hoc casu conuenitur, si ante vel post iudicis
 arbitrium rei perempta aestimationem praestare parat-
 us sit, tripli poenam euicare posse.
- 35 Actionem de eo quod metus causa, ab actione de dolo
 hac parte differre.
- 36 In actione de eo quod metus causa arbitrium praecedere
 necesse esse vt quadrupli condemnatio sequatur.
- 37 In quo melioris sit conditionis is qui vim intulit, quam
 qui dolum admisit, in quo item deterioris?
- 38 Quom de poena quadrupli ob metum irroganda tracta-
 tur multum referre, an dolo malo eius qui vim intu-
 lit, an vero sine dolo & culpa decesserit homo per vim
 extortus.
- 39 Casus quo in actione quod metus causa nullo praecedente
 arbitrio recta ad condemnationem deuenitur.
- 40 Ratio ex his Edicti verbis, neque ea res arbitrio iu-
 dicis restituatur, à Triboniano desumpta impu-
 gnatur.
- 41 An reus qui vim intulit, rei per vim extorta, siue ante

- siue post arbitrium perempta interitu, tripli condemnationem cuius are possit?
- 42 Imperfectum & mancum esse versio. ergo et si in fuga d. §. quatenus.
- 43 Refutatur distinctio proposita in versio. sed et si non culpa, eiusdem §.
- 44 Eum qui rem metu extorsit, ad perempta estimationem semper teneri, licet culpa eius non perierit, nec queri an res aequè penes actorem peritura fuerit necne.
- 45 Nullum hac parte distinctionem inter veteres Iuris auctores vestigium extare.
- 46 Corruptum à Triboniano fuisse §. siue autem. l. si plures 14. ff. deposit.
- 47 Iudicantur quaedam in §. vlt. l. item si verberatum. ff. de R. V. à Triboniano interpolata.
- 48 Minime fauorabilem esse debere in d. §. siue autem. morosi & perfidi depositarij causam.
- 49 Alia coniectura ad d. §. siue autem.
- 50 Superiorem distinctionem, an res vi extorta aequè penes actorem peritura fuerit necne, ad eum casum non pertinere quo res illa intra iudicatum tempus perierit.
- 51 Restituitur negatio è dicto versio. sed et si à Cuiacio detracta.
- 52 Ratio pro superiore distinctione ab Interpretibus allata refutatur.
- 53 In interdico unde vi, quod cum actione quod metus causa concurrat, illi distinctioni locum non esse.
- 54 Difficile explicari esse quod in dicto versio. Tribonianus adicit, idem in interdico unde vi obseruari, quod in actione quod metus causa obseruari dixerat.
- 55 Multo difficilius esse quod ibidem in interdico quod vi aut clam idem seruandum esse adicit.
- 56 Casus ab Accursio allatus in quo tractatur an qui vi aut clam opus fecerit de re contra culpa suam perempta teneatur.
- 57 Aliud eiusdem rei exemplum.
- 58 Triboniani sententia de interdico quod vi aut clam reuocatur.
- 59 Eiusdem Triboniani conclusionem in d. §. quatenus, vitio laborare.
- N**on abs re praefatur Bartolus, non esse in tota illa Pandectarum parte quam Digesti veteris nomine interpretes donarunt, locum alium difficiliorem. Quid enim potest esse difficilius, quam vt iuris ratio aliqua confiet ei sententia, quam Tribonianus per inscitiam, & merà iuris ignoracionem pro arbitrio corruerit? si quid vero in toto Pandectarum corpore tale est non dubito quin potissimum & nobilissimum ex hoc §. exemplum sumi possit. † Occurrit autem statim prima ipsa dictio quatenus quam hoc sensu, id est pro quod accipi apud Iureconsultos nunquam reperias, apud Tribonianum verò quam sapissimè, sicut & pro vt usurpat ille in sequentibus cauis ab eo extorquenda est quatenus & persequatur. Solent enim Iureconsulti elegantissimè hac dictione quatenus vt tunc cum respondet praecedenti illi carius siue expressa illa sit siue tubintellecta, vt cum scribunt, quatenus cuiusque interfit in facto consistere non in iure l. quatenus 24. De R. I. & alibi passim. Sequitur verò hoc ut a disponendum est, ne dubitari possit quin verba sint disponentis & constituentis potius quam interpretantis. Ergo Imperatoris aut eius qui Imperatorem agat, non Vlpiani qui interpretari tantum non etiam disponere aut constituere quicquam potuit. Reliquus cõtextus verborum aequè inelegans, & ineptus est, & insolentibus locutionibus refectus, quales illae sunt, poene autè vsque ad triplum stetur. Et paulo post quia tripli poena propter facinus iuris facere cogunt. Et rursum quatio ab eo extorquenda est

quaterus persequatur. Item cauendū est per indicium vt eum persecutus cadat. Itē illa, si ab eo quo cũ agitur abert, pro eo quod dicendū fuit, si mortuus fuerit. Taceo inculcatas illas dictiones omnimodo, quomodo, si autem, quae Triboniano longè magis quàm Vlpiano sunt familiares. Sed pergamus quæ ad sententiã loci discutiendã. Quatenus autè, inquit lex, diximus quadruplo simplum inesse, hoc disponendū est vt in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo continetur, & eius restitutio fiat, poena autem vsque ad triplum stetur. † Hic verò primus & omnium grauissimus error est, ex quo ceteri profluxerunt. Nam quod edicto prætoris constitutum est vt in actione quod metus causa, quadrupli condemnatione fieri oporteat, huc omnino sensum habet vt posteaquã reus arbitrio parère recusauit, id est rem quam restituere iustus est per dolum & contumaciã restituere noluit non amplius ad rem restituendã condẽnari debeat, sed ad quadruplum, ita tamen vt in eo quadruplo simpli contineatur, id est æstimatio ipsius rei quae restitui debuit, nec fuit restituta. Secum enim pugnaret iudex si eam ipsam re quã restitui iam iussisset deduceret in condẽnatione: quã nec si vellet deducere tamen posset: cum si id faciendi ius haberet, iam inde ab initio condẽnationem nõ arbitrium ferre debuisset. Cur enim arbitrias actiones appellamus nisi quia nulla subsistente obligatione, quæ actione producere possit sua sponte nedum condẽnatione, necesse est arbitriũ iudicis præcedere ex quo postmodum sequatur condẽnatio, si arbitrio non pareatur? Sed & cũ nõ aliter poena infligatur quã si res nõ restituatur, apparet fieri nõ posse vt eadẽ condẽnatione & rei restitutio & poena irrogetur, quãdiu enim res ipsa restitui potest, tãdiu in potestate & electione est eius qui conuenitur, vt poenam euitet, ad eadẽ clemẽter cũ eo prætor egit, vt Vlpian ait in d. l. si §. 1. † Ergo quãuis in quadruplo illo simpli contineatur, nec totũ quadruplum in poena sit, vt est in actione furti manifesti, simpli tamẽ appellatione, non rem ipsam quæ restitui debuit intelligimus, sed eius æstimatione nec rei tantũ, sed etiam fructuũ & accessionũ omnium, ac præterea si quicquã interfuit, simpli enim illud est ex cuius comparatione quadruplum æstimatur. Quadruplari autè cõstat, vt proximo capite diximus, id omne quod restitui oportuit d. §. 1. & §. quadruplari ead. leg. Et verò cũ necessariò deueniendum sit ad æstimacione vt quadrupli ratio ineatur [nec enim res ipsa potest quadruplari] nemo non videt ex quo secuta est condẽnatio quadrupli, non posse amplius de rei restitutione tractari, sed pro re precium & æstimacionem prætari: idque dictio ipsa simpli demonstrat. Qui enim simplum dicit, precium semper rei non rem ipsam intelligit. Alioqui non quadrupli poena constituenda erat, sed tripli, nec condẽnatio in quadruplum fieri deberet, sed in triplum, adiecta rei restitutione. Atqui non ita est. Vna enim poena est quadrupli, vna condẽnatio quadrupli, licet in eo quadruplo simplum contineatur. Et quemadmodum quod excedit simplum non potest in æstimacione & in pecunia numerata non consistere, ita nec alia ratio potest constitui simpli quod inest in quadruplo, cum sit pars & quidem integralis, vt vocant, quadrupli, quod vtique aliter interpretantibus, diuerso iure cõteretur. † Nec video sanè quid videri possit interesse actoris. Nam si dicas imò vero quã maximè interesse, vt rem suam habeat si haberi possit, potius quàm rei æstimacionem, nec cogendum eum rem suam vendere, respõdebo hoc incommodum potius quàm damnnum abundè sarciri, adiecta ad simplum tripli condẽnatione: & quemadmodum nemo absurdum putat: deminuum qui

qui in iudicio vindicationis aduersus possessorem nolentem restituere iurauerit in litem carere re sua, quia in poenam contumaciã longè plus consequitur, quàm quanti re vera res sit, nec fieri potest, vt & rem suam quanti re vera sit, nec fieri potest, vt & rem suam præcisè consequatur, & præterea in poenam doli & contumaciã possessoris quanto pluris sua interesse iurauerit, ita nec absurdum videri debet cogi dominum, si dominus adhuc dicendus est, qui rem suam per vim & metum in alium transtulit per traditione, carere re sua pro qua non modo iustam & veram æstimacionem, sed triplo amplius sit consecutus, aut consecutus. Nam quæ poena est iurifurandi in litem in vindicatione & aliis similibus, ea est quadrupli in actione de eo quod met. caus. & sicuti in ea quantitate quam actor sibi deberi iurat in litem, comprehenditur res ipsa quæ petebatur, sed tamen quod ad precium & æstimacionem non quod ad rei corpus, ita & in quadruplo simplum continetur, & quidem ita vt non res ipsa quæ per vim extorta est sit simplum, sed illius rei æstimatio. † Mouit Tribonianum quod illi ille constituerat in vindicatione & aliis similibus iudiciis, in quibus non parente possessore & nolente restituere condẽnatio fieri olim solebat quanti actor in litem iuraret, vt si restituendã rei facultatem possessor haberet, possessio per manum militarem ab eo transferatur. Idem enim Tribonianum constitutum voluisse in actione quod metus causa ex eo apparet quod in fine legis qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. quæ nouum illud præclarumque, si diis placeat, ius continet, subiicit sententiam illius legis generalem esse & ad omnes actiones siue in rem siue in personam sint ex quibus aliquid restitui oporteat, pertinere. Neque verò si quis quærat quã ratione possis cogere eum qui vim aut metum intulit & iam ad quadruplum condẽnatus est, vt rem ipsam restituat non rei æstimacionem, aliud quicquam respondere possit, nisi quod per manum militarem ea coactio faciendã est. † Quamquam nec hoc quidem absolutè verum est. Aliud enim est cogi quem manu militari restituere, aliud vero manu militari auferri possessionem. Prius nunquam fit, quia nemo cogi potest ad faciendum præcisè, quoniam ea coactio fieri nequit sine vi & impressione. Posterius licet inciuile sit tamen tolerabilius est, quia eo modo cogitur quis non vt faciat, sed tantum vt patiat. † Sed tamen debuit Tribonianus animaduertere, ita posito iure futurum, vt longè aliud ius sit in actione quod metus causa, aliud verò in vindicatione in quibus tamen idem iuris esse voluit. Nam in vindicatione tamen omnium maximè in dolo ille sit, qui rem quam & restituere iustus est & adhuc possidet, non vult restituere, cum tamen manu militari possessio ab eo translata est, nihil præterea in poenam contumaciã ab eo prætatur neque aduersus eum in litem iuratur [in quo sanè ridiculus fuit Tribonianus qui clementius egit cum possessore dolo & contumace, quàm cum eo qui dolo malo desit possidere] at in actione quod metus causa vult Tribonianus præter ipsius rei restitutionem quam præcisè, & vt ipse loquitur, omnimodo fieri præcipit, tripli quoque adici condẽnationem, illud igitur pro fixo & indubitato concludendum est, prætoris constituentis in quadruplo simplum inesse non eam fuisse sententiã quæ Triboniani fuit vt rem ipsam quæ extaret & restitui posset omnino restitui oporteret, sed vt vera iustaque ipsius æstimatio iniretur eaque æstimatio quadruplaretur, ne quicquam dici posset interesse eius qui vim passus fuisset, quod rem suam non haberet. Hinc

autem ceteræ omnes illæ quæstiones prodeunt quas Tribonianus persequitur in d. §. quatenus, & quibus locus nullus relinqueretur si ex iuris ratione & auctoritate rem ageremus. † Videamus tamen quid ille somniet aut potius deliret. Quid si homo, inquit, sine dolo & culpa eius, qui vim intulit, & condẽnatus est, perit? Quæstio hæc ociosa est, & inepta. Nihil enim certius est quàm quod ait l. 1. Cod. eod. tit. persequutionem eorum quæ vi vel furto ablata sunt etiam si postea intercederint integram tamen manere: quia & motam præcessisse sufficeret ad impediendum ne rei interitu debitor liberaretur l. si ex legati. 23. l. si, et iurum. 91. §. sequitur. & §. vltim. de verborum obligat. l. promissor. 21. l. 23. D. de constit. pecun. At qui furtum fecit plus quàm morosus est, qui verò vim intulit etiam plus quàm fur. Quis ergo dubitare possit an suo factu perempta re quæ per vim extorta fuerat, liberetur is qui non modo vim fecit, sed etiam ex ea causa conuentus adeoque condẽnatus est? Et tamen contra placet Triboniano qui ad ineptam quæstionem ineptiore adhibita distinctione sic respondet, In hoc casu a rei condẽnatione ideo relaxabitur si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. † Distinguit ergo Tribonianus an homo ille per vim extortus perierit intra tempus iudicati necne, vt priore casu liberetur is qui condẽnatus est, & quidem ita vt neque rem neque precium præstare & restituere cogatur. Posteriores verò casu maneat obligatus ad præstandam æstimacionem. † Quæ distinctio quàm absurda sit ex eo cognosci potest quod quoties quis condẽnatur ad rem præcisè restituendam non habet dilationem illam quæ iudicatis dari solet ad satisfaciendum iudicato, sed rem ipsam statim restituere cogitur si eius restituendã habeat facultatem, sin minus officio iudicis prospiciendum est vt ex iusta causa dilatio detur, & cautionibus res expediatur, §. etsi in rem. Insti. de offic. iudic. † Scio Bartolum distinguere an rei restitutio petita sit per actionem in personam, cuiusmodi hæc est de eo quod met. caus. an per actionem in rem, quasi is qui ex personali actione condẽnatus est ad rem restituendam eodem legis beneficio gaudere debeat quo gauderet si pecuniam dare damnatus esset ex l. 3. in princip. D. de iur. † Sed obseruare debuit multum differre restitutionem quæ ex causa fideicommissi faciendã est de qua ibi Papin. loquitur, ab ea quàm fieri vult Tribonianus ex actione De eo quod met. caus. Fideicommissi persequutio merè in personam est, nec tam restitutio quàm præstatio dicenda videtur cum id quod per fideicommissum relictum est nunquam fuerit fideicommissarij, nec alia ratione dicatur restitui, quam quia sic fideicommissum relinquitur vt quod quis à testatore accepit alij restituere iubeatur. At in actione quod metus causa petit actor restitutionem rei quæ sua fuit, & quidem eo colore quasi sua esse non desierit quæ scilicet per vim extorta est. Quam ob causam constitutum est vt ei qui vim passus est liceat si malit vtili in rem actione experiri quasi eam rem in bonis suis retinuerit l. metum. 9. §. violenti. & §. licet. D. quod met. caus. l. 3. C. eod. † Cur ergo ei qui ex actione quod metus causa condẽnatus est dilationem demus vt rem restituat quam statim possit restituere? Aut quid hac parte potest interesse an iudicio vindicationis an actione quod metus causa restitutio petatur, etiam securũdum sententiã Triboniani qui vt diximus id iuris in vtraque actione voluit constitutum dicta lege qui restituere. Non inficior eũ qui ex hac actione quod met. caus. condẽnatus est dilationem habere de-

bere quæ cæteris condemnatis datur, nimirum quia actio in personam est, & ex qua condemnatio fit non ad rem restituendam sed ad quadruplum ob rem non restitutam: sed hoc contendo si ita ius esset ut ex eiusmodi cõdemnatione rem ipsam præcisè restitui oporteret quomodo voluit Tribonianus, illud quoque consequens fore ut nulla ei dilatio dari deberet, sicut nec vlla datur cum ante condemnationem ex arbitrio iudicis rem restituere iubetur. Nam cum actio sit arbitraria fatentur omnes quod fateri necesse est, arbitriū præcedere debere per quod is qui conuenitur rem restituere iubeatur: nemo autem dixerit dandam eo tempore dilationem intra quam res restituatur, dilatio enim illa non datur nisi iudicatis, iudicatus verò dici non potest qui arbitrio iudicis rem restituere iussus est, quia cum arbitrium illud præcedat cõdemnationem, condemnatio esse non potest: hoc autem admisso, quis rogo, probabit & admittet dandam esse dilationem condemnato in actione quod metus causa, ut rem restituat, quam iam antea statim restituere sit iussus? An melioris erit condicio cõtumax qui propter contumaciam iam condemnatus est quam qui contumax nondum fuit? An non admitteretur reus ad purgandam moram etiam post sententiam si dilationem haberet ad rem restituendam quam restituere ante sententiam noluisse? Atqui certum est nullo prorsus casu admitti posse ut mora post sententiam purgetur, quæ nec solet purgationem admittere post litem contestatam: nec liberum esse ei qui vim aut metum intulit, ut pœnam euitet, nisi in tempusque ferendæ sententiæ *d. l. item si. §. 1.* Et vel ex hac maxime ratione colligi potest, nunquam in actionibus arbitrariis, id est in quibus arbitrium præcedere oportet dandam esse condemnato facultatem restituendi rem pro qua non restituta iam condemnatus fuerit, quoniam id implicaret contradictionem: tantum abest ut ad eam restitutionem faciendam debeat habere dilationem illam quæ iudicatis à lege datur. Tacito, quod prudentum temporibus & ante Iustinianum in *l. ult. C. de execut. rei iudic.* nullum fuit tempus legitimum actionis iudicati. Nam quod lege duodecim tabularum fuerat constitutum iam in vñ esse defierat, pendebatque ex arbitrio iudicis, ut quale quantumque tempus vellet iudicatio faciendi statueret *l. 2. D. de re iud.* Itaque verba illa *intra tempora iudicati actionis* mouent me magis ut Tribonianum cogar agnoscere. Sed & si actio quod metus causa, ex earum numero esset in quibus post condemnationem dari dilationem oporteret, non ideo tamen conlequens esset ut interitu rei debita liberari deberet is, qui iam esset condemnatus, quem interitus ille ante sententiã contingens nullo modo liberasset. Occurrit enim ratio illa elegans qua Papinia. mouetur in *d. l. 3. de vsur.* quod non debeat cõditio cuiusquam melior esse post condemnationem, quam futura esset si nulla dum lata sententiã proponeretur. Ita enim fieret ut ei prodesset sententiã contra quem iudicatum fuisset, quod euidenter iniquissimum esse ait *lex euidenter. 16. ff. de excep. rei iud.* Ratio autem illa Triboniani ut ideo relaxetur reus à rei condemnatione. [Deus bone quæ verba! quæ locutio!] quia *tripli pœna propter facinus satisfacere cogitur* longè ineptior est. Nunquam enim actiones plures præsertim pœnales de eadem re cõcurrentes alia aliam consumit *l. nunquam. 130. de R. I.* Multo minus ea quæ pœnalis est perimere potest rei persequutionem *l. si pignore. 54. §. cum furti. ff. de furti. l. ancill. 12. C. eo. l. si pro fure. 7. §. 1. ff. de condit. furt.* Nec est quod dicas cum interpretibus reum hunc qui in eo

grauatur, quod tripli pœnã præstat, debere in alio releuari ut rei interitu intra iudicati tempora contingente liberetur. Non enim grauatur qui contumacia suæ debitam pœnam præstat: in eoque alius Triboniani error est quod putat pœnã tripli præstari propter facinus, ut ipse loquitur, id est propter vim illatam, neque enim propter vim illatam præstatur, sed propter cõtumaciam tunc contractam cum restituere iustus reus noluit parere: argumento apertissimo est, quod si post arbitrium de restituenda re redditum paruisset, tripli pœnam nunc non præstaret, tamen si nõ eo minus verum esset vim ab illo factam fuisse. Ob idque nimirum dicitur prætor clementer cum eo egisse qui purgandi delicti facultatem ei dedit utque ad sententiam, nec aliter condemnari eum voluit quam si ad facinus accederet etiam contumacia in non restituendo: accedente autem contumacia fit condemnatio non tripli ut Tribonianus vult, sed quadrupli quamuis ita, ut in eo simplum cõtineatur. Effet enim longè tolerabilius de condemnatione detrahi triplum quam simpli, quanto scilicet fauorabilius est rei perfectio quam pœna, cum nec pœna tripli alia de causa irrogetur, quæ restituata non fuit res quæ restitui debuit. Denique verba edicti de eo quod metus causa non separant triplum à simpli, nec patiuntur ut ex huiusmodi actione vlla vnquam irrogetur condemnatio, nisi quæ sit quadrupli. Quod à recentioribus interpretibus animaduersum, fecit ut aliam rationem quærendam putauerint propter quam dicendum sit mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto liberari reum, quia, inquit, iudicati actio nouat præcedentem actionem *l. ult. C. de vsur. rei iudic. l. si fundus. 16. §. si pluris. & §. si creditor. ff. de pign.* Proinde noua mora opus est, quæ porro nulla potest intercedere quandiu iudicati tempora largiuntur ut iudicatio satisfieri possit, quandoquidem totum illud tempus condemnato liberum est ad soluendum. Sic enim Cuiacius ad hunc locum, secutus Goueanum *lib. 1. var. lect. c. 11.* In quo tamen videntur mihi parum subtiles. Nusquam enim proditum reperias nouationem quæ fit per iudicatum purgare moram præcedentem, non magis quàm quæ fit per litem contestationem: imò contra disertè scriptum est in *d. l. 3. de vsur.* etiam quod ad fructus attinet. Quanto minus enim purgabit moram ratione ipsius rei quæ debetur? Scilicet ut homine debito post condemnationem perempto liberetur reus qui eo ante sententiam adeoque ante contestationem dummodo post moram defuncto non liberaretur? Iam enim scriptis monuimus in superioribus aliam causam esse nouationis voluntariæ, aliam iudicij accepti, quia nemo litem contestando facit conditionem suam deteriorem, sed meliorem. *l. aliam. 29. ff. de nouat.* Ex quo responderi etiam potest ad id quod Cuiacius obiicit, si à fure stipulatus sum, quod ex causa conditionis furti dare facere oportet, non solum valere stipulationem, sed etiam ita valere ut si postea citra moram seruus decessisset proponatur, definat fur teneri conditione, quasi purgata mora per stipulationem. *l. scire debemus. 29. §. ult. ff. de verb. oblig.* Est namque multo facilius ut purgetur mora præcedens per subsequenter stipulationem etiam, quod magis mirum est, condicionalem, & ex qua nunquam agi potuit, quam per condemnationem ut in *l. quoties. 14. §. 1. ff. de nouat.* Nunquã enim mora purgatur quin aliquid sit quod possit imputari ei cui nocet purgatio, ut ex tacita saltè eius voluntate purgatio illa inducatur. Quid verò imputari potest ei qui litem contestatus est & obtinuit propter quod videatur præcedentem moram aut purgare aut purga-

purgatam esse voluisse? An debuit nunquam agere ob id, solum ne vnquam mora purgaretur? Adde quod fortassis nemo adhuc dixit, in actionibus arbitrariis fieri non posse ut actio aut contractus nouetur per iudicatum. Non contractus, quia nullus in iis contractus præcedit, ex quo agatur, sed datur omnes aduersus eum qui nullo modo est obligatus, neque ex contractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi: nec igitur consequenter actio ipsa nouabitur, quia neque actio vlla esse videtur cum nulla sit obligatio ante condemnationem. In cæteris enim actionibus dicimus nouationem fieri per iudicatum, quia post sententiam incipit deberi, ex iudicatio quod antea ex alia causa debebatur *d. l. si fundus. 16. §. si pluris. De pign.* At in actionibus arbitrariis nihil omnino debetur ante condemnationem. Quam ergo fieri nouatio potest? Si quidem nouatio nulla est quæ non sit præcedentis obligationis peremptio, & transfusio in sequentem *l. i. ff. de nouat.* Aliæ actiones in id competunt ut quod debetur, præstetur. Ea namque actionis in genere definitio est. Arbitrariæ a. in hoc dantur ut aliquid debere incipiat ex condensatione is qui nihil dum ante condensationem debet. Nec sanè Tribonianus ratione hanc factæ per iudicatum nouationis prætermisisset ad inducendam liberationem cõdemnati mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto si nouationem hoc casu fieri existimasset. Erat. n. obuia & in promptu, quanquam inepta. Sed cum rationem hanc cessare animaduerteret, aliam excogitauit nec meliorem nec subtiliorem quæ à nobis refutata est. Dices parum referre an nouatio fiat necne quod ad hoc de quo quærimus, sed sufficere ut per eum qui est condensationis nulla mora intra tempora iudicati facta esse videatur: æquè accidit etiam facta non sit nouatio, cum antequàm tempora præterierint agi ex iudicatio nõ possit. Respondeo sufficere moram præcedentem hoc ipso contracta re ipsa quod per vim aut metum res ablata est. Comparatur enim hac parte is qui vim aut metum intulit, *l. i. d. l. 1. C. de eo quod met. caus. fur.* autem semper moram facere intelligitur *leg. in re 8. §. 1. de cond. furi.* Instabis rursum, Moram illam præcedentem posse purgari per cõdemnationem sicut & purgaretur per stipulationem conditionalè nulla etiam facta nouatione *d. l. quoties 14. §. 1. De nouat.* Sed non rectè comparatur condemnatio stipulationi. Nam stipulatori potest imputari cur ab eo sit stipulatus, qui moram iam contraxerat ei a. quiegit & obtinuit nihil tale imputari potest ut iam diximus, adeoque nec vnquam euenit ut mora ante condemnationem contracta per sublecutam condensationem purgetur. Sequitur apud Tribonianum pro eo autem qui in fugam est cautio ab eo extorquenda est quatenus & persequatur & omnimodo eum restituat. Hic verò manifestius inscitiam suam detegit Tribonianus, qui duriores facit causam condemnati si intra iudicati tempora seruus per vim extortus aufugerit quam si perierit. Vult enim cautionem præstari (quomodo dicere debuerat non extorqueri: non enim extorqueri rectè dicitur quod iussu & autoritate iudicis præstatur) nõ solum de seruo persequendo, sed etiam de eo omnimodo restituendo. Cum tamen si seruus periisset, condemnatus hic si eidem Triboniano credimus ab eius restituendi necessitate liberaretur. Atqui nullo alio iuris loco reperias teneri de fuga eum qui de interitu non tenetur, cum eadem ratio faciat ut vtroque casu vel teneatur si mora præcessit, vel liberetur si mora nulla interuenit. Fateor quãdiu seruus viuat qui debitus est licet in fuga sit, non ideo tamen sic extinguitur obligatio ut in debitoris potestatem re-

uersus peti quancumque non possit: ob idque nec nego debere cautionem interponi etiam cum moram nulla præcessit quæ perpetuet obligationem. Sed tamen dico eo casu quo si seruus periisset debitor omnimodo liberaretur, si tantum in fuga sit, non ad aliud teneri posse debitorem quam ut caueat se cum seruum si quando nactus fuerit restituendum, non autem de eo persequendo omnimodo restituendo *d. l. item si cum §. aliquando.* in proposito autem quid oblecto huiusmodi cautione opus est? Nam si condemnatum teneri volumus de seruo omnimodo restituendo qui aufugit licet intra tempora iudicati, quidni admittimus potius ut in quadruplum condemnetur rectè, & in eo quadruplo simplum id est ipsius rei æstimatione contentur? Vtique enim nemo dixerit interesse actoris ut habeat cautionem potius quam præsentem æstimationis numerationem. At neque video quomodo caueri possit de seruo qui in fuga est omnimodo restituendo. Quid enim si haberi numquam poterit? An semper obligatus manebit debitor? An verò inutilis in perpetuum erit cautio stipulatori? Aut in quod vsque tempus ea restitutio differetur? Nihil enim est apud Tribonianum ex quo possint ista definiti. Quod verò Bartolus post Accursium, & cæteri interpretes tentat duriores esse debere conditionem condemnati propter fugam serui quàm propter mortem, propterea quod fuga serui non etiã mors impediri potuerit, mihi probabile non videtur. Nos enim cum Triboniano casum illum tractamus, quo seruus in condemnationem deductus perierit vel aufugerit sine dolo aut culpa possessoris: quo casu nõ est quod imputetur possessori cur non impedit fugam. Sanè dubitationem nullam habet quod apud Tribonianum sequitur, cautionem ab eo præstitam qui vim intulit & condemnatus est, nõ adimere domino facultatè rei persequendæ per actionem in rem aut ad exhibendum aut si qua alia cõpetit, ita ut si quoquò modo rem receperit, tuus sit exceptione is qui ex stipulatione conuenitur: etsi hoc quoque tam inconcinne scriptum est, ut facile sit cuilibet Tribonianum ab Vlpiano secernere. Subiungit, *Hæc si post condemnationem. Si autem ante sententiam homo sine dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur.* Rectè, cum is ipse conuenitur qui vim fecit, si enim contra tertium agatur, qui neque vim, neque dolum participauerit, constat liberari eum interitu hominis citra culpam & ante condemnationem contingente *d. §. aliquando.* Sed ratio quam Tribonianus subiicit est falsa cum ait, *Et hoc fit ex his verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis restituatur.* Nam perempta re antequàm iudex eam restitui iusserit non magis fieri potest ut arbitrium iudicis vllum sequatur de re restituenda, quam ut res ipsa restituatur. Fatuus namque iudex fuerit, qui iubeat & arbitretur restitui rem quam sciat peremptam esse, licet eius æstimatio adhuc debeatur. Ideoque protinus hoc casu debet ad condemnationem decurrere nullo arbitrio præcedente ut in actione de dolo quæ æquè arbitraria est scribit Paulus in *l. arbitrio. 18. §. 1. De dolo.* Non nego condemnari etiam re perempta eum qui vim intulit, & quidem ob eam causam quod rem ipsam non restituat quam certum est nec restitui posse. Sed nego condemnari eum ob id quod arbitrio iudicis rem non restituat. Sunt enim ista longè differentia, rem non restituere, & arbitrio iudicis non restituere. Quare nec dubito quin hoc casu possit is qui conuenitur euitare pœnam tripli si paratus sit præstare æstimationem siue ante, siue post arbitrium iudicis: quia præstat quod potest & debet qui rei sine dolo malo suo adeoque sine culpa peremptæ præstat æstimationem.

nem. Nec potest defendi quod vult Tribonianus eum teneri, si sic intellexit ut non tantum ad mortui hominis precium, sed etiam ad totum quadruplum teneatur: nisi vno illo casu quo nec precium praestare velit. Propter quod proculdubio arbitrium iudicis necessarium est, nimirum ut is qui conuenitur iubeatur restituere non rem ipsam quae perempta est si eius ipsius dolo & culpa perierit siue suo facto, sed rei precium, & si restituat, condemnationem quadrupli patitur: eadem enim hoc casu arrogandae condemnationis & coercendae contumaciae causa subest, quae subesset si res adhuc extaret. † In eoque fatendum sane est differre actionem de eo quod met. caus. ab actione de dolo. Et si enim vtraque arbitraria est, tamen si res dolo extorta deserit extare, nullum sequi debet arbitrium de ea re vel ipsius aestimatione restituenda; sed recte decurritur ad condemnationem *dist. §. 1. l. arbitrio*, quia condemnatio quae fit ex illa parte edicti non est poenalis, sed qui dolum admisit in id tantum quod re vera actoris interest condemnatur. Constat enim perinde interesse actoris qui rem suam dolo malo aduersarij extortam habere amplius non potest, siue ideo habere nequeat quod eam restituere aduersarius nolit cum possit quia extat, siue quod non possit tamen si maxime velit quia non extat. Nec quod paratus sit reus praestare aestimationem liberare eum debet, cum appareat non eo minus interesse actoris, qui utique rem suam, quam eius precium habere mallet, neque recusare potest is qui dolum admisit quominus praestet actori quicquid re vera interest actoris. At in actione quod metus causa, condemnatio poenalis est scilicet quadrupli, in quo licet simplum contineatur, tamen quicquid excedit simplum poena non rei persecutio est: poenam autem infligi non oportet nisi propter contumaciam non ex eo solo aestimandam quod res non restituatur, sed ex eo tantum quod arbitrio iudicis non restituatur. † Arbitrium igitur omnimodo praecedere necesse est ut quadrupli condemnatio sequi possit siue res extet siue non, & siue dolo malo aut culpa eius qui vim fecit extare deserit, siue nullo dolo nullaque culpa interueniente: hac tantum differentia quod si res extet, arbitrium iudicis tale esse debet ut rem ipsam praecise restitui iubeat. Sin secus, aestimationem. † Ita fit ut melioris condicionis sit is qui vim intulit quam qui dolum admisit si res perierit sine dolo suo, quia nihil nisi veram & iustam aestimationem debet, ille autem etiam si quid praeterea actoris interfit, quoniam ex contrario re extante nec restituta, deterioris condicionis in eo est quod quadruplum praestare cogitur, cum is qui dolum admisit non nisi ad id quod actoris re vera interest teneatur. † Et si, a. nihil refert an dolo malo eius qui vim intulit, an sine dolo adeoque sine culpa decesserit homo qui per vim extortus fuit, quod ad hoc ut precium praestare teneatur, refert tamen cum de quadrupli poena irroganda tractatur: quia cum is qui dolo desit possidere pro possessore damnari, & dolus pro possessione haberi debeat *l. qui dolo. 13. l. De regul. iur.* aequum condemandus est ad quadruplum is qui dolo fecit ne hominem possit restituere, ut puta si eum occiderit ac si viuum adhuc possideret. † Et hoc vno casu admittam facile idem iuris seruandum esse in actione quod metus causa, quod in actione de dolo seruari diximus, ut nullo praecedente arbitrio recta deueniatur ad eam condemnationem, ad quam deueniretur si reus arbitrio non paruisset, quia tamen si reus pro possessore habeatur, non eo minus tamen certum est rem ipsam quae in rerum natura extare desit restitui non posse

nec nisi frustra & inepte iudex rem ipsam praecise restitui iuberet quam sciret in rebus humanis amplius non esse. At neque praestanda aestimationis facultate reo facere debet quem videt pro possessore dari oportere. Illud ergo relinquatur ut recte nullumque interposito arbitrio irroget quadrupli condemnationem, nam & ex ea causa deferret iurandum in litem si actionis natura eam condemnationem pateretur, ut euenit in actionibus in rem & ad exhibendum *d. l. qui restituere 68. De rei vind.* Quae enim in iis actionibus poena est iurandi in litem, ea est quadrupli in actione quod metus causa ut docuimus in praecedentibus. † Caterum nullo casu potest bona esse ratio illa Triboniani quae vult ex his edicti verbis *neque ea res arbitrio iudicis restituatur* fieri ut teneatur reus ad praestandum serui ante condemnationem perempti solam aestimationem. Illa naque edicti verba non nisi ad totius quadrupli condemnationem irrogandam pertinent in odium & poenam contumaciae eius qui arbitrio iudicis parere & re restituere recusauit. Cui contumaciae locus nullus relinquatur, cum homo per vim extortus non solum ante condemnationem, sed etiam ante arbitrium, quam nostri ridicule primam sententiam vocant, citra dolum possessoris decessit. Sane si post arbitrium latum decesserit, id est postquam restitui potuit si arbitrio paritum fuisset, faciunt verba edicti ut perinde reus condemnari debeat in quadruplum propter contumaciam, nisi manifestum sit & indubitatum aequum penes actorem perituram re fuisse: quod in dubio praesumendum non est, cum potius credibile sit fuisse actorem eam distracturum si reus arbitrio statim paruisset. † At Tribonianus eum casum tractat quo seruus per vim extortus decessit ante condemnationem non adhibita ea distinctione, antequam vel post arbitrium latum decesserit. Et verum ita est. Vtroque casu tenetur reus non ad subeundam condemnationem quadrupli, sed ad praestandam aestimationem. Illa scilicet ratione quae & vera & generalis est cum de sola aestimatione praestanda quaeritur, quod qui vim fecit licet non dolo deserit possidere ut tanquam possessor condemnari perpetuo & indistincte debeat, hoc ipso tamen est in mora quod semel vim admisit, non secus ac si futurum fecisset, cumque ea mora tamdiu duret quandiu purgata non est per ipsius rei restitutionem aut aliam indemnitate praestationem, consequens est ut ipsius rei interitu quantumcumque naturali, quasi post moram contingente liberari reus non possit *d. l. 1. C. de eo quod merc. caus.* quae cum furi comparat eum qui vim fecit, ostendit satis teneri illum etiam post rem facto suo peremptam, non propter verba edicti, sed propter moram quam furis exemplo semper facere intelligitur. † Pergamus iam ad reliqua. Ergo inquit Tribon. *et si in fuga sit seruus sine dolo malo & culpa eius cum quo agitur, cauendum est per iudicem ut cum persecutus reddat.* Hic quoque mancus est Tribonianus. Quid enim si numquam recuperare seruum poterit, nec proinde reddere? Aut quid si in longius tempus ea persecutio differatur? An interim nihil habebit actor, & sola cautionis praestatione reus liberabitur? Debuit igitur Tribonianus constituere, ut cautio interponatur de seruo intra certum tempus persequendo reddendoque, ac nimirum intra id tempus reddatur, de praestanda aestimatione, nisi forte malit actor ipsam statim consequi aestimationem: nec enim dubito quin pro suo iure possit eam petere si velit, neque cogi debeat cautionem accipere pro pecunia etiam si nullo ipsius dolo culpaue seruus auferretur: quidni enim hoc admittamus cum etiam si mortuus

43 mortuus esset, non idcirco tamen reus liberaretur? † Sequitur *sed et si non culpa ab eo, cum quo agitur, abierit, si tamen peritura res non fuit si mortua non adhibuisset, tenebitur reus.* In quibus verbis obseruanda prima est elegantia Triboniani qui hominem a reo abesse dicit, quae mortuum dicere voluit: deinde eiusdem Triboniani subtilitas in distinctione illa inducenda an res aequum peritura fuerit necne penes actorem. Quae tamen distinctio 44 proposita disputationi nullo modo conuenit. † Na siue peritura penes actorem res fuit, siue non, fieri nequit ut non teneri debeat is qui vim fecit exemplo furis, quia hoc ipso per eum stetit videtur quominus restitueret, ut in interdicto de vi & vi armat cuius comparatione hic Tribonianus utitur, Vlpianus scribit in *l. 1. §. restitutum & seq. D. de vi & vi armat.* Siquidem ex ipso tempore vis illatae plusquam frustrator constitutus est is qui vim fecit, sicuti Tryphoninus loquitur in *l. periculum. eod. tit.* † Et si autem videtur hac de re non satis constituisse inter Proculianos & Sabinianos si verum est quod de Sabino & Cassio ex Caio proponitur in *l. si plures. 14. §. siue autem. D. de positi* tamen quod ad actionem quod metus causa & interdictionem unde vi, nulla prorsus distinctionis siue dissensionis huius vestigia extant in libris nostris, non magis quam cum de furtiua conditione agitur, si hunc locum tollas quem tractamus, & quem Tribonianus esse ex iis quae hucusque diximus, nemo ut opinor iam negauerit. Numquam enim patiar meliorem hac parte conditionem esse eius qui per vim re extorsit, quam sit furis conditione furtiua conuerti 46 † Et ut dicam liberè quod sentio, cogit me hic locus ut suspicer non minus Caium in *d. §. siue autem*, quam Vlpianum hic a Triboniano corruptum fuisse, illa enim oratio valde ieiuna est & sua natura res ante rem iudicandam intercedere, veluti si homo mortuus fuerit. Et quae sequitur ratio utique cum interitura esset ea res est restituenda actori ineptior est quam ut tantos iureconsultos mouere potuerit. Nam etsi aequum interitura fuit penes actorem ea res quae penes reum facto suo perempta fuit, potuit tamen actor eam distrahere priusquam apud se moretetur, atque ita precium lucrari: qua ratione passim ceteri prudentes mouentur ut contra morosum debitorem etiam re post moram perempta indistincte respondeant *lege item si verberatum. 15. §. vltim. Digest. de rei vindicta. l. cum res. 47. §. vltim. de legat. 1. l. cum seruus. 39. alius l. apud Iulianum §. ipsius quoque rei cod. l. si ex legati. 23. l. si seruum. 91. §. sequitur & §. vltim. de verb. obligat.* Mouet me praeterea non parum, quod in *d. l. si plures*, ablatiui illi absoluti in fine prioris sententiae positi cautela idonea reddenda Triboniani haud dubie sunt, si quid aliud in toto iure nostro Triboniani est. † Sicut & in *dist. l. item si verberatum §. vlt.* tota illa clausula *si forte distracturus erat petitor si accepisset.* Sequitur enim, *nam si ei restituisse, distraxisset & precium esset lucratum.* Quae ratio eadem erit cum dicto si admittas praecedentia illa *si forte distracturus erat petitor si accepisset*, ut taceam non nisi inepte conditione illam adici posse *si forte distracturus erat.* Facta enim contra morosum interpretatione credendus est petitor distracturus fuisse, si rem suam aut sibi debita accepisset, quia & distrahere potuisset. Nisi is qui moram contraxit probet fortasse, tam cito post moram periret rem petitam ut medium tempus nullum aut non satis idoneum intercesserit ad eam distrahendam, ut in eo casu quem Vlpianus tractat in *leg. si alius. 7. §. est & alia. D. quod vi aut clam*, & Paulus ad Labeonem in *lege vltim. §. si ea condicione. D. ad leg. Rhod. de iact.* 48 † Quod tamen vix est ut eueniat in specie *dist. §. siue autem*, id est quando depositarius non solum in mo-

ra per interpellationem constitutus, sed etiam secum litem contestari passus est, quantumcumque temporis interuallum intercesserit dum ne res iudicata sit habent enim & initia & media iudiciorum tractum temporis, ut nemo nescit. Quod si qua actio est in qua seuerius agi aequum sit contra morosum debitorem, difficile sane est ut improbo & perfido depositario parcendum sit, cuius, in ceteris se de omnibus durior causa esse solet siue depositum neget, siue depositi quod fatetur restitutionem recuset. † Itaque si Caij 49 sententiam illam incorruptam esse velis, dicam Sabinij, & Cassij opinionem eo loco referri duntaxat non etiam probari quae tot aliis iuris nostri locis manifestissime improbat. Neque enim id in libris nostris nonum est ut docuimus *lib. 2. cap. 3.* Alius sane longaque diuersus casus est ille quem Paulus tractat in *l. si is §. in princ. de iur. dot.* ubi agitur de mora per maritum contracta non in restituenda dote sed in exigenda. † Apparet tamen ex *d. §. siue autem*, partim subtiliter facere Iacobum Cuiacium, qui in huius loci interpretatione scribit, distinctionem hac vtrum aequum res peritura fuerit penes actorem an non, ad eum casum pertinere quo res perierit intra tempora actionis iudicati. Illa namque verba quae iam retulimus *si res sua natura ante rem iudicatam perierit an non ostendunt* a peritissime nulla post rem iudicatam distinctioni huic locum superesse? Nisi forte dicas ita scriptum esse fauore condonati quasi melior eius condicio esse debeat post condonationem propter illam nouationem quae ex iudicato inducitur. Sed iam probauimus in superioribus fieri non posse ut mora purgetur per condemnationem, aut ut nouatio fiat per sententiam in actione arbitraria ex qua nihil omnino ante sententiam debetur. † Idem Cuiacius male hunc locum emendat ut detracta negatione sic legat *sed & si culpa ab eo quo cum agitur abierit.* Adeoque refellitur ea ipsa ratione qua mouetur. Nam si in culpa sit reus, inquit, hoc solo rei praestationi satis subiicitur, neque id insuper exigendum est ut res peritura non fuerit apud dominum. Et recte. Et tamen hoc ipsum insuper exigunt sequentia illa in quibus nihil ipse emendat *si tamen peritura res non fuit.* Sic enim fit, ut in contrarium casum, id est si aequum peritura res fuit, lex nolit teneri reum, quem tamen absurdum esset non teneri si in culpa fuisset, quia culpa plus quam mora est, praesertim cum accedit ad moram iam contractam. Sed & verba illa, *sed et si non culpa eius, &c.* ostendunt tractari de casu magis dubitabili, multo autem difficilius est ut teneatur reus qui in culpa non est, quam qui est. At retenta negatione quam retineri debere probauimus insulam repetitionem inducis, cum is ipse casus non modo praecedentibus, sed etiam proximis verbis comprehensus sit. Cuius absurdi euitandi gratia mirum est quantopere se Accursius, Bartolus ceterique interpretes omnes exerceant, nec hilum tamen proficiant. Mihi vero absurdum non videtur aut insolitum insulam a Triboniano repetitionem factam fuisse, cui scilicet nihil est tam familiare. † Quod vero iidem interpretes Ioannem secuti tradunt in actione quod metus causa singulari ius esse ut adhibeda sit illa distinctio an res aequum peritura fuerit penes actorem, necne, quod, inquit, actio hanc damnum exigat non etiam cetera, mihi nullo modo probabile videtur: Quid n. rogo interest quod ad danum pertinet an per vim quid extorseris an eriperis? Interest sane in modo dari dandi, quia qui vim intulit cum possessione a me sit consecutus & ut Accursius loquitur, habet meam voluntatem licet coactam, fur non est, qui autem vi rapuit fur est & qui

dem improbius ut ex Iuliano subiicitur in §. seq. Sed
 damnum datum utroque casu par & æquale est, quia
 utroque casu rem aliena is mancipitur, quia nanciscē-
 di ius non habet, adeoque sibi eam ipso iure acquirit
 is qui per vim extorquet vindictionem. Quidni ergo
 admittemus indistinctè teneri eum qui vim intulit
 perinde ac raptorem? Nam de raptore non est qui du-
 bitet quin teneatur omnimodo, id est siue peritura res
 53 fuit penes actorem, siue non fuit. † Sed & in interdi-
 cto unde vi, quod constat concurrere cū actione quod
 metus causa l. extat. 9. cod. placet interpretibus ei di-
 stinctioni locum non esse ex d.l. s. rectissime & l. pe-
 nult. ill. ii. De vi & vi armat. Cur ergo in actione quod
 metus causa diuersum seruabimus? Eandem enim &
 actionis huius & interdicti illius rationem esse Tri-
 bonianus disertis verbis profitetur. Nam quod addit
 in interdicto unde vi damnum non exigi, falsum est,
 cum non alij competat interdictum quàm ei qui de
 possessione deiectus in eaque damnum passus est, vn-
 de & recuperandæ possessionis interdictū appellatur
 54 d.l. s. s. siue autem §. cum qui & pass. cod. † Quæ cum
 ita sint, fatendum est nec illud commodè explicari
 posse quod Tribonianus subiicit idem in interdicto
 unde vi obseruari, quod in actione de eo quod metus
 causa obseruandū esse dixerat. Sanè Accursius & Bar-
 tolus non possunt le euoluere, fatenturque ingenuè
 longè dissimilem esse huius actionis & illius interdi-
 cti rationem, nulla tamen dissimilitudinis bona red-
 dita ratione. Cuiacius verò sic eludit suauiter, vt dicat
 alios locos ex hoc interpretandos esse, vt eadem in in-
 terdicto quæ in hac actione distinctio adhibeatur, vt
 tum æquè res peritura fuerit penes actorem, necne:
 quod tamen nullo alio iuris loco scriptum esse nō dis-
 fitetur. Quasi verò non illud etiam in contrarium ap-
 pertissime proditum sit, eū qui ex causa interdicti vn-
 de vi conuenitur omnimodo condemnari debere etiā
 post rem peremptā, quia per eum steterit ne res tunc
 restituta sit cum restitui potuit, id est prius quàm pe-
 riret, quandoquidē nec de restitutione quarendū nūc
 esset si res vi ablata non fuisset d.l. s. rectissime & §.
 55 pen. ill. ii. † Sed illud multo difficilius est ad explican-
 dum quod Tribonianus idem iuris esse vult non solū
 in interdicto unde vi, sed etiam in interdicto quod vi
 aut clam. Nam cum interdictum hoc quod vi aut clā
 non nisi ad opera pertineat, & quidem ad ea sola qua
 fiunt in solo l. s. hoc interdictum ad ea. D. quod vi aut
 clam. difficile videtur, imò prorsus aduētorū reperiri
 casum in quo tractari possit an qui vi aut clam opus
 fecit teneri debeat de re citra culpam suam perempta.
 In interdicto unde vi facile casus occurrit. Etsi enim
 ad res mobiles interdictum illud non pertinet, si tamē
 aliqua res eiusmodi fuerint in fundo vel ædibus vn-
 de quis vi deiectus est, etiam earum nomine interdi-
 ctum competere non est ambigendum l. s. illud utri-
 que De vi & vi armat. At cum vi aut clam quid factum
 36 est nihil tale tractari potest. † Et ridiculus est Accur-
 sius qui exemplum adfert, si in solo tuo vi aut clam æ-
 dificauit, & hoc sine culpa mea chasmate perit, vt hoc
 etiam casu teneat ad id quod tua interest ex l. compe-
 tit. 16. §. 1. & ult. D. quod vi aut clam. Cum enim interdi-
 ctum illud sit restitutorium vt ait l. s. cod. & verba ipsa
 edicti demonstrant, apparet non posse interdicto locū
 esse si nihil amplius sit, quod restituatur. † Probabilius
 fortasse quis exemplum sumpserit ex d. l. si alius. 7. §.
 57 bellissime eod. si ædes à te ædificatas ego vi aut clam de-
 molitus fuero. Nam ex hoc casu tibi contra me inter-
 dictum competere Vlpianus eo loco scribit: quāuis
 a dāt profuturam mihi exceptionem si tu prius vi aut

clam ædificaueras. Finge in iis ædibus quas ego de-
 molitus sum, fuisse quoddam res mobiles quæ postea
 facto suo perierint siue ante, siue post redditum inter-
 dictum. Non dubitatur quin earum quoque nomine
 interdicto teneri debeam vt euenire diximus in in-
 terdicto unde vi. Potest autem perinde quæri an res
 illæ mobiles æquè peritura fuerint penes te an non.
 Sed vereor ne hoc exemplum nec satis accommodatū
 sit. Nam si eo tempore quo ædes demolitus sum, res
 illæ mobiles quæ in iis fuerunt ruina perierint, quo
 casu fateor earū æstimationem per interdictum peti
 posse, apparet non fuisse illas æquè perituras si nihil
 ego vi aut clam fecissem. Quod si demolitis ædibus
 res illæ ad me peruenerunt, non puto de iis mecum a-
 gi eo interdicto posse, quia non propter demolitionē
 ad me peruenerūt, sed quia demolitis ædibus eas rap-
 uui: proinde vel furti vel vi bonorum raptorum age-
 re earum nomine debes, non quod vi aut clam. † Quæ
 si ita sunt tātō manifestior fit inscitia Triboniani, qui
 quod in actione quod metus causa & interdicto vn-
 de vi ineptè constituerat idem in interdicto quod
 vi aut clam seruandum esse ineptius subiecerit, san-
 nè totam illam clausulam quæ ad finem d. l. bellissime
 addita est, quod non aliter procedere debet nisi ex magna
 & satis necessaria causa, alioquin hæc omnia officio iudicis
 celebrare oportet, Triboniani esse non Vlpiani, nemo vt
 puto non videt, & nos iam indicauimus lib. 12. ca. 17.
 Constat autem ex superioribus luculentissime quam
 improbabilis & inanis sit ea loci huius interpretatio
 quæ à Iacobo Cuiacio prolata est, quāque ille adeo
 luculentam esse gloriatur. De Accursij gloriosis &
 Bartoli aliorumque commētariis plura hic dicere ni-
 hil attinet. Videbunt quibus legēdi ocium erit quā
 parum illi in tota hac quæstione viderint, neque vel
 breuius vel distinctius istas Triboniani nugæ chime-
 ricæ à nobis detegi refellique potuisse: etsi cum hæc
 scriberemus, ocij penuria valde laborabamus. † Quod
 59 autem Tribonianus concludit, itaque interdum homi-
 nis mortui precium recipit, qui eum venditurus fuit si vim
 passus non esset, sicut inferitur ex præcedētibz ita eodē
 vicio laborat. Debuerat. n. dicere semper non inter-
 dum teneri eum qui vim intulit vt precium præstet si
 re ipsam ob id quod extare desiit præstare non possit,
 & quidem quādocūque & quomocūque res illa
 perēpta sit, id est siue ante, siue post condemnationē,
 & siue dolus culpæque interuenerit eius qui vim intulit,
 siue non. Sed & secum pugnat Tribonianus cum
 tractans de actore qui hominē venditurus fuit si vim
 passus non esset, ait tamen non nisi interdum posse
 eum repetere mortui hominis æstimationem. Faten-
 dum enim est hunc saltem posse semper repetere,
 quoniā apparet non fuisse penes eum rem æquè peri-
 turam hoc ipso quod ponimus distracturum illum
 fuisse. Video certè Triboniani sententiam illam esse
 vt interdum actor serui mortui precium recipiat, id
 est vno illo casu quo venditurus eum fuit si vim pas-
 sus non esset. Sed si ita sentit, cur non ita scripsit? Vel
 hoc maximè probat Triboniani esse totum hunc lo-
 cum, non Vlpiani, cuius oratio sibi semper constans
 tota dilucida est & ornata.

CAPVT XX.

In interdictis numquam in litem
iurari posse.

SUMMARI A.

- 1 In interdictis non de proprietate, sed de possessione tan-
tum agi.
- 2 Condemnationem quanti res est in interdictis non ad
summam

- summam rei ipsius æstimationem, sed ad solius posses-
 sionis causam referri debere.
- 3 Nullam esse edicti Prætorij de interdictis partem qua
non det actionem in id quod interest.
 - 4 In iurandi in litem deferendi ratio quænam fuerit?
 - 5 Cur in interdictis in litem non iuratur?
 - 6 Nullam actionem Prætoriam esse in qua in litem iu-
retur?
 - 7 Publiciana excipitur, & exceptionis ratio redditur.
 - 8 Novo argumento probatur neque in hypothecaria, ne-
que in actione quod metus causa, neque in actione de
dolo in litem iurari posse.
 - 9 Respondetur obiectioni aduersus superiorem de interdi-
ctis sententiam allata.
 - 10 Dominij rationem in interdictis non nisi per consequen-
tias haberi.
 - 11 Torum §. sed quod interfuit. l. semper ff. quod vi
aut clam. Triboniani esse.
 - 12 Æstimationem, quoties per iudicem fieri potest, per ius-
iurandum actoris non fieri.
 - 13 Probatur ex alio §. eiusdem legis, in interdictis in litem
non iurari.
 - 14 Interdictum de vi & vi armata ceteris fauorabilius es-
se, nec tamen in eo in litem iurari.
 - 15 Clausulam finalem l. qui restituere ff. de rei vind. ad
interdicta non pertinere.
 - 16 Interdictum quod vi aut clam quo sensu restitutorium
dicatur?
 - 17 Interdictorum ius ordinarium, potestatis verò & manus
militaris extraordinarium esse.
 - 18 Respondetur ad l. 3. in princ. ne vis fiat ei qui in pos-
sess. miss. est.
 - 19 Versiculum sed melius erit. d. l. 3. Triboniani addita-
mentum esse.

NON obscura est iuris ratio quæ probat quod nos
 hoc capite contra Tribonianum potius quàm
 contra interpretes probandum suscipimus, in inter-
 dictis iurari in litem numquam posse. Certissimum
 enim est non nisi de possessione interdicto agi, nul-
 lumque interdictum esse quod ad proprietatis quæ-
 stionem pertineat: Sed sunt omnia aut adipiscendæ
 possessionis aut retinendæ, aut recuperandæ, in eam-
 que rem aut prohibitoria, aut exhibitoria, aut restituo-
 ria. † Unde fit vt quæuis edicti verba vt plurimum
 sic concepta sint, vt qui in interdicto tenetur cōdemnari
 debeat quanti res est relata condemnationis summa ad
 rei ipsius æstimationem, præsertim verò in interdictis
 illis frequentioribus unde vi, & vti possidetis l. in in-
 terdicto 6. D. unde vi. l. 1. D. vt possid. id tamen ad solius
 possessionis causam referri debeat, ita vt inspicatur
 duntaxat quanti interfuit actoris habere possessionem.
 In eoque merito notata & reprehensa est Seruij
 sententia æstimantstanti possessionem æstimandam
 quanti res ipsa esset. Longè enim aliud est rei pre-
 cium, aliud possessionis, vt eleganter contra Seruium
 Vlpianus disputat in leg. tertia §. ultimo, eodem titulo vt
 possid. Cui conuenit Paulus in dict. l. in interdicto, cum
 ait in interdicto unde vi tanti faciendam esse con-
 demnationem quanti interfuit possidere: ideoque pos-
 se interdum plus esse quàm quanti res vera sit,
 veluti cum quæstionis habendæ rei probandæ, aut
 hereditatis gratia interest actoris seruum à se posside-
 ri. † Denique nulla edicti prætorij de interdictis pars
 est, quæ non det actionem in id quod interest vt ex
 omnium interdictorum enumeratione & inspectio-
 ne sciri probarique facile potest. Hoc verò cum ita
 sit, consequens est vt ex interdicto numquam iura-
 ri in litem possit, nam vt in superioribus sæpius à no-

bis dictum & inculcatum est, sunt ista non modò di-
 uersa sed etiam pugnantia, condemnari quem in id
 quod interest actoris, & cōdemnari quanti actor in
 litem iurauerit l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. l. tu-
 tor. 8. ff. de in lit. iurand. l. non à iudice. 64. ff. de iudic. † Sed
 & docuimus iurandi in litem indulgendi ratio-
 nem aliam non esse quàm quod iniuquum sit cogi do-
 minum re sua carere, & eam iusto precio vendere l. si
 filiofamilias. 25. §. 1. ff. solut. matr. l. non enim. §. ver. annot. &
 d. l. tuor. Ideoque per iurandum non æstimari rem
 plus quàm re vera sit, sed præter ipsam rem æstima-
 ri quoque contumaciam possessoris atque ita crecere
 cōdemnationem vt ait l. s. cod. tit. De in lit. iur. † Quo-
 ties igitur non de dominio tractatur, sed de sola pos-
 sessione, vt in interdictis omnibz fieri diximus, nulla
 ratio est propter quam permitti debeat actori vt in li-
 tem iuret, nisi quæ ei consultū est quod consequi pos-
 sit quanti sua interesse probauerit. Nam neque pœna
 illa iurandi in litem facile vnquam infligenda est,
 sed tunc duntaxat cum mera iuris necessitas eo iudicē
 vel inuitum adigit, vt aliud nihil constituere possit l.
 ultim. D. eod. Quæ iuris necessitas nunquam subest,
 cum interdictum exercetur. Singulis enim interdictis
 si quid secus quàm oporteat factum sit, pœna sua cō-
 stituta est, ea scilicet quàm diximus, vt in id omne
 quod actoris interest reus condemnatur. Proinde nū-
 quam permittendū est actori, vt petat supra quàm sua
 interfuit. † Qua ratione ausim dicere non modò in in-
 terdictis, sed in aliis etiam actionibus omnibus præ-
 torijs quotquot sunt excepta Publiciana generaliter
 obseruandū esse vt condemnationē iurandi in li-
 tem numquā admittant, quia nec lolet prætor nouam
 actionem inducere quin simul exprimat & qua de
 causa & ad quid dari eam velit, numquā autē edicti
 verba sic concepta esse reperias, vt in litem iurandi li-
 centia actori concedatur. Sicut nec ciuilibz vlla actio
 est ex iis quæ legitimam certamque pœnam habent
 in qua iurare licet, tamē si in dolo maximè sit is qui
 conuenitur, vt cernere est in actione legis Aquiliae, vi
 bonorum raptorum & similibz. † Excipio quod ad
 prætorias attinet, publicianam, in qua non dubito
 quin iurare liceat, hæud secus quàm in directa & ci-
 uili rei vindicatione, quia eam prætor introduxit ad
 exemplū, & vt ita dicā in subsidiū vindicationis defi-
 ciente iuris ciuilibz ratione §. namque Inst. de act. Ob id
 que dicitur ad proprietatem respicere non ad posses-
 sionē cum eo colore detur quasi iā vsucapionē cōple-
 uerit is, qui nondū compleuit. l. sed etsi res. 7. alias l. eū
 qui §. publiciana actio D. de publician. eademque omnia
 in publiciana actione obtinent quæ in vindicatione
 §. in publiciana ead. leg. † Hincque fortissimū argumē-
 tū sumi potest ad confirmandū id quod in præceden-
 tibus disputauimus, neque in actione hypothecaria,
 neque in actione quod metus causa, rursum in actio-
 ne de dolo fieri posse vt actori liceat in litem iurare. Sūt
 enim actiones illæ omnes prætoriz, suāsque leges &
 condiciones habent ex edicto prætoris, qui tamen in
 iis proponendis nullam iurandi mentionē fecit. †
 Quare ad rem non pertinebit si quis obiiciat fieri
 posse vt in interdictis quoque dominij ratio nonnū-
 quam habenda sit, vt puta si propter opus quod vi aut
 clam factum est, seruitutes amittantur, vel usufru-
 ctus intereat l. semper. 15. §. ergo nonnunquam D. quod vi
 aut clam, aut si in fundo vel in ædibus unde quis vi
 deiectus est aliqua fuerint res mobiles, quarum etiā
 nomine interdictum reddi oporteat l. s. illud utri-
 que D. de vi & vi armat. Nam perinde actiones illæ quod
 metus causa & de dolo competunt ratione dominij,

si dominium fortè per vim aut dolo malo extortum sit, nec ob id tamen ex ea causa in litem iurare licet, sed pœnæ illæ persequendæ quas prætor induxit, nimirum quadrupli ex edicto de eo quod met. caus. & eius quod re vera interest ex edicto De dolo. † Et si in eo dissimilis interdictorum ratio est, quòd si quando in illis dominij ratio habenda est, id tamen non principaliter fit sed tantùm in consequentiam, nec in iis de dominio vnquam contenditur, sed tantùm de possessione. Sicut autè in toto titulo Quod metus causa prorsus nulla iurisdictioni in litem mentio fit, nec similiter in *lit. De dolo*, si vnum illum locum tollas què nos Tribonianus esse iam probauimus in *l. arbitrio*. 18. in princip. *De dolo*. † Ita neque vllibi reperias Agenti interdictio deferendum esse hoc iurisdictionem, si excipias quod apud Vlpianum in *d. l. semper §. sed quod inter fuit*, in hæc verba scriptum legimus, *sed quod inter fuit aut per iurisdictionem in litem quod actor iurauerit, aut si iurare non possit iudicis officio estimandum est*. At facile est mico iudicio Triboniani manum illo etiam loco si quo alio vnquam vllò agnoscere. Non enim latina phrasia illa est *iurisdictionem quod in litem actor iurauerit*, sed Hebraica potius, vt in excellentissimo illo Zachariæ cantico *iurisdictionem quod iurauerit ad Abraham patrem nostrum* si sacra profanis miscere licet † Denique quis vnquam prudentem sic locutus est vt iudex æstimare debeat quod actoris interest per ipsius iurisdictionem in litem si actor iurare possit, aut si iurare non possit officio iudicis eam æstimationem fieri debere? Imò verò quoties æstimatio per iudicem fieri potest, numquam prudentes patiuntur fieri eam per iurisdictionem actoris, sed ita demùm si aliter rem æstimare iudex non possit, vt cum res amplius non extat *l. in actionibus §. plane de in lit. iur.* † Atquin idem Vlp. paullo ante, id est in §. hoc interdicto dixerat eo interdicto, quod vi aut clam tantum litem æstimari quanti actoris interest id opus factum non esse, officioque iudicis ita restitutionem fieri oportere vt in omni causa eadem sit condicio actoris quæ esset futura, si id opus de quo actum est. neque vi, neque clâ factum esset. Quibus verbis quid apertius dici potuit ad excludendum iurisdictionem in litem? Neque enim fieri potest vt iurisdictionem deferatur, quin iurantis adfectioni indulgeatur, tùm etiam cum neque dolo neque contumacia vlla est quæ veniat in æstimationem. Prætor autem non sicut id agit vt damnum nullum is sentiat in cuius necem aliquid vi aut clam factum est. ita videri etiã potest id agere vt ex opere vi aut clâ factum lucrum aliquod sibi acquirat. Alioqui non ad id quod actoris interesset daretur interdictum, sed supra etiã quàm interesset, quod nunquã fit. † Et sanè si quod esset interdicti genus in quo iurare permitti deberet, in eo maximè iuraretur quod cõpetit de vi & vi armata: Est enim illud tanto fauorabilius cæteris, quanto odiosior res est deiici quæ per vim de sua possessione, vt facile conici potest ex Zenoniana illa cõstitutione quæ ad hoc duntaxat interdicti genus, nõ etiã ad cætera accommodatũ voluit iurisdictionem illud, quod aduersus iuris veteris rationem induxit non tantùm ad ineundam rerum per vim ablatarum æstimationem, sed ad probandam quoque earum quantitatem *l. si quando*. 9. C. *unde vi*. At verò nullus in toto illo titulo Digestorum vnde vi aut alia Pandectarum parte locus est quo probari possit aduersus eum qui te de fundo tuo per vim deiecerit permittendum tibi esse vt in litem iures: cur ergo potius ei permittetur in cuius solo alius vi aut clâ quid fecerit? † Quibus consequenter fatendum est non posse ex iuris ratione defendi

aut verum esse quod in *fr. d. l. qui restituere* scriptum est, sententiam illius legis quæ in litem iurandi facultatem præbet actori si dolo malo aduersarij res non restituatur, ad interdicta quoque pertinet ex quibus non restituatur quod restitui iubetur. Id enim si quo casu verum esset ad interdictum vnde vi maxime pertineret quo id agitur vt erepta possessio restituatur. † Nam licet interdictum quoque quo vi aut clam restitutorium dicatur. *l. §. ill. tu. quod vi aut clam*, alio tamen sensu id dicitur, nimirum vt res in eum statum reducatur in quo erat priuquam opus factum esset, non etiam vt qui vi aut clam fecit, aliquid actori restituere iubeatur. Quod si admittas, de quo nec puto dubitandum, Tribonianus esse non Vlpiani quod in *d. l. qui restituere*, præsertim de interdictis & arbitrariis in personam actionibus, non erit difficile persuadere, ab eodem Triboniano additum esse vericulum illum quem nos delemus in *d. l. semper §. ergo nonnunquam D. quod vi aut clam*. † Illud verò longè ineptius est vt quod de possessione per manũ militarem transferenda proditum est in *d. l. qui restituere* ad interdicta quoque accomodetur Interdictorum. n. ius ordinarij est, & potestatis & manus militaris extraordinarij, vt idè Vlpian. noster eleganter tractat in *leg. 1. §. 2. D. si vent. nomin. mulier. in poss. miss.* vbi ait quod prætor adiecit eum qui per dolum venit in possessionem decedere cogendum sic accipi debere vt cogat eum decedere non prætoriam potestate vel manu ministrorum, sed melius & ciuilius facturum si eum per interdictum ad ius ordinarij remiserit. Extra ordinem enim fit quod per manum ministrorum fit *leg. vlt. §. vlt. Digest. de eo quod met. caus. ff.* Vnde illud est quod scriptum legimus in *l. vlt. D. de iur. i. Solere quidem magistratus populi Romani viatorem interdum loco arbitri dare ad exequendum iudicatum l. si pignora so. Digest. de iur. i. sed tamen id quod minus ciuile fit & extra ordinem fiat non nisi perrarò & ita si res urgeat fieri debere. † Obstat tamen quod ex eodem Vlpiano traditur in *l. 3. in princ. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est*. Si quis missus in possessionem fideicommissi seruandi causa non admittatur, potestate eius inducendum eum esse in possessionem qui eum misit. Sed responderi potest facilius id permittendum quàm vt possessio quæ penes alium sit ab eo per manum militarem transferatur quod fieri sanè non potest citrà vim & impressionem, quæ non similiter fit cum quis in possessionem mittitur, licet ab alio admitti prohibeatur. Quamquam & hoc casu melius esse agere interdicto & citrà manus militaris interuentum fatetur satis idem Vlpianus. cum subiicit *aut si quis vult vi interdicto consequens erit dicere interdictum locum habere*, vt intelligamus cum interdicto locus est, manum militarem adhiberi non oportere † Ex quo infero Tribonianus quoque esse quod statim sequitur *sed melius erit dicere, extra ordinem ipso iure sue potestatis exequi oportere decretum suum nonnunquam etiam per manum militarem*. Quid. n. attinebat clausulam hæc adicere cum iam Vlpianus scripsisset potestate prætoris mitti posse in possessionem eum qui non admittitur? Nimirum meminerat tùm Tribonianus eius sententiã quam Vlpiano adscripserat in *d. l. qui restituere*. Memor etiam eius quod dici solet, mendacem memorem esse oportere. Cæterum vnus ille locus probat maximè quod volumus, & contra quàm scriptum sit in *d. l. qui restituere*, cum interdicto agitur nihil extra ordinem & manu militari faciendum esse, sed omnia iure ordinario, solitòque iudiciorum ordine peragi & expediri oportere.*

AMPLISS. ET SAPIENTIS. VIRO D. DOMINICO BELLO SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS Cancellario.

ANTONIUS FABER S. P. D.



V debat me iam hoc fere integro biennio siluisse, nec aliquid quod ad iurisdictionem nostram ornandam pertineret, in publicum edidisse, cum ad me allatum est, de tua, sapientissime Cancellarie, ad præcellsum istius dignitatis fastigium promotione. Nunc vero pudet magis, quod in tanta optimorum, eruditissimorumque omnium gratulatione, quanta præstantissimis virtutibus & honoribus tuis ab omnibus debeatur, nihil dum habeo, quod tibi, cui multis de causis præcipuo quodam iure deuinctum me sentio, pro testanda singulari mea erga te obseruantia publicè priuatimve offerre satis possim. Illa enim Chiliadis nostra secunda pars, quam à plerisque, quibus prima non displicuit, auidissimè expectari undique audio, & quam in tuo nomine apparere maximè cupiebam, ne adhuc absolui potuerit, multa prohibuerunt. Inter cætera verò, gravissima valetudo, quæ me, ex quo ferè tempore sum in Italia, male habuit, & ex qua vixdum bene conualui. Deinde quod quidquid opera, laborisque in hæc studia nostra inuitis medicis quasi furtim conferrè licuit, aut potius supra quàm liceret libuit, totum id necessariò consumendum fuit in tractanda ex scripto, & pro dignitate ea lite, quam ab illustrissima & excellentissima D. Anna Estensi Gebennensium, Namurcis, Carnutumque Ducissa contra sereniss. Mutinæ Ducem Casarem Estensem, Romæ institutam de vniuersa Alfonso vltimi Ferrariæ Ducis hereditate fideique & diligentia, ne dicam industria, quæ nulla est, commissam esse non ignoras. Quam in rem, quantum eniti ac insudare me oportuerit in ipsis etiam conualescentia pri mordis, faciam aliquando vt constare possit ex iis scriptis, quæ post obtentam, quod spero, litis victoriam, in lucem daturus sum, ac in volumen iustæ magnitudinis collaturus, vel ob hoc maxime, ne quis nos aut aliquam in ocio vel minimo ignauiam ex occasione morbi captasse putet, aut quod esset sedius in summa ocij abundantia fuisse penitus ociosos. Quamquam nec nobis temperare potissimus ex quo primùm die Romam venimus, quin ipsius urbis nomine atque amplitudine inuitati cæperimus cogitare de Romano iure amplificando magisque ac magis illustrando (si quid tamen tale est, quod à nobis proficisci præstariue queat) magnum planè ingensq. opus adgressi à multis antehac tentatum, à nemine, vt puto, exactum, at ne quidem fortassis bene inchoatum de tota iurisdictione in nouam veteris scientiæ formam redigenda. Quo demum opere absoluto, si tantum vita, felicitatisque ingenij largietur Deus Opt. Max. quantum ad absoluedum necesse est, non recusabo quominus de iurisdictione ipsa, nedum de iuris nostri studiis omnibus bene meritis videri velim. Sed quoniam magis urgent, quæ iam inde ab aliquot annis præstare promisimus, ratioque ipsa postulat, vt in dissoluendis obligationibus, ab iis incipiatur, quæ & causa & tempore sunt antiquiores, dum aliquid expecto, quod meam de Codicis Sabaudici editione cunctata & perimam; hos Coniecturarum mearum libros duos ex quatuor nouissimis qui pro coronide expectationem præstant, nunc præsto, tibi que vni, vir amplissime, offero, dico, consecro. Non ob id solum vt de tua dignitatis accessione toti reipublicæ mihique potius quàm tibi peropportune gratulentur, sed etiam, vt quod iam pridem gestio, extet aliquod publicè nec obscurum, nec oculis tuis si me, quod facis, amas, ingratum, vitium & perpetuum perpetuæ meæ in te & obseruantia & gratitudinis monumentum. Bene vale, vir amplissime, & nobis bonisque omnibus diu felix vire. Dat. Romæ 4. Id. Decemb. 1599.

LIX



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
SERENISSIMI SABAVDIAE DVVIS CON-
SILIARI AB INTIMIS, ET IN SVPREMO
SABAVDIAE SENATV PRÆSI-
dis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
Liber decimus septimus.

CAPVT I.

Explicatio l. i. C. de inoffic. testament. l. 2. C. de petit. hered. l. filium 20. §. sed quemadmodum de bon. poss. contr. tab.

SVM MARIA.

- 1 *Dictam. leg. 1. Cod. de inoffic. testament. Goueano difficillimam & obscurissimam visam fuisse.*
- 2 *Verbis legis praposis auter sententiam suam aperit.*
- 3 *Quenam fuerit in illa lege dubitandi ratio?*
- 4 *Non pertinere ad casum huius legis quod vulgò dicitur, eum qui semel heres extitit heredem semper manere.*
- 5 *Ampliatur superior dubitandi ratio.*
- 6 *Quem sensum habeat versic. emptor. autem l. 2. C. de heredit. petit?*
- 7 *Dictio etiam in dicto versiculo quomodo accipienda sit?*
- 8 *Cur in d. l. i. summo iure fideicommissarius qui in querela inofficiosi testamenti succubuit fideicommissarij titulum retineat?*
- 9 *Sola equitatis ratione filio in specie dict. leg. 1. querelam inofficiosi aduersus fideicommissarium dari & accommodari.*
- 10 *Eadem equitatis ratione fideicommissarium victum perinde hereditatis petitione teneri, ac si pro herede aut pro possessore possideret.*
- 11 *Supradictam legem de eo casu accipiendam esse, quo tota hereditas fideicommissario ex Trebelliano restituta sit.*
- 12 *Filio, si is qua ad fideicommissarium peruenierunt contentus esse velit, actionem de inofficioso aduersus solum fideicommissarium indulgeri posse.*
- 13 *Quo sensu in §. idem erit. l. nec vllam 13. de hered. petit. dicatur etiam contra fideicommissarium hereditatis petitionem dari?*
- 14 *Refutatur emendatio quorundam in d. l. i. pro perinde substituendum exinde.*
- 15 *Inofficiosi querelam ab hereditatis petitione differre.*
- 16 *Alia dubitandi ratio in d. l. i. ab aliis Interpretibus alata reuocatur.*
- 17 *Aduersus quem inofficiosi querela regulariter detur?*
- 18 *Cur non summo iure aduersus fideicommissarium, sicut contra quemlibet bonorum possessorem inofficiosi querela dari possit?*
- 19 *Singulare esse ius illius querela de qua Tryphonius in leg. filium 20. ff. de bonor. possessor. con-*

tra tabul. in fin. principij.

- 20 *Inofficiosi querelam contra eum non dari qui neque verus heres sit, neque veri heredis loco.*
- 21 *Malè à Goueano dictam legem. 1. de petitione hereditatis, non de inofficiosi testamenti querela accipi.*
- 22 *Verba illa eiusdem legis, vt perinde fideicommissarius teneatur & c. quomodo sint accipienda?*



ONSTITVTIONEM † hanc omnium quæ in toto Codice scriptæ sunt difficillimam, & obscurissimam sibi videri scribit Antonius Goueanus lib. 1. var. lect. c. 5. cui tamen vix quicquam ipi toto iure nostro difficile ac obturum videri potuisse crederem, si non is ipse adfirmaret. Sed illud magis mirandum est tantum Iureconsultum in ea tot verbis & paginis contra morem suum interpretanda, non solum maxime laborasse, sed etiam apertis oculis cæcutisse, sicut & cæteros omnes iuris nostri interpretes, nisi tamen nos ipsi potius cæcutimus, qui ab omnibus non vltro sanè, sed libenter tamen, cogente ratione dissentimus. † Constitutionis verba hæc sunt, Cum de inofficioso matris sua testamento filius dicere velit aduersus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum hoc ei accommodari, vt perinde fideicommissarius teneat ac si pro herede aut possessore possideret. Nos singulas singulorum sententias & referemus postea & refellemus. Nostram primùm, & quidem paucis verbis, sed tamen vt solemus apertissimè proponemus, vt qui eam probabunt, dubitare non possint falsas esse cæteras omnes, vel hoc solo quòd à nostra sint omnino alienæ. † Dubitandi ratione, vt hinc exordiamur, non aliam fuisse arbitror, quàm quòd querela inofficiosi testamenti de qua & in hac lege, & in toto titulo agitur, non soleat, neque possit dari nisi contra heredem adeoque post aditam hereditatem, Papinianus. §. si conditioni. ff. eod. (in quo vt sapius monuimus, differt illa à bonorum possessione contra tabulas quæ ideo dicitur dari contra lignum, quia

datur etiam si nullus dum heres sit, & ante aditionem hereditatis, leg. quod vulgò. 29. ff. de bonor. possessor. contr. tab.) vt rupto per querelam testamento, atque ita testatore intestato exitum faciente, condemnetur heres, tanquam qui non nisi pro herede habeat hereditatem, cum desierit esse heres. Nec enim fieri potest vt maneat heres ex eo testamento quod semel ruptum fuit. leg. mater. 16. leg. circa. 24. & pass. ff. de inoffic. testament. † Nec quod dici solet, cum qui semel heres extiterit semper heredem manere, leg. ait prator. 7. §. sed quod Papin. ff. de minor. l. et qui soluendo. 88. ff. de hered. instit. leg. ex facto. 43. §. vltim. ff. de vulg. & pup. subst. pertinere potest ad hunc casum, in quo tandem rupto testamento apparet ex postfacto nunquam ex eo vtiliter adiri hereditatem potuisse, cum ex quo ruptum est in ea causa habeatur, ac si nunquam ritè factum fuisset, maxime verò cum rumpitur per querelam, si quidem non alius querelæ color est, quàm quia furiosus & insanæ mentis fuisse credatur testator eo tempore quo contra officium pietatis testamentum ordinauit, leg. 2. & 3. leg. Titia. 13. in fin. ff. eod. aded vt etiam subsistente testamento pro ea parte pro qua non fuerit instituta querela, nihilominus pro alia parte succedat ab intestato is qui in querela obtinuit, atque ita testator pro parte testatus & pro parte intestatus decessisse intelligatur contra iuris regulas communes d. l. circa. † Atqui fideicommissarius non est heres, quia heres rogatus de restituenda hereditate etiam post restitutionem heres perseuerat, §. restituta Instit. de fideicommiss. hered. Ergo nec si victus sit, potest tamen dici possidere pro herede: quippe qui non solum heres nunquam fuerit, sed nec esse potuerit, fideicommissarius semel factus. Vt enim idem & heres & fideicommissarius sit, non magis fieri per rerum naturam potest, quàm vt vnus idemque homo in plures distribuatur. l. si plures. 9. ff. de pact. leg. 2. §. 1. de verb. oblig. l. stipulatus sum. 9. §. 1. leg. qui hominem. 34. in princ. & §. 1. ff. de solut. Quinimò tum quoque cum victus esset fideicommissarius, perinde tamen fideicommissarij nomen retineret ac si fideicommissi iure tituloque possideret, id est pro fideicommissario, vt mox probabimus Ergo nec pro herede nec pro possessore, quoniam pro herede possidet is demum qui se dicit heredem, pro possessore verò is, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest, quam quia possidet, leg. pro herede. 11. cum duab. seqq. de pet. her. Quod si ita est, illud etiam consequens fit, vt fideicommissarius hic conueniri non possit petitione hereditatis, ne quidem postquam succubuerit in querela, quia petitionem hereditatis certum est non dari contra titulo possidentem, sed contra eum duntaxat qui non nisi pro herede possideat, vel pro possessore, l. regulariter. 9. & seq. eo. l. 2. C. eod. † in cuius sine quod scriptum est Emptor autem qui proprio titulo possessionis munus est. etiam singularum rerum iure conuenitur, non huc sensum habet vt emptor singularum rerum hereditatis tam petitione hereditatis quam rei vindicatione conueniatur, aut vt ad. infra emptoris vniuersitatis fructuum nomine teneatur (proponebatur enim eo loco empti tota hereditas non hereditatis res singularis, nec verum est eum qui siue hereditatem siue res hereditatis singulas emerit aut petitione hereditatis teneri, aut ad restitutionem fructuum ante litem contestatam perceptorum.) Nec illum quoque, vt emptor hereditatis ac vniuersitatis etiam singularum rerum nomine conueniatur (nam & hoc falsum est si de petitione hereditatis intelligatur, indubitatum verò si de vindicatione rerum quas emptor possidet) sed hunc

tantum, vt petitio hereditatis non detur contra emptorem, sed sola vindicatio rerum singularum licet non res singularis, sed hereditas ipsa empti proponatur, ideoque nec fructuum condemnatio fieri debeat, nisi eorum qui percepti sunt ex die litis contestata, quia hereditatem duntaxat fructus augent non res singulas, hereditas a. non magis ab ipsius emptore peti potest, quàm si singulas duntaxat res comparasset. † Itaque dictio etiam quæ tanquam implicatiua doctores nostros implicat & perturbat, sic accipienda est ac si apertius scriptum esset, emptorem hereditatis quemadmodum habet singularem titulum suæ possessionis, quamuis emerit vniuersitatem, ita etiam singularum rerum iure conueniri debere, non hereditatis nomine, ac proinde singulari iudicio vindicationis, non petitione hereditatis, quod iudicium vniuersale est. Non alio sensu quàm si pro etiam scriptum esset similiter & pro dictione proprio scriptum singulari. Quid enim distat inter proprium titulum & singularem? Vniuersalis namque titulus hoc est hereditarius non hominis proprius est, sed legis quæ & hereditatem & heredem facit. Denique cum relatio sit in dictione proprio, illatio verò in dictione etiam, consequens est vt quod lex ait emptorem hereditatis etiam singularum rerum iure conueniri, ita accipiatur, vt sicut possidet ille ex titulo proprio & singulari, ita non nisi singularum quoque rerum iure conueniatur. Nò dixit nomine, sed iure, quia etiam singularum rerum nomine nihil vetat quem conueniri eo iure quo si vniuersitatis nomine conueniretur, id est petitione hereditatis d. l. regulariter. 9. cum seq. Sed singularum rerum iure is tantum conuenitur, contra quem sic agitur ac si singulas tantum res hereditarias emisset, non ipsam hereditatem, hoc est qui rei vindicatione non hereditatis petitionis conuenitur. Quod nos obiter & quasi extra rem manendum putauimus, ne quem ea lex à nobis allegata, malè haberet. † Cur verò fideicommissi titulum retineret fideicommissarius etiam qui succubisset in querela inofficiosi testamenti? An quia fiat aut fieri possit vt rupto per querelam testamento fideicommissum in eo relictum nihilo magis intercidat? Imò verò intercidit l. Titia. 13. in fin. l. cum mater. 28. ff. de inoff. test. Verum quia fieri nequit vt rumpatur testamentum per querelam contra eum propositam qui heres non fuit. Siquidem vero heredi sententia contra fideicommissarium lata nocere non potest, quominus maneat heres, qualis erat antea, etiam post factam hereditatis restitutionem d. §. restituta. Porro nec illud fieri potest vt quandiu heres qui & rogatus fuit de restituenda hereditate & eam restituit, heres manet, ex testamento, fideicommissarius desinat esse fideicommissarius cum ius habeat in se translatum per restitutionem quæ semel facta est ex Trebelliano vtiliter. Proinde cum titulum suum retineat, superest ex iis quæ supra diximus, vt petitione hereditatis nec possit nec debeat conueniri. Denique summo iure fideicommissarius non est legitimus contradictor in querela inofficiosi testamenti, quia non potest victoria contra ipsum per filium obtenta facere intestatum patrem, qui non eominus habiturus sit ex testamento heredem illum ipsum quem habuit semel. Quomodo enim posset dici intestatus qui heredem habet ex testamento? Sed tamè quia summum illud ius, summa esset iniuria, rescripserunt Imperatores, non esse iniquum etiam contra fideicommissarium querelam filio accommodari, vt ostendant non iuris ratione aliqua, sed mera æquitate niti constitutione. Æquitatis a. ratio ex eo pendet, quòd fideicommissarius victus nò sit audiendus si velit dicere me,

horis se cōditionis esse debere ob id quod victus ipse fuerit inaudio herede, quam si se inaudio quod fieri poterat heres victus fuisset. Quo tamen casu extincto ruptoque testamento sicut heres defuisset heres esse, ita & fideicommissarius, quamvis inauditus defuisset esse fideicommissarius, quandoquidem nullum ius habet nisi ex persona heredis & per cōsequētiā. *l. aliud est. 16. §. absurdum de R.I.* Ad eodē vt nec ad litem vocandus sit, quæ cū herede instituitur, quia sufficit cum eo actū esse qui ius habuit defendēdi. *l. si ideo. 55. §. i. ff. de emic.* Quamquā si velit adesse metu collusionis, potest, nec id ei denegatur, *l. si suspecta. 29. ff. de inoff. test.* Igitur cū mera dūtaxat iuris subtilitas noceat filio nec quicquam interfit aut heredis qui iam hereditatē restituit (quia tamet si reuera heres maneat, nihil tamen nihil nudum heredis nomē retinet) aut fideicommissarius qui ipse & auditus & victus fuit, damus & accōmodamus filio querelam contra fideicommissarium, vt vbi victus erit perinde teneatur petitione hereditatis ac si pro herede aut pro possessore non pro fideicommissario possideret, id est, ac si testamentum ruptū esset, quod reuera ruptum non fuit. Absurdum. n. est fideicommissarium condemnatū plus iuris habere ob id solūm quod non fuerit heres verē quā habiturus erat, si reuera heres extitisset. Exemplo eius quod scriptum legimus in *l. 3. ff. si visus si petat.* eum qui v'su fructu sibi ex causa fideicommissi tradito v'sus non est per tantum tempus quāto amissurus eum fuerat si legitimus ipsius factus fuisset, non ideo meliore iure censendum esse, sed perinde habendum ac si non minū dominium quā possessionem v'su fructus nactus fuisset. † Puto autem intelligendam esse hāc legem de illo casu quo hereditas restituta sit ex Trebelliano, id est tota. & ita vt penes heredē nihil remanserit præter nudū nomen heredis. Alioqui non posset victoria quam obtinisset filius in querela ius ei tribuere petendā à solo fideicommissario totius hereditatis. Si quidem heres qui neque auditus neque condēnatus esset, vtique retinere nihilominus posset ea quæ tāquam heres habuisset: † Quamquā hoc etiā casu si filius conuentus esse vollet iis quæ ad fideicommissariū peruenerunt, non puto dubitandum quin perinde indulgeri ei oporteat, vt possit contra solum fideicommissariū proponere querelam, non secus ac si cū plures patris heredes essēt, contra alterum ex iis dūtaxat agere filius voluisset, vt eadem sit ratio partis ad partem quæ toties ad totum. Et verō qua fronte potest fideicommissarius dicere non teneri se petitione hereditatis post filij victoriā in querela, ob id tantum quod ipse per sententiam victus sit non heres? *arg. l. 3. vers. qua tandem ratione. ff. de vsur.* † Planē petitionem hereditatis etiam contra fideicommissarium dari scriptum reperias in *l. nec vllam. 13. §. idem erit dicendum. ff. de pet. her.* Sed is locus est de fideicommissario cui restituta est hereditas non quæ fuerit defuncti vt in specie quam nunc tractamus, sed quam defunctus non nisi pro herede possederat, vel pro possessore: de quo etiam in *§. Neratius 3. & §. heredem. 11. eiusd. legis.* † Malē igitur ex veterib. interpretib. nonnulli legem hanc emendarunt, pro *perinde* legentes *exinde*, quasi rumpatur testamentum per querelam aduersus fideicommissariū institutam, nec nisi rupto testamento permittendū filio sit vt agat petitione hereditatis quod vtrumque docuimus falsum esse. † Malē alij dixerunt proponentem querelam inofficiosi hoc ipso proponere petitionem hereditatis, quasi effectu nihil inter vtramque interfit. Querelam enim præcedere & vincere necesse est vt postmodum petitio hereditatis institui possit, *l. filium. 20. in fin. pr. ff. de bon. poss.*

cont. tab. † Malē item nonnulli sic legem accipiunt, quasi ratio dubitandi ea fuerit, quod querela inofficiosi testamenti non detur nisi contra eū, qui vel heres sit vel possideat pro herede vel pro possessore. Nusquam enim scriptum reperias dari eam contra possessorem hereditatis, qui possessionis suæ titulum alium non habeat, quā pro herede aut pro possessore. † Datur siquidem contra solum heredem, aut qui saltem effectu ipso & verē sit loco heredis, cuiusmodi est fiscus cū ad eum bona testatoris hereditate ipsius deuoluta sunt iure successionis aut alia ex causa, dummodo post aditam hereditatem, vt in *l. si heredem. 10. C. de inoff. test.* de qua sequenti capite dicemus. Item emancipatus filius qui per bonorum possessionē contra tabulas rupto propter præteritionem paterno testamento solus successit excluso in totum fratre exheredato qui manserat in patris potestate, vt in specie *l. filium in si. pr.* Nam cū testamentum quod per bonorum possessionem contra tabulas iam ruptum est in totum (nec enim pro parte rumpi potest) amplius & iterum per querelam rumpi non possit, nec rursus filius exheredatus, semel propter exheredationem exclusus à communiōe beneficij prætorij bonorum possessionis contra tabulas, ad partem successionis admitti cum emancipato cui soli fauere prætor voluit & debuit, *l. non putauit. 8. cod.* Consequens est vt vel omni auxilio carere debeat filius etiam immerenter exheredatus, quod fuerit certē periniquum. Aut vt debeat ei licere querelam instituere contra fratrem emancipatum, qui solus totam possidet hereditatem, licet non tanquam heres, sed tanquam bonorum possessor. Quid enim referre potest cū bonorum possessor quilibet sit heredis loco? † Dices, fideicommissarium quoque heredis loco esse non minū quā eum qui per bonorum possessionem contra tabulas factus est bonorum possessor *d. §. restituta. l. 1. l. quamuis. 40. §. 1. & pass. ff. ad SC. Treb.* Quidni ergo etiam contra eum summo iure dari potest querela sicut & contra quemlibet bonorum possessorem? Nam & hic quoque scrupulus tollendus est qui prima facie non leuis videtur. Respondeo diuersitatis rationem ex eo pendere, quod bonorum possessor ita heredis loco est, vt alius verus heres nullus sit. Rupto scilicet per bonorum possessionem contra tabulas testamento. Si quidem ex eo testamento quod ruptum est siue ciuili siue prætorio iure, neque esse neque manere heres quisquam potest. Fideicommissarius verō post hereditatis restitutionem ita est heredis loco, vt tamen non impediat quominus alius reuera heres maneat, & quidem ex eo ipso testamento ex quo & fideicommissarius heredis loco est, quia restituitur hereditatis non rumpit aut destruit testamentum, sed supponit, vt proinde necesse sit illud rumpi per querelam inofficiosi testamenti priusquam ad petitionem hereditatis admitti possit filius qui fuit exheredatus. Ruptum porrō esse non potest, vt iam diximus, quamdiu verus heres ex eo ipso heres manet, quod sit etiam si fideicommissarius succubuerit in querela, dum ne heres ipse & auditus fuerit & condēnatus. Mirum igitur non est, filio exheredato querelam summo iure contra fideicommissarium dari non posse, quæ tamen datur contra fratrem emancipatum, qui per bonorum possessionem contra tabulas solus successit patri. † Et si fatendum est valde singulare ius esse illius querelæ de qua Tryphoninus in *d. l. filium*, cū non ad id detur illa vt testamentum rumpat quod petita bonorum possessione contra tabulas iam ruptum sit, sed ad hoc tantum vt fratri emancipato perinde partem hereditatis auferat exhereda-

Emendatio l. si heredum. 10. C. cod. tit. De inoffic. testam.

SUMMARI A.

exheredatus, ac si emancipatus totam hereditatem quasi heres & testamenti iure possideret. Estque is casus etiam valde singularis, in quo necessaria sit filio exheredato querela etiam post ruptum testamentum (sicut & illud quoque singulare habet, quod Tryphoninus subiicit plus iuris in ea specie habere filium exheredatum quā si exheredatus non esset. De quo tamen quoniam ab instituta disputatione alienius est tamen non tractamus) An & post destitutum? Ita videtur ex *d. l. si heredum*. Sed aliud tamen est vt ex iis quæ sequenti cap. dicemus, apparebit. † Ceterum vel ex ea maxime Tryphonini lege intelligi potest nunquam dari querelam contra eum qui neque verus heres sit, neque veri heredis loco, etiam si fuerit ipse aut esse potuerit heres aliquando, quoniam alioqui mouenda esset querela in ea specie non contra emancipatum, quod lex ait, sed contra extraneum heredem institutum, à quo fuerat exheredatus filius tanquam ab herede scripto, non autem ab emancipato, qui & ipse contra vel saltem præter voluntatem patris successerat. † Omnium verō pessimè Goueanus, meo iudicio, legem hanc interpretatus est de petitione hereditatis, non de querela inofficiosi testamenti, seu de filio exheredato qui contra fideicommissarium petitionem hereditatis instituere maluerit, quam querelam exercere, quasi laudandus sit hic filius & contra iuris regulas ad hereditatis petitionem rectā admitendus, propterea quod matris honori parcere studeat quem proposita inofficiosi querela suggillasset. Nam præter id quod secundum hanc interpretationem pertineret lex *ad tit. de petit. hered.* non ad hunc sub quo posita est *De inoffic. testam.* ipsa etiam legis verba repugnant. Quod enim lex habet *non est iniquum hoc ei accommodari*, alium sensum recipere non potest quā vt huic filio contra iuris rigorem indulgendum sit ius proponendæ aduersus fideicommissarium querelæ. Id enim erat quod filius volebat vt sibi de inofficioso matris testamento contra fideicommissarium dicere liceret quemadmodum priora legis verba demonstrant. † Quod verō sequitur *vt perinde fideicommissarius teneatur ac si pro herede aut pro possessore possideret* sicut à precedente verbo *accommodari* interiecto commate distinguendum est; ita & sic accipiendum vt fideicommissarius conueniri quidem possit petitione hereditatis, quæ non nisi contra eum dari solet qui pro herede aut pro possessore possideat: sed tunc demum cū in querela inofficiosi iam succubuerit, licet non eo minū pristinum, eumque iustum possessionis suæ titulum retineat ex causa fideicommissi relicti in testamento, quod & ab initio valuerit, & etiamnum post filij victoriā subsistat. Id verō addendum fuit necessariō, quoniam frustra institueretur querela inofficiosi testamenti contra eum qui etiam victus & condēnatus, subinde tamen hereditatis petitione conueniri non posset, vt probant verba illa Tryphonini in *d. l. filium versic. sed quemadmodum De bon. poss. contr. tab.* Sed ad heredatū petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelæ contra emancipatum mouenda. Eaque vt diximus, præcipua dubitandi ratio apud Imperatores erat, propter quam non videretur filio permittendum, vt contra fideicommissarium ageret de inofficioso, quod etiam post victoriā in querela obtentam futurum esset, vt nihilo magis petitione hereditatis conueniri fideicommissarius posset, quippe quicum quoque nec pro herede nec pro possessore, sed pro fideicommissario possideret, nimirum testamento per querelam licet victricem minime rupto.

Q Vintinianus † decesserat facto testamento, quo heredes extraneos instituerat, filium quem in potestate habebat, exheredauerat. Defuncti hereditatem adierant heredes instituti, atque ita cœperat contra eos filio competere querela inofficiosi, cui tum demum locus est cū adita fuit hereditas non potius vt diximus capite superiore. Sed cū in eo esset filius vt aduersus eos heredes agere vellet, euenerat vt ad fiscum bona peruenirent. Consulti à filio Imperatores an ob id peremptum esset ius querelæ proponendæ, & si non esset peremptum, apud quem peragi causam oporteret. Rescripserunt, & integram agendi causam superesse, & apud procuratorem Cæsaris instituendam litem esse. Sed quia filius non satis apertè precibus suis expresserat quoniam iure bona patris ad fiscum peruenissent, an quia heredibus patris fiscus successisset an separatim & tanquam bona patris ab heredum bonis distincta. Sic quoque Imperatores loqui necesse fuit, vt omnem casum comprehenderent, qui fauore filij ex iuris ratione comprehendi posset. Rescripti autem verba hæc sunt, *Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, aduersus quos de inofficioso testamento aucturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona v'ipote vacantia filius tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.* † Quorum verborum is sensus esse creditur, & alius sanè vix esse potest, vt eo quoque casu quo fiscus bona Quintiniani tanquam vacantia teneat, per querelam inofficiosi testamenti à filio conueniri possit. In quo nihil mihi aut mirum aut suspectum esset, si viderim fieri posse vt in eadem specie ambo ista concurrerent. Et bona patris fieri vacantia, & filium exheredatum patri succedere velle ab instituto. Cū enim fiscus alicui succedens eo ipse iure

vtatur quo vsurus erat is cui successit l. 3. §. si posteriori. l. si quis. 6. & pass. D. de iur. fisc. quis miretur dari querelam filio cōtra fiscum successorem heredum Quintiniani aduersus quos & querelam instituere ipse poterat, & mox institutus fuisse proponebatur, si ad fiscum bona non peruenissent? Nam nec fiscum solū, sed & quod magis est eum qui à fisco comparauit cōstat debere omnes omnino actiones excipere, quæ cōtra defunctum ipsum cui fiscus successit, competere potuerunt l. eum qui. 41. D. eo. † Sed vnū illud est quod neque concoquere possum neque intelligere quomodo fieri possit vt bona patris sint vacantia superstiti filio quamuis exheredato qui succedere patri velit. Nā præter id quod vacantia bona illa demum sunt quæ non habent successorem, ne quidem ab intestato l. si filiusfamilias. 114. §. qui intestato. de leg. 1. l. 1. §. Diuus Pius eod. l. 2. in fi. D. de success. edict. illud etiam me mouet, quod destituito testamento propter repudiationem heredis instituti nolentis adire, aut propter præmaturam mortem ipsius ante declaratam voluntatem, aditamque hereditatem defuncti, fieri nequit vt subsistat exhereditatio in eodem testamento facta, id est vt testamentum per omnia irritum ad solam exheredationem notā profecisse videatur, quomodo loquitur Tryphoninus in l. filium. 20. de bonor. poss. contra tabul. vbi etiam ex hoc inferit ille, filium hunc exhereditū scriptis heredibus non aduentibus suum heredem esse exasse, nō secus ac si pater ab initio intestatus decessisset. Parum enim refert an ab initio testamentum nullum à patre factum sit, an res tandem redeat ad exitum intestati. Ergo quemadmodum nullo condito testamento non possent bona fieri vacantia, quando iuperstes filius ab intestato heres esse vellet: ita neque facto testamento, quod ob secutam extraneorum heredum repudiationem fuerit destitutum. † Immo nec hoc casu fieri potest vt locus vllus sit querelæ de inofficioso testamento, cum neque heres quisquam sit cōtra quem ea proponatur, neque bonorum retinendorum prætextum vllum fiscus habeat filio succedere volente, quando non aliam succedendi causam habet, quàm quia ex omnibus iis qui succedere possent si vellent, nemo sit qui velit. Sufficit namque filiū velle querelam proponere vt succedat, ne bona fiant vacantia, multo magis autem nemine alio succedente, eundem filium ipsum posse ab intestato, succedere, nil obstante exheredatione, quæ per heredum institutorum repudiationem euauerit cum ipso testamento. † Sed neque verba legis patiuntur vt eū casum tractari putemus, quo ab extraneis heredibus institutis fuerit hereditas repudiata, sed ille potius est contrario quoadita fuerit & acquisita. Id enim demonstrant legis verba illa aduersus quos de inofficioso testamento acturus eras, cum iam dixerimus non nisi contra cum qui hereditatem iam adierit proponi querelam posse l. Papinianus. 8. §. si condiciorum. D. de inoff. Porro certissimū est, si quid in toto iure certum, hereditatem semel agnitā repudiari postea numquam posse l. sicut. 4. ff. de repud. vel abst. hered. l. 1. §. decretalis. ff. de success. edict. Et præterea hereditatē Quintiniani aditam fuisse ex illo apparet quod lex ponit Quintiniani bona pertinuisse ad fiscum hoc ipso quod ipsius heredum bona ad fiscum successionis iure peruenissent Quomodo enim peruenire potuissent, si Quintiniano prius heredes ipsi non extitissent? † Nec est contrariū quod eadem lex alium casum subiungit quo solius Quintiniani non etiam ipsius heredum bona ad fiscū fuerint deuoluta. (Qui proculdubio sensus est eius versiculi, vel ipsius Quintiniani bona fiscus tonet, vt nouus hic & secundus ca-

sus differat à primo.) Nihil enim vetat & aditam esse Quintiniani hereditatem ab ipsius heredibus extraneis, & nihilominus solius Quintiniani bona peruenisse ad fiscum, siue viuis adhuc heredibus, siue iam defunctis, puta quod heredes instituti ea ipsa bona incapaci alicui ex fideicommissio tacito restituere rogatus probaretur, in qua specie dubium non est quin quod incapaci relictū est, siue ipse se deferat, siue ab alio præuentus deferatur, fisco vindicari l. 1. & tot. tit. ff. de iur. fisc. † Quid ergo superest nisi vt ex hac lege tollar us ea verba, quæ difficultatem inexplicabilem pariunt, *in potestate vacantia*? Vacant enim proculdubio, nec bonum sensum vllum habent, ideoque imperito alicui interpreti non Imperatoribus sunt adscribenda. Putauit nimirū imperitus ille interpretis quisquis fuit, non aliter posse casum hunc distingui à precedente quam si de iis patris bonis intelligeretur, quæ tanquā vacantia fisco delata essent, nec animaduertit, non solum fieri è contratio non posse vt vacantia sint quæ filius exheredatus sibi acquiri velit destituito iam per heredem institutum testamento. Sed & aliis multis de causis fieri posse vt bona etiam quæ vacantia non sint fisco acquirantur. Et verò si tale quid Imperatores rescribere aut voluissent, aut potuissent, credibile est, scripturos eos fuisse, vt *vacantia* potius quàm quomodo scriptum legimus *in potestate vacantia*. Sunt enim dictiones istæ vt, *tanquam*, & aliæ similes aptiores ad similitudinem & improprietatem, quàm ad veritatem designandam: illa verò *in potestate* prorsus affirmatiua, & eius rei quæ pro vetissima habeatur, vt ita loquar expressiua. † Porro non erat cur in proposita specie Imperatores adfirmarent bona Quintiniani ad fiscum iure vacantium peruenisse, non ob id tantum quod iā diximus id fieri nullo modo potuisse superstiti filio qui de proponenda querela non aliam ob causam cogitabat, quàm quod patri succedere vellet, sed etiam quia ex aliis eiusdem legis verbis apparet nesciuisse Imperatores qua ex causa patris bona quæ filius proposita querela postmodum per petitionem hereditatis à fisco auferre volebat, ad fiscū peruenissent, propterea quod filij precibus non satis clarè id expressū fuisset, ac proinde verba illa dubitatiuè & incertè potius quàm affirmatiuè concipi debuissent. Ergo sic scribit, vt *vacantia* non *in potestate*. † Sic & in d. l. si filiusfamilias. 114. §. qui intestato. de leg. 1. facile suspicor irreptitiam esse dictionem *vacantia*, tamen si non negem in illa specie, id est cum is qui ab intestato decedens, fideicommissum reliquit à fisco ad quem sciuit bona sua peruentura, nō aliter posse bona peruenire ad fiscum: nec fideicommissio in iis grauari fiscum quàm si fiant vacantia. † Neque rursus sententiæ nostræ obstat quod superiore capite diximus, posse fieri vt rupto iā testamento per bonorū possessionē cōtra tabulas, vtilis tamen adeoque necessaria sit querela inofficiosi testamēti filio exheredato, vt fratri emancipato qui totū habuit per bonorū possessionē contra tabulas auferat ille suo iure partem d. l. filium. 20. vers. sed quemadmodum. ff. de bonor. poss. contra tab. Alia enim ratio est vel in illa ipsa specie rupti testamenti, alia destituti. Destituito testamento redit res ad causam intestati, fitque locus iis qui ipso iure successuri erant si nullum testamentum factum fuisset: atque idcirco filius etiam exheredatus admittitur, & quidem solus nisi quod emancipatum inquesto prætor pro sua visibili parte tuetur, tanquā ab intestato, vt ea lex ait, quæ ratio similiter facere debet ne superstiti exheredato, qui patri succedere velit, bona fiant vacantia. Rupto autem testamento per bonorum possessionem contra tabulas quem filius eman-

emancipatus idemque preteritus obtinuit à prætorē, qui nec eam daturus fuerit fratri exheredato, nec eū ad beneficij sui participationem admissurus, non si aliter fieri potest vt exheredatus admittatur, nisi proposita prius querela, quoniam emancipatus rumpendo testamentum per contra tabulas nō solum fecit intestatum patrem (quod si esset non minùs fractis quàm suum proprium negotium gessisse intelligeretur) sed etiam sibi ipsi hereditatem acquisiuit, excluso per eandem edicti partem fratre exheredato, quando non probaret se immerenter exheredatum, quod ipsum tamen nisi per querelam inofficiosi probare nō potest l. non putauit 8. eod. Exemplo eius quod dicimus posthumum à patre præteritum rumpere testamentum, non tantum eo modo quo iam natus filius, idemque præteritus iniustum facit, sed cum eo præterea priuilegio vt rumpendo succedat, sibi que locum faciat l. nam est 5. ff. de iniust. rupt. & irrit. fact. test. Ergo in specie d. l. filium, hoc est rupto testamento per bonorum possessionem contra tabulas, ideò necessaria est querela filio exheredato quia extat persona quæ suo iure vniuersa patris bona possidet, & à qua nihil prorsus auferre possit quando manet exheredatus, id est quousque probauerit se immerenter exheredatum, quod non fit nisi per querelam. Destituito autem testamento per extranei heredis repudiationem, inofficiosi querela dari nec potest nec debet, quia nemo est qui in iis bonis filio quamuis exheredato preferendus sit, irrita quoque facta cum ipso testamento exheredatione, nec qui prohibere possit quominus filius etiam citra querelam succedat patri vt ipse intestato, nec fiscus quidem eo prætextu quasi vacantia sint bona cum prius sit exclusum esse filium à spe succedendi ab intestato quàm vt bona fieri vacantia possint d. l. 1. §. Diuus. ff. de iur. fisc.

CAPVT III.

Emendatio l. Statius Florus 48. ff. de iur. fisc.

SVMARIA.

- 1 Legem propositam vitio ab Interpretibus nondum notato laborare.
- 2 Prima species illius legis.
- 3 Verba illa dicta legis, se restitutum ea quæ ei per præceptionem dederat, ab imperio Interprete addita fuisse.
- 4 Præceptiones in illa specie Pompeio dari non potuisse.
- 5 Altera species vbi de differentia inter hanc & superiorem.
- 6 Cur in altera illa specie nullas præceptiones posteriori testamento Pompeio datas fuisse Paulus moneat.
- 7 Quid consequatur is qui tacitum fideicommissum sibi datum deserit & proficitur.
- 8 Probationem mutatæ voluntatis in altera illa specie non fideicommissario sed heredi incumbere.
- 9 An bene hanc in rem asseratur Papiniani responsum in l. 3. ff. de probat.
- 10 Quis sensus sit rationis à Papiniano in d. l. 3. allatæ.
- 11 Quando obtineat quod vulgò dicitur, ei qui mutatam voluntatem dicit, onus probandi incumbere.
- 12 Maiorem esse vim taciti & fraudulentis fideicommissi, quam expressi & liciti ad hoc vt difficilius reuocatum intelligatur.
- 13 Pompeium in altera illa specie, licet portio eius posteriori testamento immutata sit, probationem mutatæ voluntatis non ideò minus onerandum esse.

- 14 Huius iuris ratio à nonnullis reddi a resutatur, & noua asseritur.
- 15 Qua ratione motus Pompeius post condemnationem, præstatione taciti fideicommissi hereditatem onerari desiderari?
- 16 Rationis eius sensus.
- 17 Onus prætextu emolumenti iniunctum, pro rata diminuti emolumenti minuendum esse, & contra.
- 18 Verbum pronunciauit ab Interprete in d. l. additum fuisse.
19. 20. 21. 22. In versic. nec posse videri tres rationes conseruati quibus Pompeius taciti fideicommissi onus, pro parte à se amoliri conabatur.
- 23 Tres illa rationes, una responsione resutatur.
- 24 Præcipua ratio à Pompeio allata in ipsum retroquetur.
- 25 Pompeium non ex propria persona, sed tanquam heredem Flori condemnatum fuisse.

Si quis adhuc est qui putet nullum in toto iure nostro locum esse quem imperiti interpretis audacia inscitiaque corruerit, quod antiquiores omnes interpretes scrupulosè & superstitiosè magis quàm aut verè aut verecundè defenderunt, vel vna hæc lex facere potuerit vt intelligat, nihil falsius dici posse. De qua tamen miror nihil quod viderim tactum fuisse ab iis qui tot alios iuris locos simili morbo vitiòque laborantes aut itidicant, aut etiam quod non æquè facile est, feliciter emendantur. † Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeij ex toto asse instituti tacitè fidei cōmiserat, vti qui ex legibus capere non poterat daret fundum, & certam pecuniæ quantitatem, nec contentus ea tacita Pompeij fide curauerat eo nomine exigi ab ipso cautionem. Sed quam, aut de qua re? se restitutum ea qua ei per præceptionem dederat. † Sic enim textus habet, quod tamen quàm ridiculè additum sit, & consequenter interpreti potius quàm Paulo adscribendum, ex eo statim apparet, quod iam diximus, fuisse Pompeium solum eo testamento heredem institutum: Quomodo enim posuissent ei relinquere præceptiones vtiliter, aut ab alio quàm à seipso? Quis nescit heredi à semetipso legari non posse? l. & quidem totum 18. l. plane 34. §. si duobus de legat. 1. à coherede vero solo posse: l. legatum est 116. §. 1. eo. Aut verò quid aliud præceptio est, nisi legatum, quod vel pro parte capitur à coherede vt in d. l. legatum est, l. miles ad sororem 75. §. 1. De leg. 2. l. in quartam: 91. ff. ad leg. Falcid. vel etiam totum ex portione alteri restituenda deducitur, vt in specie l. cum pater 77. in princ. de legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis. ff. ad S. C. Trib. † Non ergo potuerunt in proposita specie præceptiones dari Pompeio qui solus & ex toto asse scriptus erat ac proinde non potuit ille fideicommissario incapaci cauere, se ipsi restitutum omnia quæ à testatore per præceptionem accepisset. Quid ergo? Cautionem conceptam fuisse necesse est de restituendo nominatim fundo & ea ipsa quantitate quæ tacito illo fideicommissio fuerat definita. Hæcigitur prima emendatio sit, quod totam illam clausulam tollimus, quam sicuti pro præcedentium verborum interpretatione subiectam fuisse negari non potest, ita & fatendum est parum eleganter sic fuisse conceptam, se restitutum ea qua ei, &c. Scripsisset enim Paulus sibi vel ipse, non ei, atque ita iustam Laurentij Vallæ reprehensionem effugisset. † Sequitur, Postea idem Florus factò secundo testamento, & eodē Pompeio & Faustina heredibus institutis, nullas præceptiones Pompeio dederat, Hic verò cæpit Paulus loqui de præceptionibus, vbi cæpit tractare de pluribus heredibus institutis, ac de

coherede dato huic Pompeio qui priore testamento solus institutus nullum habuerat coheredem. Nostri autem interpretes hanc tantum differentiam obseruant inter vtrumque testamentum, quod posteriore testamento præceptiones nullæ relictæ fuerant, sed priore, Cum è cõtrario dicere & obseruare debuerint priore non solum relictas nullas fuisse, sed nec relinquere potuisse. Posteriore verò relictas quidem similiter nullas fuisse, sed tamen relinquere aliquas potuisse, si testator voluisset. † Cur ergo monet Paulus nullas posteriore testamento præceptiones Pompeio datas esse? Aut quid erat hoc necesse, si nec vllas priore testamento idem Pompeius acceperat? Nimirum quia ex eo videbatur sumi posse pro Pompeio non obscuram coniecturam voluntatis, quòd testator à tacito illo fideicommissio quod priore testamento reliquerat, recessisse videretur. Cum enim à solo Pompeio illud reliquisset, quem & solum priore testamento scripserat heredem, quis crederet voluisse testatorem vt non eo minus præstaretur ab eodem Pompeio, cui secundo testamento coheredem Faustinum, præceptionem verò nullam adscripsisset? Non enim poterat bona esse illatio à grauamine iniuncto ei qui solus ex toto asse institutus idipsum ex tota hereditate soluere commodè potuisset, ad grauamen ab eo præstandum, cui datio coheredis partem dimidiam hereditatis abstulisset. Et hæc sanè dubitanda ratio non inelegans apud Paulum licet ab eo minus expressa fuit. † Quid tandem accidit? Hæc persona, inquit Paulus, que capere non poterat, se detulerat. Nempe vt taciti fideicommissi partem ex edicto & beneficio Diui Traiani consequeretur. Edicto enim Traiani constitutum est, vt si quis antequam causa eius ad ærarium deferretur, professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea re partem sisco inferret, partem ipse retineret. *l. edicto 13. in princip. l. Senatus censuit 15. §. Senatus. l. cum tacitam. 49. D. eod. tit. Consulti Imperatores à procuratoribus suis quorum de huiusmodi causis cognitio est, rescripserunt si non probaretur mutatam voluntatem esse, præstandum fideicommissum.* † Probationem igitur mutatæ voluntatis exigendam putauerunt ab ipso herede qui mutationem illam allegabat, non à fideicommissario, tamen fideicommissarius actor esset, heres autem reus. In eoque cum interpretibus nostris sentio. Si enim à fideicommissario ipso aliqua probatio exigeretur, eius esset probare non mutatam voluntatem, non probare mutatam. † Sed quod iidem in hanc rem adferunt Papiniani responsum in *l. 3. D. de probat.* mihi placere nullo modo potest. Nam quod eo loco Papinianus respondit, Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probationem mutatæ voluntatis ei incumbere qui cõuenitur. Ostendit manifestissimè à contrario sensu, si heres qui tacitam fidem accommodauit, scriptus sit ex minore portione in posteriore testamento, non esse illum hoc præterea incommodo afficiendum vt mutatæ voluntatis probatione oneretur. † Quod & eiusdem Papiniani subnexa ratio clarius demonstrat, Cum suscepti secreti ratio, inquit ille, plerumque dominis rerum persuadeat eos ita heredes scribere quorum fidem elegerunt. Sensus enim est, credendum plerumque eos qui tacitam fidem defuncto contra leges accommodauerunt non alia ratione scriptos heredes, quam vt iis veluti fraudis sue ministris testator, abutatur, non itaque scripturus eos si fidem suam accommodare nolissent. Quæ tamen ratio non aliud probat quam quod Papinianus probare voluit, solam

testamenti mutationem non sufficere vt credi debeat heredi alleganti mutatam esse voluntatem quod ad tacitum fideicommissum attinet si posteriore testamento idem heres vel ex eadem, vel ex maiore portione scriptus proponatur: quamuis si fideicommissum expressum non tacitum relictum fuisset, proculdubio sufficeret mutatam esse testamentum, vt ab omni voluntate in eo contenta recessum videretur, *leg. si quis priore 29. D. ad S. C. Trebell.* † Nam quod regulare est vt ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbat onus probandi *l. cum qui voluntatem 22. D. de probat.* tunc obtinet cum idem testamentum manet aut idem codicillus, non cum prior scriptura per posteriorem non solum immutata, sed etiam sublata est. † Atque ita quod mirum videri possit maior vis est taciti & fraudulentum fideicommissi, quam expressi & liciti quod ad hoc saltem vt difficilius reuocatum esse intelligatur, cum idem heres tacite grauat, & vtroque testamento instituto non minus commodi sensurus est ex posteriore quam sensurus fuerat ex priore si sublata illud per posterius non fuisset. Cateri namque heredes ideò grauari creduntur, quia fuerunt instituti *vulg. l. ab eo 9. C. de fidei.* Hic contra, vt Papinianus sentit, ideo institutus intelligitur, quia fuit oneratus tacito fideicommissio. † Caterum non idem Papin. sentit, nec sentire quisquam iure possit, illo etiam casu quo heres cuius tacita fides electa est minus comodi percepturus sit ex posteriore testamento, quoniam illa ipsa suscepti secreti ratio qua Papin. mouetur non solum non inducit, sed neque patitur, vt eadem subsistente taciti fideicommissi voluntate heredis qui fidem suam accommodauit institutio posteriore testamento minuatur. Atqui ea in specie quam nos tractamus, imminuta fuerat institutio Pompeij per posterius testamentum scilicet adiectione coheredis qui nullus erat in priore adscriptus. Sic enim fit vt qui manente priore testamento hereditatem totam habiturus fuit, non nisi dimidiam eius partem consequatur ex posteriore. Ergo si nihil nisi Papiniani verba & illius responsi sententiam inspicere volumus, consequens potius est vt in proposita specie non sit Pompeius mutatæ voluntatis probatione onerandus. Et tamen reuera ita est vt onerandus ipse sit, non fideicommissarius. † Qua igitur ratione? Noua certè, nedum à quocumque, vt arbitrator, explicata. An illa fortasse, quod hic heres non tam ex defuncti voluntate conueniatur, quam ex propria cautione? vt proinde mutatæ voluntatis probatione non eo minus conueniri possit, hæc tamen solum vt ad elidendam actionem quam summo iure contra se dandam videt, necessaria ei sit exceptio doli mali *leg. 2. §. circa. D. de doli except.* quæ porò cum non nisi æquitate nitatur, *l. 1. eod.* nulla æquitatis ratione videtur ei accommodanda, quise obligando id egit quam tum potuit vt fraudem faceret legi, *arg. l. matrem pen. in fin. D. ad S. C. Trebell.* Minime verò. Nam si ratio bona esset æquè concluderet non solum probatione mutatæ voluntatis, onerandum esse heredem quod nos admittimus, sed etiam si milles probaret mutatam voluntatem, perinde tamen futurum vt ex proprio chirographo vtiliter & efficaciter conueniri deberet: quod nos negamus, negantque Imperatores à Paulo relati & probati hoc ipso quod mutatæ voluntatis probationem exigunt ab herede. Cur enim exigerent, si nihil esset ea profutura? An fortè id vnquam agere lex solet, aut Princeps aut bonus iudex vt quæquam oneret superuacua probatione? Vtique non magis quam vt superuacua cautione, quod iniquum esse ait Vlp. in *l. hac stipulatio 14. in fin. D. ut*

D. ut lega. seu fideic. non. caue. Dicitur dum igitur est exigere nos probationem ab herede, quia licet minus commodi sentiat ex posteriore institutione quam sensurus fuerat ex posteriore, institutione quam sensurus fuerat ex priore, nec æquum sit mutatione voluntatis probata, teneri eum ex propria cautione, quippe quæ fecerit secutus tacitam illam testatoris voluntatē pro causa, qua mutata & cessante nullas quoque cautionis vires esse ipso iure oporteat. *arg. l. 1. §. si quis sub condicione eo. 11. §. l. si quis sub condicione 7. D. de condic. insti.* nulla tamen præsumptio pro eo facit, nec sumi potest coniectura mutatæ voluntatis ex eo solo quod posteriore testamento acceperit coheredem, quoniam sicuti testator non vsque adeò tacitam illius fidem secutus est, vt non etiam curauerit exigere ab eo cautionem: ita credibile est si mutasset ille voluntatem, fuisse facturum vt interposita cautio extingueretur. Id enim consequens erat naturali iuris regulæ vt taciti fideicommissi vinculum eo ipso modo quo colligatum erat dissolueretur. Atqui factum id non erat nec de cautionis iure dissoluendo quicquam à testatore rogatum aut cogitatum proponebatur. Manebat ergo integra præsumptio contra heredem, non minus quam si ex eadem aut ex maiore portione in posteriore testamento scriptus extitisset. Quod sanè secutus fuisset si Pompeius heres aut nullam cautionem taciti fideicommissi nomine, aut aliquam equidem, sed eam vltro & sponte, non etiam idipsum curante & satagente testatore emisisset. † Sequitur apud Paulum, *Atque ita Pompeius condemnatus, supple cum probare non posset mutatam voluntatem* (ideò enim quæri solet, cui onus incumbat probandi, quoniam is cui incumbit, si nihil probet, omnimodo condemnatus est etiam si aduersarius nihil ex parte sua præstet, *l. 4. C. de edend. §. commodum l. si. de interd.*) desiderabat onus esse id hereditatis oportere. Vt scilicet quemadmodum partem duntaxat dimidiam totius hereditatis habebat propter adiectum coheredem, ita & taciti fideicommissi: de quo solidum rogatus fuerat, non nisi partem præstaret. † Ratio autem qua mouebatur illa erat, quæ Paulus subiicit, *quia præceptiones non acceperat.* Cuius rationis non ille sensus est, quem malus interpres credit cum præcedentia corrupit, quasi testator in posteriore testamento ademisset Pompeio præceptiones quas ei dederat in priore. Sed is potius quem in superioribus iam indicauimus, quòd nulla subesse videretur causa propter quam totum fideicommissi taciti onus præstare deberet is qui dimidiam tantum partem hereditatis habebat, cum iniuncti fideicommissi tempore tota ei hereditas destinata relictaque fuisset. † Est enim regulare vt quod alicuius emolumentum prætextu iniunctum fuit onus, vel non debeat si emolumentum illud non detur, *l. Tutia cum testamento 34. in princ. de legat. 2. vel pro rata diminuti emolumentum ipsum etiam diminuatur. d. l. cum pater 77. §. cum existimaret eod. l. pen. D. de iur. codic.* Sicut & è contrario interdum euenit, vt per ademptionem oneris quod legato vel fideicommissio adiectum fuerat, legatum quoque aut fideicommissum ademptum intelligatur. *l. alumna 30. §. ab hereditibus. D. de adm. legat.* Tanta est inter dispositionem quamlibet, quæ onus habet, ac onus ipsum connexitas. *l. sed duobus 5. §. 1. de leg. 2. l. legatarios 22. ff. de fideic. liber.* † Subiungit Paulus, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso pronuntiauit.* Hæc verò verba sunt, quæ interpretis nostri imperitiam producent euidentiùs. Adiecit enim de suo verbum, *pronuntiauit*, cum si bonus fuisset gramicus, scribere debuisset, *pronuntiauerunt*, cum non de imperatore locutum

fit in singulari numero in precedentibus, sed de imperatoribus, iis verbis, *conuulsi imperatores.* Adiecit tamen vir minimè malus, quia putabat deesse verbum à quo regerentur cætera verba infinitiui modi quæ in eadem clausula, & præcedunt, & sequuntur, *nec posse videri, extare, per potuisse.* Animaduerte verò debet præcedere verbum *desiderabat*, à quo constriui comòdè possint, tanquam quod implicite ac vi ipsa contineat & significet idipsum quod verbum *dicebat* vel *contendebat*, vel quod aliud simile, si fuisset expressum, significasset. Deinde nec nouum esse vt cum infinitiuis vtimur, prætermittamus verbum à quo regi possint, vt cum dicimus, *Ille statim pallere, mox erubescere,* & sexcenta similia, quæ vel minimus quisque Grammaticulus subministraret. † Denique tota illa clausula, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso, nec testamentum prius extare, nec si dedisset in primo testamento ex posteriore per potuisse, nisi peritum esset*, rationes contineri quibus causam suam Pompeius non insubtiliter tuebatur, nec taciti fideicommissi, quamuis à se solo relictæ onus supra portionem suam hereditariam agnoscere & suscipere cogeretur. † Prima illa erat, quòd cum placuisset Imperatoribus testatorem in dubio non videri à priore voluntate recessisse, tamen si testamentum mutasset, adeoque Pompeium huc ex minore quam antea portione testamento posteriore heredem instituisset, illud etiam consequens videbatur, vt credendus esset in prima illa voluntate non pro parte duntaxat, sed in vniuerso perseuerasse, id est voluisse non vt totam hereditatem Pompeius haberet, à quo solo tacitum fideicommissum reliquerat, sed vt perinde ex tota hereditate fideicommissum præstaretur, ac si solus Pompeius ex priore testamento heres esset, vt adiectio coheredis si non noceat fideicommissario, pro sit saltem grauato vt non ex sola ipsius portione fideicommissum præstetur, sed ex tota hereditate, ad quam utique respexit testator? cum eum solū grauauit qui solus quoque heres scriptus erat. Alioqui videbitur induci diuisio voluntatis, nec nisi pro parte testatorem in prima voluntate perseuerasse, si totum onus præstandum sit, neque tamen ex tota hereditate, sed ex sola Pompeij non nisi semissem habentis portione. † Secunda ratio erat, quia non alio colore poterat Pompeius fideicommissi huius taciti nomine conueniri, quam quia priore testamento heres scriptus fuisset. Fideicommissa enim tacita licet in testamento non scribantur, si quando tamen præstentur ab herede qui tacitam fidem accommodauit, præstantur tanquam ab herede, quasi non minus obligatum se sentiat vt præstet quicquid promisit testatori, licet testamento id scriptum non sit, quam si aperte scriptum ritèque datum esset. Certè nec magis obligatus esse potest ad præstandum id quod scriptum non fuit, etiam si fraus facta legibus minimè detegeretur. Atqui testamentum prius quo fuerat Pompeius institutus, & quod solum testatori causam dederat vt tacito isto fideicommissio Pompeij fidem obstringeret, desit extare, ex quo secundum testamentum factum est, eoque sublata primū. Alterutrum igitur fatendum videtur, vel nullo modo manere obligatum Pompeium vt fideicommissum tacitum præstet iure primi testamenti quòd sublatum fuit, vel non nisi ex posteriore testamento obligatum videri debere, atque ita liberandum eum partis præstatione, cum eo testamento non nisi pro semisse fuerit institutus, non vt reliquæ partis iacturam faciat fideicommissarius quem iam admittimus totum confecti, *pronuntiauerunt*, cum non de imperatore locutum

cio consequi potest, hoc est totius fundi & quantitas per tacitum fideicommissum relictae dimidia portionem, sed ut reliqua illa pars ex adiecti coheredis portione detrahatur, ut quod unus heres totum deberet si solus esset, ab utroque praestetur, & ex tota hereditate cum duo fuerint instituti. † Tertia ratio erat, quia illa etiam fideicommissa quae primo testamento recte & utiliter relicta sunt, facto alio testamento non modo ex priore testamento quod sublata est peti amplius non possunt, sed neque ex posteriore etiam in quo idem heres scriptus sit qui in priore, nisi fuerit iterum ille rogatus. Quamvis minus igitur ex posteriore testamento, in quo additus sit coheres fideicommissum debet Pompeius qui eo testamento rogatus non fuit, licet fuerit aliquando rogatus, non quidem priore testamento, sed tamen tanquam heres priore illo institutus ex toto asse? Verum ratio haec vltima leuior est, quia supponit fuisse per posterius testamentum mutata voluntatem: quod falsum iamque negatum est, nisi rationem adiues & suppleas Pompeium hunc non solum rogatum non fuisse posteriore testamento, sed nec rogari potuisse ut totum fundum ex portione sua daret, cum eius partem necesse sit capere ipsum a coherede d. l. cum pater 77. in prin. & d. l. deducta §. acceptis. † Responderi tamen ad rationes istas omnes potest, futurum ut locum haberent si testamento vel priore vel posteriore Pompeius tanquam heres conueniretur, quomodo conueniri eum necesse esset si de tacito fideicommissum praestando nihil cauisset. At cum ex cautione sua conueniatur, nec probet sibi datas vllas praecipiones per quas imminui debeat hereditaria portio coheredis, nihil aliud est quod dicere possimus, quam quod placuit Imperatoribus debere praestari totum fideicommissum ab illo solo, id est, ita ut nullum in ea re sit onus coheredis qui nec expressè nec tacite fuit rogatus, & ex sola ipsius cautione, ut lex ait, hoc est ita ut ex cautione tantum non etiam ex testamento condemnatio fiat, tametsi non alio praetextu aut iure maneat efficax cautio ad agendum, quam quod mutato quoque testamento nihilomags voluntas testatoris mutata censeatur. Ergo bene Paulus noster qui quid ab Imperatoribus suis decretum & constitutum esset nihil dixerat, totam quaestionem ita concludit, *Placuit, quia non probat sibi datas praecipiones ex sola cautione solum fideicommissum praestare debere.* † Eleganter vero in Pompeium retorquet eam ipsam rationem qua Pompeius praecipue mouebatur. Putabat enim non debere se teneri nisi pro parte quia praecipiones nullas acceperat propter quas aequum videri oporteret totum fideicommissum ab eo praestari qui pro parte tantum heres esset. Imperatores vero ob hoc ipsum quod non probat sibi datas vllas praecipiones, nec iursum mutata testatoris voluntatem putarunt eum condemnandum, ut ex sola cautione sua solus totum fideicommissum praestaret. † An forte tanquam Pompeius & ex propria persona obligatus? Nequaquam, sed tanquam heres Flori. Si enim poneres posteriore testamento nulla ex parte fuisse illum a Floro institutum, nulla prorsus ratio esset cur ex sua cautione, siue in totum, siue pro parte condemnandus videretur. Sed cum heres manserit, licet pro parte tantum, condemnatur in solidum ex propria cautione, quia & in solidum cauerat, & iusta cautionis causa supererat, quantumuis modica esset hereditatis portio, quam ille ex posteriore testamento retinisset. Legis species & sententia est sanè perelegans, & in qua vix puto quemquam ex Iureconsultis nostri temporis si eadem facti

species nunc primum incidere, idè fuisse responsum quod Impp. pronunciant: nec abs re posset quis iocando suspicari apud Caesares alioqui nomini Pompeiano infestissimos, tam nocuisse isti heredi quod Pompeius nominaretur, quam quod tacitam fidem contra leges accommodasset, si iuris ratio à nobis iam sufficere explicata minus diligenter attendere.

CAPVT IV.

Emendatio l. 2. C. de transact.

SYMMARIA.

- 1 Propter litis metum transactioni locum esse, & pecuniam eo nomine promissam rectè cautam intelligi.
- 2 Cur in l. in summa 65. ff. de condic. indeb. hac diso separentur, dari quid ob transactionem, & dari quid ob causam.
- 3 Transactionem quae per collusionem, vel ob litem calumniosè institutam sit, non valere & tamen in aliqua differre.
- 4 Accursij coniectura ad verba illa eiusdem legis. 2. ex qua causa si fisco soluisse &c.
- 5 Reijctur Dorelli ad ea verba interpretatio.
- 6 Ea verba de vicesima hereditatis quae fisco soluebatur accipi non posse.
- 7 Noua horum verborum emendatio.

FRATER † cum sorore sua à qua hereditatis paternae controuersiam aliquam verebatur, transegerat nulladum lite mota, ex eaque causa cauerat certam pecuniam quantitatem ei se debere, nec tamen soluerat, sed priusquam ad solutionem virgeretur, consulabat Imperatorem, an ius haberet condicendae promissionis & obligationis, quasi sine causa factae, licet transactionis color quaesitus esset, cum nulla lis vnquam fuisset de qua transigi potuisset Rescripsit Imperator & si nulla fuisset adhuc mota quaestio hereditatis, sufficere tamen quod propter timorem litis interposita esset transactio, ut pecunia eo nomine promissa rectè cautam intelligatur. Neque id vllam apud me aut aliquem ex interpretibus habet dubitationem. Constat enim iustissimum esse titulum transactionis, nec sine causa videri datum aut promissum quod per transactionem datum aut promissum est † quamuis pro seiunctis & separatis habeatur ista. Dari quid ob transactionem, & dari quid ob causam in l. in summa 65. in princ. D. de condic. indeb. Ideo fortasse quia transactio satis idonea & sufficiens sui ipsius causa est. Nam, ut ibidem Paulus subiungit quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit ex illa parte, non reperitur cum si lis aliqua fuerit hoc ipsum quod à lite disceditur iusta transactionis causa esse videatur. Et si verò adiecimus, *Si lis aliqua fuerit* quomodo etià Paulus loquitur, non tamen casum illum excludimus, nec excludere Paulus voluit, quo nulladum lis fuerit tempore interpositae transactionis, si modò iustus potuerit subesse metus futurae litis. Quid enim hac parte potest interesse an lis praesens sit, an futura? An non perinde dubia res est de qua metui lis iusta potest? Cur verò de lite hic loquimur, nisi ut significemus dubiam esse rem & incertam de qua transigitur, quia nec de alia re fieri transactio potest, in eoque praecipue distat à pacto? l. 1. D. de transact. † Nam & inde est quod si per euidentem calumniam lis instituta proponatur, non eò magis transactio valet d. l. in summa §. 1. Tunc enim per euidentem calumniam instituta lis, dicitur, cum dubitandi ratio nulla fuit quae litis non caluniosa materiam praebere posset. A quo casu differt ille cum dicis causa mouetur lis, & perfunctorie ad hoc transactio

solum ut transactioni color quaeratur inter aliquos in alterius necem colludentes. Huiusmodi namque transactio per collusionem non per calumniam facta dici debet. Quae per calumniam fit id agit ut damnū irroget ei persona cum qua transigitur. Quae per collusionem solum vtriusque transigentis habet, ut tertio damnū inferatur Neutra valere debet, quia quod dicis causa, hoc est perfunctorie ac simulate fit, semper pro infecto habendum est l. 4. D. commod. l. 1. §. ex censantur 34. D. ad SC. Silan. l. si ex pretio 6. C. si cert. pet. Et eodem transactiones valent & ratae habentur, quae nec vi nec dolo, sed sponte ac bona fide facta sunt l. siarris 10. l. praeses provinciae 12. & seq. l. sub praetextu instrumenti 19. C. de transact. † Sed quod sequitur apud Imp. in d. l. 2. ex qua causa si fisco soluisse reperere non posses, & si non soluisse tamen iure conuenieris, quem sensum habeat difficile est explicare. Quid enim proposita species aut quaestio commune habeat cum iure fisci, ut hic de fisco tractari oporteat? Nihil prorsus, nisi cum Accursio & recentioribus nonnullis Accursium secutus suppleas successisse fisco sorori cum qua frater transegerat. Quod tamen nec sine diuinatione supplere possis, cum in praecedentibus nihil sit ex quo possis id coniectere, at ne quidè sororis mortè aut donationem suspicari, nec rursus causa aliqua fuerit propter quam de fisco potius quam de alio herede quolibet agi oporteret. † Illud verò longè improbabilius est quod Hugo Donellus, tersus alioquin & elegans Iureconsultus scripsit tractari de fisco ex hypothese, ut etiam si sorori successisset aliqua ex causa, non eò minus transactio valere deberet atque efficax esse tam ad agendum quam ad retinendum. Cur enim putaremus deteriore esse debere hac parte condicionem fisci, quam alterius cuiuslibet successoris, cum in ceteris ferè omnibus melior esse soleat? † Quod verò Iacobus Cuiacius libro 9. Obseru. cap. 24. hanc legem intelligit de vicesima hereditatis quae fisco soluebatur, nihil minus quam probabile est. Non enim soluebatur cum de paratum hereditatibus, ut in proposita specie inter fratrem & sororem agebatur, propterea quod eiusmodi hereditates parentum ex ipsorum voto, iureque naturali liberis debita crederentur. Quae etiam ratione lex Iulia de caducis erubuerat iugum imponere liberis ad tertium vsque gradum ut Iustinianus testatur in l. vnic. C. de caduc. tollend. † Dicendum igitur est mendum magnum, sed quod facile ex literarum similitudine constari potuit in verba legis irrepsisse, & pro fisco reponendum esse ilico. Hoc sensu ut cautio & promissio facta certae quantitatis ex causa transactionis condici nullomodo possit, quia siue ilico soluta fuisset ea quantitas, repeti postea non posset, siue soluta non esset, peti utiliter posset ac sine vllius exceptionis metu. Consequens igitur est ut obligatio etiam utiliter facta contractaque intelligi debeat, ob idque nec condici possit, quomodo posset vti que si vel ex nulla vel ex falsa vel ex iniusta causa frater sorori cauisse proponeretur. Tam aperta verò est haec emendatio, & prima etiam fronte tam probabilis, ut in ea comprobanda diutius immorandum nobis esse non arbitremur.

CAPVT V.

Emendatio l. haec Scriptura 26. D. de cond. & demonst.

SYMMARIA.

- 1 Scripturam illam initio legis propositam non vnam conditionem duas partes habentem, sed duas condiciones continere.

- 2 Cuiacij ad eandem scripturam emendatio.
- 3 Proponitur simplex conditio duas partes habens.
- 4 Quomodo simplex illa conditio, si iurauerit se aliquid facturum, duas partes habere possit?
- 5 Unica illa conditio, si iurauerit se monumentum facturum, duas partes contineri.
- 6 Res aliarum legum exemplis illustratur.
- 7 Conuenientia d. l. haec scriptura cum l. 8. §. quoties. ff. de condit. instit.
- 8 Confirmatio emendationis à Cuiacio superius proposita.
- 9 Verba illa, si iurauerit se decem daturum, aut monumentum facturum, exempla vnius eiusdemque conditionis esse.
- 10 Cur in d. l. scriptura Iulianus distinguat, an duplex conditio sit, an vna tantum quae duas habeat partes.
- 11 Duplici condicione disjunctim & alternatim adscripta, sufficere si alterutra impleatur.
- 12 Institutum sub duabus his alternatiuis conditionibus, si Titio decem dederis, aut iuraueris te coniugem tuam occisurum, hac a Praetore remissa, heredem esse posse licet alteram non impleuerit.
- 13 Explicatur §. si quis sub iurifurandi. l. quae sub conditione. ff. de condit. instit.
- 14 Longè diuersam esse praecedentis paragraphi rationem.
- 15 Siue duas condiciones coniunctim iunctae sint, siue vnam tantum duas habens partes, vel vtramque conditionem, vel conditionis partem aut impleri aut remitti oportere.

Vulgata † lectio sic habet, *Haec scriptura, si viginti dedit aut iurauerit se aliquid facturum vnam condicionem exprimit habentem duas partes.* Hoc verò falsum est. Duplicem enim condicionem haec scriptura exprimit, non vnam habentem duas partes. Prior conditio illa est *si dederit viginti* Posterior autem disjunctim & alternatiue subiuncta *si iurauerit se aliquid facturum.* Idque iam ante nos Iacobus Cuiacius lib. 5. Obser. ca. 1. felicissimè & ingeniosissimè, ut alia penè innumera obseruauit. † Mendum tamen vulgatae lectionis non satis feliciter ut arbitror, emendauit. Putat enim sic legendum, *si iurauerit se viginti daturum, aut aliquid facturum,* nec animaduertit quod meo iudicio per te notissimum est, hoc quoque casu duas esse condiciones non vnam duntaxat quae duas partes habeat. Et si enim tota haec clausula non nisi vno verbo *iurauerit*, vnicoque articulo illo *si*, qui conditione facit, perficitur, idem tamen verbum tacite repetendum est, idemque articulus, ut non minus secunda quam prima conditio bonum habeat sensum. Quid enim refert an scriptura ita vti ex Cuiacio diximus concepta sit, an hoc potius modo *si iurauerit se viginti daturum, aut si iurauerit se aliquid facturum?* An non idem vtriusque formulæ sensus est? Et tamen quis negauerit posteriore scriptura duas exprimi condiciones? Ergo & priore, noua igitur formula verborumque conceptio quaerenda est per quam fiat ut verè dici possit non duas esse condiciones, sed vnam duntaxat, quamuis duas habentem partes. † Eam verò facile inueniemus si sic legemus *si iurauerit se aliquid facturum.* Nemo enim dixeris his verbis tam simplicibus, & praecisis duas condiciones vllò casu, vllòque modo contineri. Vna tantum est quam nec paucioribus verbis exprimere possis. In eoque non puto quenquam reperiri posse adeò imperitum qui à me sit dissensus. † Sed facile omnes quaerent quomodo aut quo sensu possit fieri ut haec conditio tam simplex duas partes habeat, & quoniam illa sint. Hoc enim vnum est quod antiqui interpretè primum sefellit, & ut ita dicam, coegit, ut perelegans Iuliani responsum corrumpere,

tamen placuit ad aliud non teneri legatarium nisi ut
 quas contra heredem actiones habet eas præstet, ut &
 aliàs euenire solet quoties non ob aliam causam al-
 teri quis tenetur quàm quòd actiones habeat, *l. quod*
in diem 16. §. ult. l. in rem veniunt 20. §. ait Senatus D. de pe-
rit. hered. l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul. † Denique
 generale & perpetuum est ut fideicommissum quod
 à legatario relinquitur ita demum ab eo debeat si
 legatum ad eum peruenerit, *l. si fideicommissum 78. De*
legat. 1. Ne scilicet aliter posito iure fiat ut legatum
 damnosum sit legatario, quod esse numquam debet, *l.*
si hereditatem 32. D. mandat. † Quid ergo inquit Papi-
 nianus, si non totum sed partem legati relictæ resti-
 tuere rogatus abstinuit eo? Vtrum actionibus suis in
 totum cogetur cedere, an verò non nisi ad eam quan-
 titatem quæ fideicommissio continetur? Ratio hoc po-
 sterius suadet, quia licet nihil videatur interesse lega-
 tario qui abstinet à toto legato, nec iniquum videri
 possit hoc saltem consequi fideicommissarium quod
 sine legatario dispendio futurum sit *arg. l. in creditore.*
38. ff. de eniçt. quæ fronte tamen fideicommissarius cui
 pars tantum legati fundi relictæ est per fideicommis-
 sum petere possit actiones sibi præstari integras & in
 totum? Prius. n. semper de illo querendum est, An &
 quatenus intersit actoris, quàm respiciendum sit ad
 personam eius qui conuenitur, vtrum & quatenus ip-
 sius quoque intersit. † Notandum autem est loqui
 Papinianum de legatario qui legato abstinerit, non
 qui legatum repudiauerit. Sunt. n. ista longè differen-
 tiã, Cumque per repudiationem amittatur legatum,
 ita ut ei qui repudiavit nulla pro legato superesse pos-
 sit actio cõtra heredem, consequens est ut non nisi fru-
 stra & inutiliter cõdèrari eo casu legatarius possit ad
 præstandas fideicommissario actiones quas ipse amplius
 nullas habeat, ut dici solet de creditore cui fideiusor
 aut mādator soluit nullo præcedente aut incontinenti
 subsecuto pacto credendarum actionum, *l. ut fideiusor 39.*
ff. de fideius. l. Modestinus 76. D. de solut. † Nam si ei ve-
 lis imputare cur repudiauerit legatum cuius partem ex
 fideicommissio restituere debebat, non ideo tamè facies
 ut possit aut debeat cedere actione quam non habet,
 quia impossibil. ù nulla obligatio est, at nec illud rur-
 sus ut condemnandus sit tantum præstare fideicommis-
 sario, quantum ille ex actione cessa consequi potuisset,
 quasi qui dolo malo & in necè fideicommissarii repu-
 diauerit legatum atque ita facto suo deserit habere
 quod cedere possit ac deberet. Nā præter id quod in-
 uitus nemo legatum agnoscere cogitur siue sui siue a-
 lieni cõpendij causa & consequenter nihil dolo malo
 fecisse videri potest qui iure communi vsus est, cõstat
 etiam nihil fideicommissarii interesse, siquidè repudiante
 legatario futurum est ut legatum remaneat penes here-
 dem cum suo onere fideicommissi scilicet à legatario
 relictæ, *l. si ab eo 9. D. de vsu legat. Dices, † Cur ergo le-*
 gatarium condèrandus, ut etiam si abstinerit legato,
 suas tamen actiones fideicommissario præstare cogatur?
 Respondeo, quia legato abstinerere, non illud est, repu-
 diare legatum, sed tantum illud nõ petere. Quod ipsum
 non sufficit ut remaneat penes heredem cum onere suo.
 Quandiu .n. repudiatum non est peti per legatarium
 potest. Ideoque cum nec interim actio vlla sit fidei-
 commissario contra heredem qui non fuit rogatus, nec
 quicquam prohibeat quominus legatarius præstet ac-
 tionem quã adhuc habet pro legato, licet ipsum le-
 gatium non habeat, diximus esse illum condèrandum
 ad hoc saltè ut eas ipsas actiones quas habet præstet.
 † Quid si legatum perceperit? Nõ amplius ex causa fi-
 deicommissi soluere cogendus erit, quàm recipit, ut Pa-

pinianus ait. Nec. n. potest ei imputari cur legatum
 gnouerit quod sciuit aut scire potuit plus incomodi,
 quàm cõmodi habiturum. Cum è contrario scire &
 credere debuerit, ita iure comparatum esse ut grauati
 legatarius numquã per fideicommissum possit supra
 quàm ex legato perceperit, & in superfluo prorsus est
 inutile fideicommissum. *§. hoc solum Inst. de sing. reb.*
per fideic. relict. l. 1. §. si is qui quadringenta. l. ex facto 17.
§. non tantum. D. ad S. C. Trebell. Sicet. n. recipiendum
 non est ut cui nihil dederis eum rogando obliges, *l. sed*
etsi 6. in fin. de legat. 3. l. ab eo 9. C. de fideic. ita nec ut in
 plus eum obliges quàm ipsi dederis. † Adeo vt etiam magni
 aliquid à te acceperit quod tamè pecuniaria aestima-
 tionem nullam recipiat, puta libertatem, nullo tamen
 fideicommissio pecuniario grauari possit, *l. planè si fi-*
lium 94. §. ult. D. de legat. 1. Ne alioqui paulatim dici
 posse incipiat, cogendum eum præstare fideicommis-
 sum quantacũque quantitatis, ob id solum quod ab
 eodem testatore acceperit rem infinitæ æstimationis,
 cuiusmodi est libertas *l. non est singulis 176. §. infirma.*
De reg. iur. Quo etiam pertinet quod scriptum est in
l. non amplius 26. De legat. 1. non amplius legatorum
 nomine videri ad quemquã peruenerit quã superstiti de-
 ducto etiã eo quod implenda conditionis causa præ-
 stare iustus fuit. † Inde Papinianus querit, si centum le-
 gatis rogatus sit legatarius duplum restituere, hoc est
 duceta, An valeat fideicommissum ad summã vsque le-
 gatam, an porius inutile sit in totum, tanquam quod
 neq; valere possit eo modo quo testator noluit, obsta-
 re nimirum iuris ratione: Neque eo rursus modo
 quo possit quia testator noluit. Numerus. n. ducento-
 rum, quem ex fideicommissio relictum ponimus, vnicus
 numerus est, qui non nisi ducentesimi nummi vnitate
 perficitur, ea eaque formã suam accipit, si philosophis
 vt par est credimus. Sed tamen magis probat Papinia-
 nus, vt ad summã vsque legati videatur fideicommis-
 sum constituisse. Sic enim legere malo, quam vt vulgo
 constituisse, etsi vulgata quoque lectio defendi non in-
 commodè potest eo sensu vt testator qui cõtum lega-
 tis reliquit à legatario ducenta, multò magis ad cen-
 tum saltem vsque fideicommissum reliquisse intelligat-
 ur. † Nã & illud quod passim solemus dicere in ma-
 iori summa minorem inesse si non formaliter vt ali-
 quid philosophis largiamur saltem virtualiter & in
 effectu *l. 1. §. si stipulanti D. de verb. obligat. l. cum furi*
9. D. de in lit. iur. l. diem proferre 27. §. si plures. De recept.
qui arbit. l. quoties 9. §. sed si maiorem D. de hered. insti.
 In dubio autem si de legati viribus queratur, ea po-
 tius interpretatio capienda est quæ faciat vt legatum
 valeat, quàm vt pereat, cum & ea credatur fuisse vo-
 luntas testatoris *arg. l. 3. D. de testam. mulit. l. Lucius 88.*
alias l. codicillis. §. ult. D. de legat. 2. † Subiicit Papinia-
nus Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, vsu-
rarum duntaxat additamentum admittetur. Quarum verò
 vsurarum? An fortè quas legatarius ipse ab herede
 perceperit? Minimè. Non enim ponimus factam esse
 ab herede moram in legato soluendo, legati autem
 vsuras certum est nisi à die moræ nullas deberi vt
 nec fideicommissi *l. Titia Sero 87. §. vsuras & l. si quis*
seruo 84. eod. tit. De legat. 2. l. 3. in prin. D. de vsur. An po-
 tius quas legatarius perceperit ab alio quàm ab here-
 de, vt puta ab eo cui pecuniam sibi legatum solutam-
 que dederit per aliquot annos vtendam? Ne id qui-
 dem. Quid enim si in arca & ociosam semper eam pe-
 nes se habuerit? Vtique non eo minus fideicommis-
 sum certæ quantitatis vsurarum additamento auge-
 bitur, Id est ita vt fideicommissum istud præstare le-
 gatarius teneatur, non tantum ad eam vsque quantita-

tem quæ fuit legata, sed computato etiam commodo
 quod ex medij temporis interuallum accedere legata-
 rio potuit, licet re vera nullum accesserit. Itaq; si po-
 nas eum cui legata fuerunt purè cõtum, rogatum esse
 sibi post decennium restituere ducenta, medio autem
 tempore siue ex vsu siue ex vsuris legati potuisse eum
 consequi quinquaginta, neque centum duntaxat re-
 stituet quamuis centum duntaxat sint in legato, neq;
 ducenta ne plus ei damni adferat legatum, quàm cõ-
 modi, sed centum & quinquaginta. Quoniam si non
 ex ipso legato solo, saltem occasione legati tantundè
 ex iudicio & liberalitate aut saltem ex re testatoris
 percepisse intelligitur. Semper enim medij temporis
 ratio habetur quoties queritur quid & quantum sit
 in legato *l. debitor 82. eo. tit. de legat. 2. l. verbis 5. D. ad l.*
falcid. Sufficit namq; quod patrifamilias diligenti po-
 tuerit commodum illud iure licitèq; contingere pro-
 pter legatum, licet huic legatario parũ fortassis indu-
 strio nimisque negligenti non ita contigerit. † An igitur
 similiter dicemus, si fortè legato percepto hic le-
 gatarius magnam emolumentum ex negotio alio quo cõ-
 secutus sit, aut pœnam stipulationis imminentem eu-
 uaserit eum ad ducenta vsque præstaturum? Hoc verò
 Pap. negat & rectè, quoniam emolumentum aliud nimis
 alienum & distans est à legato nec circa re ipsam ver-
 saturum vt in *l. si sterilis 2. §. cum per venditorem. ff. de act.*
empr. sed hac ita, inquit ille, si quantitas cum quantitate
conferatur, id est, si pecuniarum legatum sit, & pecu-
niarum quoque fideicommissum. † Enumero si pecunia ac-
cepta rogatus quis sit rem propriam quanquam maioris
preij restituere non est audiendus legatarius legato per-
cepto si veli computare, hoc est inire æstimationem rei
 suæ quam per fideicommissum restituere rogatus fuit,
 vt in ea æstimatione sciri possit an plus minùve
 sit in legato quàm in fideicommissio. *Non enim equitas*
hoc probare patitur, ait Papinianus. Sed cur ita? Non a-
 perit. Ratio tamen diuersitatis non obscura illa est,
 quòd species nullam certam habeat æstimationem, sed
 pro temporum ac locorum varietate & venditorum
 emptorumque arbitrio contentiente mutabilè, præ-
 fertim verò si venditor siue iusta aliqua de causa siue
 per stultitiam suam minoris æstimare rem suam velit
 quàm sit. Quid. n. vetat eum cui legata fuerint centum
 duntaxat si rogatus sit alteri restituere fundum ducen-
 tis dignum, imalle tamè habere centum quam fundum,
 imputet ergo sibi qui legatum agnoscendo tanti nec
 pluris rem suam æstimauerit. † At si quantitas cum
 quantitate conferatur, non idem euenire dicere po-
 test. Quis. n. tam stultus & supinus est, vt citra cõpu-
 tationem non possit dicere an plus quàm acceperit
 restituere iustus sit is, qui non nisi centum acceptis du-
 centa restituere iustus fuit? Aut vt sua putet interesse
 centum habere potius quàm ducenta? Nam cum pecu-
 nia quælibet recipiat in suo genere functionem, nullo
 prorsus casu euenire potest, vt in pluris sint ducenta,
 quàm centum eiusdem generis nummorum: quod in
 rei cuiusque precio longè diuersum est, cum precium
 nec res ipsa sit, nec quid simile, nec denique ex re, sed
 tantum ex cogitatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de*
hered. vel act. vendit. † Subiungit tamè Papinianus per
 modum & speciatim conditionis, hoc ipsum quod modò
 diximus, æquitate non pati vt audiendus sit legatari-
 us pecuniæ grauatus de fundo restituendo si perce-
 pte legato velit computare, sic accipiendum esse, si
 quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. Se-
 cundum quam lectionem si recta non est, nõ alius Papi-
 niani sensus esse potest, quàm vt nihilò magis audiendus
 sit legatarius, quia omnia quæ legatorum nomine

perceperit, fideicommissario restituere sit paratus.
 Quod tamè non solum inconcinne scriptum est, si præ-
 cedentia inspicias (nam pro si scribendum erat, etiam-
 si, aut nec si) sed etiam perperam & falso. Neque. n. du-
 bito, quin huic legatario qui pro centum sibi legatis
 rem suam ducentis digna alteri ex fideicommissio resti-
 tuere iustus est, licere debeat post acceptum quoque le-
 gatium exuere se & liberare ab obligatione præstandi
 fideicommissi, offerendo id omne quod ex legato &
 propter legatum perceperit. Vtrūque enim eleganter &
 breuiter suo more Papinianus expressit iis verbis, *le-*
gatorum nomine. † Nec aliter facere possis, vt Papiniani
 sententia conueniat cum eo, quod toties diximus, Fieri
 nõquam posse vt propter legatum in plus quis one-
 retur, quàm acceperit nomine legati, quàm si textum
 hunc emendes, & quàm facile mendum irrepit in
 textum scripto si pro nisi, eadem facilitate, sed maiori
 felicitate pro si reponas nisi. Quo facto sensus erit &
 elegans & verus, non quidem esse audiendum legatari-
 um, si accepto legato pecuniario velit computare
 quanti sit reuera fundus, ne ex fideicommissio eum totum
 præstare cõpellatur, sed id exceptionem vnã habere,
 nisi quod legatorum nomine perceperit, offerat fidei-
 commissario. Hoc enim casu adiri eum debere, quia ni-
 hil aliud ab eo sit exigendum, nisi vt nihil cõmodi ex
 legato retineat, si fideicommissum præstare nolit, non
 etiam vt legati nomine vel minimũ sentiat & incur-
 rat damnum. Porro nullũ sentire ex legato lucrũ po-
 test legatarius qui paratus sit restituere quicquid le-
 gati nomine perceperit. Idque tam apertum est iudicio
 meo, vt nihil dici possit apertius. Cetera quæ in ea-
 dem lege apud Papinianum sequuntur partim nullæ
 egent interpretatione, partim à nobis alio fortassis
 loco commodius explicabuntur.

CAPVT VIII.

Emendatio l. i. C. de ordin. iudic.

SVM MARIA.

- 1 *Causam status ad cognitionem Præsidis prouincie per-*
tinere contra huius legis verba aperta probatur.
- 2 *Verba illa, neque enim impedit notionem eius. in*
d. l. i. de præside prouincie accipi nullo modo posse.
- 3 *Diomysium Gothofredum primum in hac lege mendam*
obseruasse & indicasse.
- 4 *Eiusdem emendatio ad prima illa legis verba Adite*
præsidentem prouincie examnatur.
- 5 *Veteres ICtos & Imperatores elegantiores studiosos iudi-*
cem delegatum pro dato vel addito indice nun-
quam dixisse.
- 6 *Delegatum iudicem pro dato vel addito à posterioribus*
tantum Imperatoribus & Interpretibus dici ceppisso.
- 7 *Multum interesse an index delegatus sit, an vero es*
mandata sit iurisdictioni.
- 8 *Non potuisse in d. l. i. fieri, vt non adiuo prius præside iu-*
dex qui quam esset delegatus, quem adire litigatores
possent.
- 9 *An iuxta Gothofredi emendationem per iudicem dele-*
gatum in d. l. i. intelligi possit qui a præside manda-
tam habet iurisdictionem.
- 10 *Ea emendatione & interpretatione subsistente illud con-*
sequens fore, vt index à Præside delegatus non minus
quàm Præsides ipse de causa status cognoscere possit.
- 11 *Alia eiusdem legis emendatio.*
- 12 *Nona auctoritas ad hunc locum emendatio.*
- 13 *Iudices à superioribus magistratibus post litem demum*
eomestatem datos fuisse.

14 Imperatores in huius legis specie de causa rupti testamenti apud iudices a Præside, non apud Præsidentem ipsum tractanda sensisse.

15 Verbum docete in d.l. quam vim habeat?

16 Ratio in fine legis posita alio iuris loco confirmatur.

Rescripti verba hæc sunt, *Adite præsidem provincie, & ruptum esse testamentum Fabij præsentis agnatione filij docete. Neque enim impedit novationem eius quod status questio in cognitionem vertitur, etsi super causa status cognoscere non possit.* Quib. verbis apertissime illud exprimitur causam status ad cognitionem præsidis provincie minimè pertinere. Quod tamen tam evidenter falsum est ut nihil magis. Cõstat enim causam status quæ & liberalis causa dicitur, maiores iudices semper habuisse haberique debuisse favore libertatis, non distinguimus 32. §. de liberali D. de recept. qui arbit. Ad eò ut quamvis hodie ex constitutione Diocletiani & Maximiani in l. 2. C. de pedan. indicib. iubeantur præsidēs in quibus causis ipsi antea iudices dare solebant propria notionis examen adhibere, sub eà tamen exceptione nisi propter occupationes publicas vel causarum multitudinem impediatur ne possint ipsi cognoscere ut eo casu etiamnum iudicis dandi habeant potestatem, eadem nihilominus constitutione excepta sit causa status, id est, ut lex distinguat causa ingenuitatis & libertinitatis, de qua perinde ac antea ipsi omnino iudicandum habeant. Quis enim maior iudex libertatis esse potest, quam præses provincie, qui in provincia sua imperiū habet maius omnibus post Principem l. 4. D. de offi. præsid. Vicissim verò quænam maior causa tractari potest apud præsidem quam libertatis? quæ & cæteris rebus favorabilior dicitur, & infinitam, hoc est nullam habere estimationem? l. libertas 106. libertas 122. l. non est singulis 176. §. infinita de reg. iur. Itaque negari non potest, quin fuerit ea vera & propria cognitio præsidis, quod & scriptum est in l. cum sitatus 5. C. de offi. cogn. Ergo verba illa, *neque enim impedit notionem eius*, & quæ sequuntur de præside provincie intelligi nullo modo possunt. Sed necessariò referenda sunt ad iudicem pedaneum, quem aditus præses provincie dederit pro hereditate de qua inter litigatores disceptabatur: ut manifestè illud probat, quod in eadem lege subiungitur. *Pertinet enim ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem questionem que in iudicium devocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.* Neque hoc vllam recipere dubitationem potest, si rescripti sententia ex iuris ratione estimetur, & ad eà, ut semper faciendū est, accommodetur. Sed dubitatio ex eo tota nascitur quod in præcedentibus nihil est dictū de iudice, nec quod facere vel pati possit, ut dictio eius quæ modum hunc inducit, ad alium, quam ad præsidem provincie de quo solo prius actū fuerat, referatur. Proinde dubitandum non est quin locus sit emendandus. In eòq; ut & in aliis pleriq; assensio libentissime viro doctissimo, & de libris nostris, iurisque studiosis omnibus, optimè merito Dionysio Gothofredo, quem honoris causa nomino, & cuius immensis laboribus tantū me studiæque mea debere sentio, ac profiteor ingenuè, quātum vix alius quisquam ex iis omnibus in quorū manus lucubrationes ipsius pervenerunt. Is primus quem viderim, ut est in iuris nostri principiis adprimè versatus, mendam obseruavit, indicavit, & quomodo emendari posse existimaret, docuit. Putat autem erratum fuisse in primis verbis legis, & pro eo quod legitur, *Adite præsidem provincie*, reponendum esse, *adite præsidis provincie delegatum.* Quæ lectio si admittatur, omnem hæc sanè quam di-

ximus difficultatis & dubitationis materiā tollit. Sed vereor ne emendatio minus sit probabilis, quam ut satisfacere omnib. possit. Primum, n. vix reperias vllō Pandectarū loco, at ne quidem in priorum Imp. constitutionibus inter quos pono Seuerū & Antoninum, quorum hæc lex est, qui; rescriptis suis omnib. elegantia plurimum inesse voluerunt, iudicē delegatum dici eū qui à præside datus sit, aut alio vllō sensu, sed de iudice dato vel addicto semper locuti fuerūt iureconsulti. Numquam de delegando aut delegato, nisi cum de ea specie novationis egerūt quæ proprio nomine delegatio appellatur. Est quidē iudicis delegati nomen ad hunc sensum hodie accommodatū, sed ex posteriorum Imperatorum quos minus distos fuisse scimus, constitutionib. inductum, l. a iudice 5. C. de iudic. quæ est Imp. Gordiani. l. vnic. C. qui pro sua iurisdictio. dare datur poss. quæ est Imp. Theodosij & Valentiniani. Postea verò ab interpretibus nostris, quorum barbaries fecit ut minus elegantia ferè semper habuerint pro melioribus frequentissime vsurpatum fuit, præsertim quoties tractarunt de mandanda vel mandata iurisdictione. Quod enim prudentes nostri semper dixerunt mandanda iurisdictionem vel mandata, interpretes nostri dicunt vulgò deleganda vel delegata. Et quod illi iudicem datum, isti passim delegatum appellant. Quæ tamen res parū curanda esset, ne de verbis tantū disputare videremur, nisi inde factū tādē esset, quod multo gravius est, ut quæ admodum & ei cui mandata iurisdictione est, & iudici dato delegati nomen accommodant, ita & nihil putent interesse, an de hoc an de illo agamus, neque distinguant utrū de mandata vel mandata iurisdictione agamus, an de iudice vel dando vel dato. Cū tamē tā inter se hæc distent quàm iurisdictione & iudicium, ius dicere & iudicare. De quo quia & scripsimus alibi, & Deo adiuuante, copiosius scribemus, pertinet q; ad tractatū de iurisdictione; plura nūc dicere necesse nō est, sicut nec curiosius inuestigare an à Procōsulibus legato ista delegati appellatio deriuata sit, an ab ea potius novationis specie, per quā fit ut mutetur persona creditoris & alius in alterius locū substituat. Scūdō difficile est, ut quicquā immutandū sit in primis illis verbis, *adite præsidem provincie*. Est enim ille omnino ad eundem, vel ob hoc ipsum ut iudicem dare & si sic loqui malis, delegare possit. Non: n. dabatur iudices, siue à prætore, aliisue maioribus magistratibus in vrbe, siue à præside aut proconsule, in provinciis nisi post litē contestatam, litis autem contestatio fiebat apud magistratū, à cuius autoritate, & dignitate id distaxat alienum videbatur ut de facto cognosceret, si quando facti nō iuris cōtrouersia incidisset. Quæ porò facti quæstio non prius emergit quàm eueniat ut ex litigatoribus alter neget quod alius adfirmat, quod ipsum fit in ipso actu contestationis litis non antea l. vni. C. de lit. com. est. Itaq; fieri nō poterat ut non adito prius præside iudex quisquam esset delegatus, quem adire litigatores possent. Præsertim cum non sit credibile, quod fuissent illi adituri Imperatores quorum hæc lex est, ut quem iudiciorū ordinē sequi deberent, intelligerent, si ita tum præsidem provincie adissent. Quod si præsidis provincie delegatum velis fortasse cum interpretibus eum intelligere, qui ab ipso præside mandata habeat iurisdictionē, assequeris quidē ut præses provincie ad eundem nō sit, qui iurisdictionem suam alteri mandauerit, sed non ideo facias ut mandataris ille, & delegatus de causa status cognoscere non debeat, aut è contrario, ut de petitione hereditatis cognoscere ipse possit, ac non potius debeat iudicem

iudicem dare, secundum ius illud quod Seueri & Antonini temporib. & ante supradictam Diocletiani & Maximiani constitutionem obtinebat. Constat. n. eum qui ab alio mandata, est iurisdictione, siue tota, siue proparte, siue publica persona sit, siue priuata, fungi potest, siue mandauit non suis, l. etsi prætor. 3. de offic. iudic. cui mandata est iurisd. l. solet prætor. 16. ff. de iurisd. Et ideo de iis causis cognoscere & posse debere, de quibus ille ipse qui mandauit cognoscere & posse, & deberet, de aliis verò nec si velit cognoscere per se posse, de quibus ei qui mandauit, & cuius propria iurisdictione est iudicem dare iuberetur. Cui consequens esset, ut nihil referret, an ita scriptum esset, *adite præsidem provincie*, an ita quomodo vir doctissimus emendat, *adite præsidis provincie delegatum*, hoc sensu, ut delegatum pro iurisdictionis mandatario acciperemus. Equæ enim falsum esset non posse illum de causa status cognoscere, falsum quoque posse illum iudicare de petitione hereditatis. Tentabam aliquando an ita posset locus emendari ut pro eius legeremus iudicem, quem scilicet ex solito iudiciorum ordine à præside provincie datum fuisse ponendum esset. At neque mihi probabilis est hæc emendatio, non solum quod multo facilius credi possit per imperitiam liberarij aliquid omissum fuisse quam in eo peccatum ut scriberet *eius* pro *iudicis*, sed etiam quia cum præcedentia meminerint præsidis tantum, non etiam iudicis dati, prorsus absolum & inconueniens est, ut hoc loco *iudicis* non *eius* scripserint Imp. Quamnam igitur emendandi rationem probabiliorem excogitabimus? Nam de sententia legis mihi planè liquet, ac omnino conuenit cum Gothofredo Nihil possum probabilius suspicari retentis illis verbis, *adite præsidem provincie*, retentaque dictione *eius*, quam aliqua desint verba intermedia quæ de iudice dato vel accepto fecerint mentionem. Proinde sic malo legere, *Adite præsidem provincie, & accepto iudice ruptum esse testamentum Fabij præsentis agnatione filij docete.* Nam & in l. seq. quæ est eiusdem Imp. Antonini scriptum video iisdē ferè verbis, eodem certè sensu, *adite præsidem provincie, & accepto familiae erciscunda iudicio experire.* Idque etiam ipse tituli sensus demonstrat. Nam ad veterem iudiciorum ordinē intelligendum illud maximè pertinet, ut sciamus adeundos prius fuisse magistratus, tum ab iis accipiendos iudices post litem, ut diximus, contestatam, & ad facti disceptionem dirimendam. Estque longè diuersum, de ordine iudiciorum disputare, & de ordine cognitionum, de quo hanc ob causam separatus quoque titulus est. In proposita autem specie non sensisse Imp. de tractanda causa rupti testamenti apud præsidem provincie, sed apud iudicem eo nomine à præside datum præter ea quæ iam diximus, ex eo quoque intelligi potest, quod Imp. vtuntur eo verbo *docete*. Docere enim quid aliud est quam probare? Porò ea tantum quæ facti sunt probari volunt Imp. & quotquot sunt docti iudices nō illa etiam quæ sunt iuris. Ius enim semper certum est apud eos qui neque iuris neque facti ignorantia peccant. At de iis quæ facti sunt extra causam libertatis, & alias nonnullas quarum favor priuilegio digna videbatur, Præsides, ut monuimus, cognoscere non poterant, sed iudices dabant. Necessè igitur fuit, ut ante verbum *docete*, locuti sint Imperatores de iudice dato, neque per incuriam aut in scitia prætermiserint quod librarius prætermisit. Reliqua quæ ad legis sententiam pertinent, tam verè, appositè, & eleganter expressit Gothofredus, ut non egeat nostra assertione. Nostri enim neque muneris, neque moris est nostra facere

aut pro nostris venditare quæ sciamus esse aliena, & quæ ex aliis melius ac commodius quam ex nobis dici possint, sed quantum possumus & debemus, agimus candidè, ut incauti, negligentes & imperiti, denique aliud quilibet potius quam plagarij videamur. Nec puto quisquam aliter iam de nobis sentit. Illud tantum addo, rationem positam in postremis illis verbis legis, *quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat*, confirmari posse non malè ex eo quod Caius scribit in l. 1. D. famul. ercisc. Si vno ex coheredibus agente familiae erciscundæ & nihil possidente alijs qui totam hereditatem possidet, neget cum libi coherede esse posse actorem excludi per hanc exceptionem, *si in eare de qua agitur præiudicium hereditarij non fiat.* Sed si possideat actor eam partem licet negetur esse coheres, nun nocere talem exceptionem. An hoc sensu ut reiicienda sit exceptio? minimè, sed ut ipse iudex apud quem agitur hoc iudicium familiae erciscundæ cognoscat an coheres sit, necne: quamvis datus iudex sit tanquā inter coheredes non ut de iplo cognosceret, vtrum essent coheredes, ut in l. cum putarem. 36. D. eod. tit. famul. erciscun. Quid ergo? An non pronunciat actori coheredem non esse? Nequaquā, cum de hoc iudex datus non sit, nec magis ei licet cognoscere de ea de re de qua datus non sit, quam in specie leg. 1. C. de ordin. iudic. de causa status de qua nec datus sit, nec dari potuerit, sed id tantum, curabit ut huic actori qui coheres non sit neque a iudice quicquam, neque aduersarium ei condemnet, in quibus duobus præcipue versatur totum officium arbitri familiae erciscundæ. Itaque licet non pronunciet coheredem eum non esse, incidenter tamen examinata causa vtrum coheres sit necne, non a iter arbitratur aut præcipit quam si iam pronunciatum videret coheredem illū non esse.

CAPVT IX.

Explicatur & emendatur l. tutor decedens. 26. D. de liberat. legat.

SVMARIA.

- 1 Species & questio huius legis, & Scenula ad eam responsum.
- 2 Tres esse eius responsi partes.
- 3 Rationem non pari ut pupillus & legatum quod in vicem actionis tutela datum fuerat percipiat, & ipsam tutelam actionem aduersus testatoris quondam tutoris heredes retineat & exerceat. Vbi de prima huius responsi parte.
- 4 Cur eo casu doli mali exceptio heredibus necessaria sit, nec ipso iure ab actione tutela liberentur?
- 5 Alia ratio propter quam tacita voluntas pupilli legatum percipientis ab heredibus iuris, heredes ipso iure liberare non possit?
- 6 Pupillum qui tutoris heredes ritè liberauit, conditionem adscriptam plenissime satisfecisse.
- 7 Conditionem a pupillo, quod ad liberationem heredum, impletam non videri si iis tantum de non exigenda tutela ratione canerit.
- 8 Cur doli mali exceptio heredibus tutoris necessaria sit, cum per indebiti conditionem sibi consulere possint, videantur?
- 9 Quoties ante impletam conditionem solutum est, quod sub conditione debebatur, conditionem indebiti nobis aliter locum esse quam si per errorem solutio facta sit.
- 10 Secunda pars responsi de optione pupillo danda examinatur.
- 11 Pupillum in proposita legis specie per actionem tutelam plus consequi potuisse, quam ex legato consecutus esset.

- 12 Ratio propter quam Scauola in hac lege pupillo legato electionem tribuit restituendi quod ex legato consecutus est, ut actionem tutela exerceat.
- 13 Non atatis fauore, sed mera iuris ratione pupillo legato licere post agnitionem tutelae actionem instituire, & quod ex legati causa acceperat restituere.
- 14 Cur pupillo, si malit, liceat legatum illud cuius conditio defecit inuitis tutoris heredibus reuocare?
- 15 Liberatis per acceptilationem tutoris heredibus pupillum legatarium non posse reddito legato tutelae actionem aduersus eos exercere.
- 16 Neuro casu distinguendum esse an pupillus minorve viginti quinque annis, an vero maior legatarius sit.
- 17 In quo melior sit conditio pupilli alteriusve minoris, quam maioris qui liberationem praestitit?
- 18 An, si a pupillo vel minore praestita sit cautio Mutiana de tutela nunquam exigenda, tutela actione legati commodum non excedente liceat illis relicto legato iam agnito tutelae actionem aduersus tutoris heredes exercere.
- 19 Liberationis conditionem per aequipollens impleri posse.
- 20 Verba illa, quod ei atatis beneficio indulgendum est, Scauola adscribi non posse.
- 21 Pupilli appellationem in d. l. tutor. & aliis iuris locis ad maiorem referri qui in alterius tutela aliquando fuerit.

Tutor ꝑ decedens aliis heredibus scriptis pupillo suo, cuius tutelam gesserat, tertiam partem bonorum dari voluerat, sub ea condicione si heredibus suis tutelae causa controuersiam non faceret, sed omnes eo nomine liberaret. Pupillus legatum praetulerat & acceperat, nec eo minus tamen postea petebat quicquid ex rerum suarum distractione aliaue causa ad tutorem suum ex tutela peruenisset. Quarebatur apud Scauolam, vtrum verbis testamenti ab huiusmodi exceptionibus excluderetur. Respondit Scauola, si prius quam condicione pareret, fideicommissum percepisset, & tamen pergeret petere id in quo petendo faceret aduersus condicionem doli mali exceptionem ei obstat, nisi, inquit, paratus esset reddere quod ex fideicommissi causa percepisset. Tum subiungit, quod ei atatis beneficio indulgendum est. Tres igitur sunt responsi partes. Prima quae heredibus accommodat doli exceptionem, ne postquam legatum bona fide nimiaque facilitate soluerint ante impletam condicionem, rursum ex causa tutelae inquietentur. Secunda quae pupillo tribuit electionem, vt etiam post perceptum legatum, aut fideicommissum (vtrouque enim nomine Scauola promiscue vtitur, vt & alij Iureconsulti passim, non quod iis praefertim temporibus nihil inter legata & fideicommissa interesset, vt quidam putat, sed quia post dationem legatorum subici soleret generalis clausula fideicommissi qua rogabatur heres vt quaecunque testamento data & legata fuerant praestaret, quod iam alio loco monuimus ex l. post emancipationem 40. §. 1. de legat. 3.) possit nihilominus agere tutelae si malit eam sibi actionem saluam esse quam legatum retinere. Tertia quae huius electionis tribuendae causam refert ad beneficium & priuilegium atatis, propterea quod is qui legatum acceperat sub condicione praestandae liberationis a tutela, nec minus tamen tutelae agere volebat, quamuis legatum iam percepisset, pupillus proponeretur. Prima pars non obscuram habet rationem quia licet condicione partitum non fuisset, heredumque facilitati imputari posset cur ante condicionem impletam legatum praestitissent, voluntatis tamen ratio non patiebatur, vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelae datum fue-

rat, & ipsam quoque tutelae actionem sibi retineret: quoniam repugnabat condicio adscripta legato, nec enim poterat testator melius & apertius declarare quod pupillum nollet vtrunque consequi quam legando ei sub hac condicione, si a tutela rationibus heredes liberaret. Cum vero non nisi alterutrum ipse dederit, non debemus nos vtrunque dare, ne in re testatoris, & quae ex ipsius liberalitate profiscatur, sumus liberales ipso testatore. l. debitor. 59. in si. princip. l. facta. 63. §. si sub condicione D. ad SC. Trebel. l. re conuicti. 89. D. legat. 3. Itaque in eam rem vilis est exceptio doli mali, cuius praecipuus vsus in eo est ne cui dolus suus contra naturalem aequitatem profit. l. 1. D. de doli except. naturalis autem aequitas facit, vt ex cuius voluntate quis legatum aut aliud quod consequitur, eius voluntati, maxime in eo ipso legato declarata stare compellatur. Sed obscurius illud videtur, cur heredibus necessaria sit exceptio doli, nec sint iusti ipto iure aduersus pupillum qui legatum sibi relictum sub ea condicione liberationis praestandae vltro ob heredibus acceperit. At non enim hoc ipso satis declarauit suam voluntatem si non expressit saltem tacite, quod ab actione tutelae liberatos heredes vellet: Nam si verum est vt legatum condicione nec peti nec deberi posse nisi impleta prius condicione leg. cedere diem. 213. de verb. signif. l. vnic. 8. in nouissimo. C. de caduc. tollend. An non is qui petit adeoque quod plus est, percipit legatum condicione, quamuis non impleta expressim condicione, hoc ipso eam tacite implere intelligitur in necessarium antecedens, aut saltem habere pro impleta? Cur ergo pupillus hic non repellitur ipso iure? Cur non actio tutelae ipsi denegatur, perinde ac si per acceptilationem Aquilianam, quae omnium optima, & efficacissima liberatio est heredes tutoris liberasset? Respondendum tamen est necessariam esse doli exceptionem, quoniam obligatio & actio tutelae, sicut & caeterae omnes non aliter ipso iure perimi potest quam si modus aliquis interuenit ex iis qui iure certi constituti sunt ad dissoluendas obligationes perimendasque actiones, inter quos modos non est tacita voluntas creditoris. Expressa enim liberatione opus est, vbi expressa civilisque obligatio praecedit. l. prout. 80. ff. de solut. liberatio autem nunquam contingit ex nuda voluntate creditoris liberare volentis, sed tantum ex solutione, nouatione, acceptilatione, aliisque legitimis modis, de quibus apud Iulianum in titul. Quib. mod. toll. obligat. Sed tamen voluntas illa tacita, quae non est sufficiens ad tollendam obligationem, inducendamque liberationem, sufficit plerumque ad inducendum tacitum pactum, & consequenter ad producendam exceptionem non tantum pacti, sed etiam doli, quia dolo facit quisquis contra pactum factumque suum venit. Cuius rei exempla peti possunt ex l. 2. 3. & 4. D. de pact. Alia etiam ratio est propter quam tacita ista voluntas pupilli legatum percipientis ab heredibus tutoris facere non potest vt heredes ipso iure tuti sunt, & liberati, aut pro liberatis habendi, Nimirum quia implere condicionem facti est non iuris, aut voluntatis, longaeque aliud est implere condicionem, aliud implere velle, siquidem qui implere vult, nihil dum facit, sed tantum facere vult, quod longe minus, ne dicam omnino nihil est. Is ergo cui legatum relictum est sub ea condicione si heredibus controuersiam tutela non fecerit, sed et nomine omnes liberauerit, etiam si antequam legatum peteret & acciperet nullam controuersiam tutelae fecerit, non ideo tamen impleuisse condicionem videri potest, quandiu in eo res est vt controuersiam facere possit.

possit. Potest autem quandiu vel non cauit de non faciendo, interposita scilicet Muciana cautione quae ob has condiciones negatiuas comparata est, vel heredes non liberauit per Aquilianam acceptilationem. Proinde iterum condicio non tam impleta quam non defecta videri debet, l. hac condicio. 10. De condic. & demonstr. Et si verum vtrumque continetur verbis illis condicionis supra scriptae, dubitandum tamen non est quin videri debeat in totum, & plenissime impleta condicio si liberatio heredibus rite facta & praestita proponatur, id est etiam si Muciana cautio praestita nulla sit. Plus namque praestat qui liberat quam qui cauet de non petendo. Siquidem qui cauit non eodem modo petere potest, licet eo petente cautio committatur. Qui vero debitorem suum liberauit, nec si velit, ab eo potest petere quicquam potest, ideoque ex prima etiam parte videtur ipso iure impleta condicio, eodem modo non sit a quo peti possit post factam liberationem, l. Muciana. 7. in pr. & in fin. eod. tit. D. de condic. & demonstr. Quamuis non similiter e contrario possit dici impleta esse condicionem a pupillo, ex qua parte tutoris heredes liberare debet, ob hoc solum quod iis cauerit de non petendo, quoniam quod plus est, in eo quod est, minus non continetur, heredumque interest liberari ne vnquam ad solutionem cogi, vel eo nomine inquietari possint, potius quam vt quod soluere coacti fuerint, post modum repetant ex cautione l. 3. D. de compensat. l. si stipularis. 15. in princ. D. de fideiuss. At hic illa quoque potest incurrere dubitatio, cur necessaria sit doli exceptio heredibus tutoris, cum videantur posse sibi consulere per indebiti condicionem. Nam si verum est, vt est, quod diximus, legatarium condicionalem non ex eo solo condicionem impleuisse dici posse quod legatum percepit, an non prorsus consequens est vt indebitum sit legatum, atque ita vt dici possit, l. sub condicione. 16. l. Iulianum. 60. §. 1. D. de condic. indeb. Quod enim Papinianus in contrarium scribere videatur in l. pater dicitur. 7. §. pen. de dot. releg. cautionis praestandae necessitatem morari duntaxat solutionem, non etiam indebitum facere, quod fuit debitum, ad cautiones Mucianas non pertinet quae ideo debentur & praestantur, vt sint vice implementi in iis condicionibus, quae aliter impleri commodum non possunt, sed ad illas quae debentur pro legatis aut fideicommissis iam debitis, in quorum numero nemo vti que posuerit legata condicionalia priusquam eorum condicio impleta sit. Respondeo posse fieri vt intersit heredum sibi prospicere per doli exceptionem potius quam per indebiti condicionem, si forte plus debitori sunt actione tutelae, quam praestiterint ex legato. Itaque auxilium condicionis non debet iis adimere commodum exceptionis. Denique vero non aliter condicioni locum esse quoties ante impletam condicionem solutum est id quod non nisi sub condicione debebatur, quam si ea solutio facta sit per errorem d. l. sub condicione, id est ab eo qui vel ignorabat condicionale debitum esse vel condicionem impletam putabat, quorum neutrum aptari potest heredibus, de quibus agimus, quippe qui sicut testamentum ex quo heredes sunt ignorare solutionis tempore non potuerunt soluentes legatum eo testamento relicto, ita neque condicionem eidem legato adscriptam l. 2. D. de eded. ac proinde soluerunt vltro & scientes ante impletam condicionem quod sciebant aut scire debebant non deberi nisi impleta demum condicione, atque idcirco condicionis auxilium quod alioquin habituri erant sibi praeripuerunt. Secunda pars responsi quae hic legatario dat optionem vtrum reddere malit quod

ab heredibus tutoris sui percepit vt saluam & efficacem contra eos habeat tutelae actionem, an vero retinere commodum legati, prohiberi que exceptione doli ne possit pergere id petere quod alioqui tutelae actione debeatur, paulo difficiliorem habet inspectionem. Nulla. n. ratio esse videtur propter quam licere debeat ei qui legatum vltro petiit & percepit, vt a prima illa voluntate per quam sibi legem dixit resiliat, agnitionemque legatum repudiet: Inuitis scilicet heredibus qui licet indebitum soluerint, potuerunt tamen in eo sibi nocere reueraque nocuerunt, vt magis reuocare possint solutionem per condicionem indebiti, quam si verum debitum fuisset. Ac quamuis solcat fauere legatario qui legatum sub onere aliquo accepit & agnouit, vt nihilomais onus subire cogendus sit si malit reddere id omne quod accepit, etiam si maior sit annis viginti quinque: quia non solum aequitas, sed & ratio ipsa iuris non patitur vt legatarius plus praestet quam acceperit legati nomine, dummodo nihil prorsus ex eo quod acceperat retinere velit, vt scripsimus pluribus. c. 7. In proposito tamen non videtur id posse locum habere nisi ex facto suppleas quod lex non ponit, plus potuisse pupillum hunc consequi per actionem tutelae quam ex legato consecutus esset, quoties enim non quantitas cum quantitate confertur, sed vel species cum genere, vt puta fundus cum pecunia vel alia re que in genere consistat, vel incertum actionis emolumentum cum certo legati commodo, vt in ea specie qua tractamus necessarium veniendum est ad computationem priusquam permittatur legatario vt pretextu oneris iniuncti repudiet legatum quod iam agnouit, nempe vt per computationem sciri possit, an plus sit in onere quam in commodo legati, quomodo Papinianus loquitur in l. Imperator. 70. §. si certum de legat. 2. de cuius sententia & emendatione scripsimus dict. ca. 7. Effectus n. computationis ille erit, vt si damnum sensurus sit legatarius ex agnitione legati propter iniunctum onus, admittatur ad legatum dimittendum verius quam repudiandum (semper enim post acquisitionem fera repudiatio est, l. 1. §. decretal. D. de succ. edict.) si vero nullum damnum sensurus sit, quod plus habeat commodi quam oneris legatum, non sit audiendus legatarius, legatum quod semel agnouerit onus detrectans. Ergo in specie nostra dici non potest cur Scauola electionem hanc legatario tribuat iis verbis nisi paratus esset quod ex causa fideicommissi percepisset reddere si non ad atatis fauorem & beneficium id referatur, quod tertia pars responsi apertius exprimit vltimis iis verbis quod ei atatis beneficio indulgendum est. At videamus ne haec ipsa postrema verba sint potius imperiti interpretis, ita vti proximè dubitationis exaggeranda causa diximus, magis quam ex iuris ratione rationem hanc. Non. n. atatis fauor vllus sed mera ipsa iuris ratio facit apud Scauolam, vt licere debeat legatario etiam post agnitionem legatum instituire actionem tutelae, & simul id omne quod ex causa legati acceperat reddere, nimirum quia vt praecedentia verba probant, legatum acceperat prius quam condicione pareret, ac proinde eo tempore quo nondum erat in ipsius potestate vt legatum vel agnosceret vel repudiaret, legatum n. condicione vsque adeo indebitum est ante impletam condicionem vt neque acquiri possit neque repudiari. l. si ita sit scrip. 45. §. si sub condic. De leg. 2. Eadem vero condicio quae impleta necdum tunc erat, nec vnquam fuit, nunc primum deficit cum pupillus hic tutelae suae rationes exigit ab heredibus tutoris. Quadiu siquidem impleta condicio non est, deficere potest, cum alioqui si deficere nunquam posset, hoc ipso iam ex

inde impleta esse & extitisse diceretur. *l. quod si ea. 18. d. l. l. 60. §. 1. de cond. ind.* Proinde quis miretur in potestate esse legatarij vt legatum quod iam perciperat restituat, cuius condicio defecerit? Illud tantum mirari possumus, cur ei licere debeat legatum istud cuius condicio defecit retinere si id malit inuitis quoque hereditatoris, quanquam eius iuris ratio vera & vnica illa est quam nos iam attulimus, quod heredes non possint habere conditionem legati quantumlibet indebiti, scienter à se soluti ex *reg. l. cuius per errorem. 53. de regul. iur.* † Quod si in proposito casu condicio legati impleta fuisset, liberatis per acceptilationem heredibus tutoris, non vtique similiter Scauola respondisset permittendum legatario vt reddito legato, tutelam actionem exerceret. Nec si probaretur legatum illud, alioqui plus incommodi & oneris quam commodi habiturum, non quod hoc casu perpetuo verum non sit, & in maiore quoque annis vigintique quod supra diximus, fieri non posse vt cogendus sit legatarius inuitis retinere legatum quod facta computatione damnosum reperiatur. Sed quonia hoc casu obstat legatario non tam agnitio legati, quam liberatio heredibus tutoris praestita, cum aduersus eos qui rite ac ipso iure liberati sunt, actio nulla superesse possit, nec magis pupillo quam alij cuiuslibet, vt aperte scriptum est in *l. i. C. de contr. iudic. tutel.* † Ergo neutro casu distinguendum est an pupillus minorve annis vigintiquinque sit legatarius an maior. In vtroque enim idem iuris est, vt si condicio nunquam impleta fuerit, possit legatum reddere, ac eo facto tutelam actionem exercere. Si vero impleta condicio sit, & liberatio lecta, nihil prodest legatario ad tutelam actionem instituentiam, quod legatum reddere sit paratus. † In eo plane melior potest esse condicio pupilli alteriusve minoris cuiuslibet quam maioris, quod aduersus liberationem ex qua damnus sensurus esset, in integrum restitui potest. probata laesione, *l. patri. 27. §. si minor cum seq. D. de minor.* Maior non item, qui remittentibus actiones suas nulla vi, nulloque dolo interueniente, regressus ad eas dandus non est, *l. queritur. 14. §. si venditor. D. de adilit. edict.* † An & in eo, quod si liberatio nulla facta esset, sed tamen praestita cautio Muciana de tutela nunquam exigenda, nec legatum plus haberet incommodi quam commodi facta computatione permittendum esset minori, quod sane maiori denegaretur, vt legatum etiam agnitum relinquere posset, tutelamque actionem ad tutoris heredes inquietandos impunè exercere? Minime verò. Neque enim pupillis aut minoribus vnquam succurritur solo fauore ætatis, si non etiam laesio probetur, *l. verum. 11. §. sciendum est l. quod si minor. 24. §. non semper & pass. D. de minor. l. nam posteaquam. 9. §. si minor. D. de iureiur. et si priuilegium in eo habent quod læsi putantur non modo si damnus senserint, sed etiam si amiserint lucrum, l. ait prator. 7. §. hodie de minor.* Cæterum neque pupilli neque alterius cuiuslibet probi hominis quicquam interesse credendum est, ob id solum quod pro legato vtiliore omiserit & amiserit saltem in effectu eam actionem ex qua nihil aliud præterea commodi sentire potuisset, nisi quod tutoris heredes longiore ac dispendiosa lite inquietasset, *arg. l. si venditor. 9. §. 1. vers. cæterum D. de seru. export.* Igitur & in pupillo alioue minore, sicut in maiore quolibet, necessaria erit computatio, vt sciri possit an laesio interuenierit, quo demum probato, ætatis rationem haberi æquum erit, siue liberati fuerint heredes tutoris, siue cautio tantum iis praestita de tutela rationibus non exigendis, sed ita tamen vt eo casu necessarium sit auxilium restitutionis in integrum,

non etiam vt iure communi permittendum sit pupillo, vt hoc magis quam alio casu mutet voluntatem, & pro legato quod elegerat, eligere actionem. Nec enim quod liberatio heredibus praestita non sit, sed cautio tantum Muciana, facere potest vt eo minus sit pupillo necessaria restitutio, quasi nec tum impleta conditione, quæ non id tantummodo continebat, heredibus suis tutela controuersiam pupillus non faceret, sed illud etiam sed eo nomine omnes liberaret. Nam si heredes tutoris quorum fauore condicio adscripta erat contenti fuerunt cautione Muciana, nec liberationem vllam sibi praestari curarunt, quid amplius exigimus vt condicio impleta videatur? † Neque enim illud nouum est, vt condicio praesertim liberationis per æquipollens, vt aiunt impletur, adeoque quocumque modo, dum ei cui implenda est, satisfiat *l. si rem. 9. §. omnis in fin. D. de pignor. act.* † Ex quo apparet tanto manifestius non posse adscribi Scauolæ verba illa quod ei ætatis beneficio indulgendum est, cum in praecedentibus nihil sit vnde conicere possimus, tenuisse Scauolam de in integrum restitutione vel impetranda vel impetrata. Cuius certè impetranda neque necessaria neque consequenter ratio vlla est in eo casu quem tractat Scauola, id est, quo nunquam fuerit paritum conditioni, cum ius commune sufficiat legatario etiam maiori annis vigintiquinque vt admittendus sit primùm ad reddendum legatum quod ante impleta conditionem agnouerat. Deinde ad tutelam actionem post legatum redditum instituendam. Et verò verba illa nisi paratus esset quod ex causa fideicommissi perceperat reddere, sola reddendi voluntate & obligatione quæ tamen cum effectu sit contenta sunt, nec præ se ferunt necessitatem instituendæ actionis ad impetrandam in integrum restitutionem. † Errori interpretis causam illud dedit, quod vidit apud Scauolam tractari de pupillo. Nec animaduertit, quod tamen apertissimè erat pupillum eo loco vt & aliis propemodum innumeris, non eum dici qui tunc esset, sed qui antea fuisset, quod & demonstrant præcedentia illa in legis principio posita pupillo suo cuius tutelam gessit. Scripsisset enim Scauola *gerebat non gessit.* si pupillus ille testamenti tempore adhuc in eadem tutela fuisset, quæ porro viuus tutore & pupillo non poterat esse finita nisi pubertate. Denique conuenit ea pupilli appellatio illi etiã qui maior sit annis vigintiquinque si modo fuerit aliquando in alterius tutela. Vt cum dicimus interdictum esse matrimonium inter pupillam & tutorem ipsius liberisve tutoris *l. i. §. 1. C. de interd. matr. int. pupill.* Non enim pupillam intelligimus quæ contracti aut contrahendi matrimonij tempore minor sit annis duodecim, in qua ætate certum est non magis cum alio quolibet quam cum tutore matrimonium eam contrahere posse, sed quæ fuerit aliquando eius ætatis & in tutoris potestate. Adeo vt Papinianus quoque noster, cui disertissimè & adpositissimè loqui propemodum peculiare fuit, non dubitauerit scribere in *l. quamquam. 63. §. ult. D. de rit. nupt.* tutorem qui rationes curatori reddidit puellam suam (quam & in *l. leq. pupillam* vocat) ante constitutum tempus ætatis eius vxorem ducere non posse, nec si mater illa ex alio priore matrimonio facta sit. Ergo neque si maior sit annis vigintiquinque. Constitutum enim tempus est anni vicefimsixti completi, & vicefimsseptimi incepti *l. non est matrimonium. 66. eod. l. qui pupillam. 7. D. ad leg. Jul. de adulter.* Non enim ideo prohibita sunt ista nuptiæ quod hæc hodie sit pupilla, sed quod fuerit aliquando.

Indicatur Tribonianismus in l. i. eod. tit. de liber. legat.

SVMARIA.

1. Creditorem qui rem sibi pignori datam debitori suo legauit non minus debitum ipsum quam pignus legasse censeri.
2. Nullius vultatis fore eiusmodi legatum si debitor rem tantum suam creditori obligatam, non etiam debitum consequeretur.
3. Aliud obtinere si creditor pignoratitius ante solutam sibi pecuniam inter viuos pignus debitori reddiderit.
4. Ratio differentie redditur.
5. Duriosem aliquando fieri interpretationem obligationis quam liberalitatis.
6. Cur melior sit conditio debitoris cui creditor rem obligatam legauit, quam cui ille ipse pignus reddidit?
7. Etiam in dubio pignore debitori legato integram liberationem legatam intelligi, & contraria in testatore voluntatis probationem heredi incumbere.
8. Quid Tribonianum in d. l. i. impulerit vt contrariam sententiam iureretur?
9. Respondetur ad l. creditorem. 85. ff. de legat. 2.
10. Verba in d. l. i. Triboniani manum maximè prædemia.
11. Quem sensum in d. l. i. habeant hæc verba, exemplo luitionis.

† Tres pignori data legetur debitori à creditore. Iulianus scripsit valere legatum, haberetque debitorẽ actionem vt pignus recipiat priusquam pecuniã soluat, vt refert Vlpianus in *l. i. §. 1. D. de liber. legat.* vbi tamen subiungit, *Sic autem loquitur Iulianus, quasi debitor non debeat lucrari, sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc peruenitur exemplo luitionis.* Hanc verò clausulam esse Vlpiani vix possum mihi persuadere, sed puto esse potius Triboniani, sententiam verbique Iuliani malè suo more ac perperam interpretantis. Quod enim Iulianus scripsit valere huiusmodi legatum, & ex eo debitori actionem competere ad pignus recipiendum prius etiam quam pecuniam soluat, proculdubio sic ille intellexit, vt debitum quoque debitor lucratur, quia cum nec pignori obligata sit in dominio debitoris non creditoris *l. cum & fortis. 33. §. 1. ff. pignor. act.* nemi autem res sua legari possit. *l. proprias. 13. C. de legat.* constat non aliter valere posse legatum quam si testator ius omne quod habuit legasse intelligatur, vt ex eodem Iuliano idem Vlpian. scribit in *l. cura seruus. 39. alias l. apud Iulianum §. si Titius de legat. 1.* Habuit autem creditor in hac re ius pignoris, cuius ea fuit condicio, vt tamdiu durare deberet quandiu solutum debitum non esset, *l. grege. 13. §. etiã ff. de pign. l. debitor. 59. ff. ad SC. Treb.* Legando igitur rem sibi obligatam creditor totum ius totamque causam pignoris legasse credendus est, & consequenter non minus debitum quam pignus ipsum. † Alioqui cuiusnam oblecto vtilitatis erit legatum si ponas debitorem huc nihil præter hanc rem quæ fuerat testatori obligata in bonis habuisse? An non æquè futurum est vt nec soluentẽ illo, nec aliunde habente quod soluat, hanc ipsam rem distrahi oporteat, ex cuius precio testatoris heredibus satisfiat? Quid porro interest an res debitoris distrahatur tanquam creditori obligata ex conuentionali pignore, an propter pignus quod iudiciali auctoritate constitutum sit in bonis debitoris condemnati? An non vtroque casu idem est incommodum debitoris, contra verò, eadem vtilitas creditoris? Quod

si è diuerso ponas locupletem debitorem, cui non sit difficile etiam aliunde soluere quod debet, quid in effectu præstat creditor debitori cum ei legat rem obligatam? † Dices fortasse, Quamuis pignus non nisi pro debito præcedente & subsistente contrahatur, nihil tamen prohibere quominus saluo debito vinculum pignoris dissoluatur, quia nec debitum omne pignoratitium esse necesse est, cum chirographarium esse possit, *ut. C. etiam ob chirograph. pign. rem. pass.* Idque exemplo vltuuenire cum creditor pignoratitius ante solutam sibi pecuniam reddidit pignus debitori. Placeat enim non eo minus saluam ei esse debiti perfectionem, ita vt nec taciti pacti exceptione repellatur, in eoque minus posse pignoris quam chirographi redditionem, cum creditor qui chirographum reddidit si petere debitum pergat, taciti pacti exceptione sit repellendus *l. 2. §. 1. & l. 3. D. de pact.* † Sed respondeo plenius nos vltimas defunctorum voluntates quam videntium facta interpretari. Nam in factis nihil aliud intueri possumus nisi quod factum est, præcisè, aut quod ex facto inferri necessariò debet, qui autem pignus debitori suo reddidit, nihil aliud facit nisi quod pignus reddit, ipsum verò debitum non solum nõ remittit expressè sed nec tacitè, quomodo qui chirographum reddidit, tacitè debitum remittere dicitur, quia lex facit quod non nisi accepta solutione fieri solet, quotidie autem precario rogantur creditores à debitoribus qui res suas pignori obligauerunt, *l. certè. 6. §. vlt. D. de precar.* vbi dicitur peccarium hoc consistere non proprietatis nomine sed possessionis. Accum creditor suo debitori legat rem obligatam, ea voluntate est vt hæredem suum vel inuitum obliget ad pignoris restitutionem, quod porro ex iuris ratione non aliter restituere cogi alioquin posset quam si prius sibi solutum esset debitum, aut aliter eo nomine plenissimè satisfactum *l. si rem. 9. §. omnis pecunia D. de pign. act.* † Plus ergo debitori præstari vult, quam si eidem is ipse pignus redderet: nec nouum aut inconueniens est duriosem fieri interpretationem obligationis, quam liberalitatis, & contra creditoris heredem quem creditor ipse obligauerit de pignore restituendo, quam contra creditorem ipsum si fortè viuus ille pignus debitori reddere maluisset. Quod enim creditoris heres cogi non potuisset pignus reddere, nisi soluta prius pecunia omni quæ debebatur, tantò magis ei nocet, vt post redditum pignus debitam pecuniam petere amplius non possit, quia vt de chirographi redditione dicimus, (licet ad spontaneam quoque id pertineat) contra solutum creditorum morem est, immo quod in proposito amplius est, contra iuris rationem, vt priusquam debiti solutio facta sit, pignus sibi eripi patiantur. † Cum igitur in confesso sit legata debitori re obligata, hæctenus valere legatum vt ex voluntate creditoris liceat debitori ab inuito quoque creditoris herede pignus extorquere nulla præcedente solutione, An non prorsus consequens est liberationem etiam hoc casu debitori legatam videri? Quo enim alio iure posset pignus recuperare tanquam liberatum si non esset ipse liberatus? Quod tamen non similiter possis dicere cum pignus vltro ac sponte redditur debitori ab ipso creditore. Liberalitas enim illa est creditoris, qui cum ita facit, non modo vim nullam sibi aut legibus fieri patitur, faciens è contrario quod quotidie faciunt plerique creditorum, sed neque pignoris sui ius aut vinculum villo modo remittit, siquidẽ pignus redditum nihilominus remanet obligatum quoad usque pecunia soluta sit, nec nisi pignoris detentionem & retentionem quam habebat creditor, per huiusmodi

redditionem amittit. Ut proinde negari non possit quin melior sit & esse debeat condicio debitoris cui creditor rem obligatam legauit quam cui ille ipse pignus reddidit. Et si non inficior posse etiam ita legari pignus debitori ut vinculum duntaxat pignoris dissoluatur non etiam ipsius debiti liberatio debeat. Nempe si aperta alla fuerit testatoris voluntas, in cuius sanè arbitrio est, liberalitati suæ præscribere quem velit modum. † Sed hoc contendo, in dubio si creditor rem sibi obligatam legauerit debitori, non solum ius pignoris legatum intelligi debere, sed etiam ius liberationis, in eoque à Triboniano dissentio, qui fateatur quidem posse tali legato ius quoque liberationis contineri ex voluntate testatoris, sed eam voluntatē probati vult à debitore, cum ita scribit, *sed si alia testatoris voluntas fuit*. Ego contra voluntatem hanc in dubio præsumi volo pro debitore, nisi aliam & contrariam probet heres creditoris. Cui nostræ interpretationi fauet non solum titulus ipse qui est *de liberat. lega.* sed etiam quod initio legis Vlp. scribit, Omnibus debitoribus ea quæ debent rectè legari, licet domini eorum sint. Consequens enim fuit, ut subiicerit Vlp. idem dicendum ut valeat legatum etiam si non debitum ipsum, sed res pro debito obligata sit debitori. Eadem enim dubitandi ratio est, quod non valeat legatum eius rei quæ legatarij sit. Eadem quoque decidendi quod non sit credendus testator legasse quod suum. Ergo utroque casu eius debiti exigendi, quod ipsum nihil aliud est, quam ius liberationis. † Neque debuit Tribon. decipi ex eo quod Iul. scripserat, *haberéque eum actionem ut pignus recipiat prius quàm pecuniam soluat*. Vnde sumptit ille occasionem subiiciendi, *sic autem loquitur Iul. quasi debitor non debeat lucrari*. Quid enim referre potuit an ita Iulia scriberet, *prius quam pecuniam soluat*, an ita potius quomodo scribendum erat secundum Tribon. *etiamsi pecuniam nunquam soluat*. Ignoravit nimirum Tribon. aut certè non animaduertit paria hæc esse, pecuniamque debitam aut prius quàm pignus repetatur solui debere, aut nunquam, quoties pignus petitur inuito creditore, aut, quod idem est, creditoris herede, nisi cum creditor ipse contrariam legem dixit, & heredi suo & debitori. † Nec simile est quod Paulus respondit in *l. crediorem. 85. de legat. 2.* creditorem cui res pignoris iure obligata à debitore legata esset non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas creditoris compensare volentis euidenter non ostenderetur. Longè namque aliud est rem obligatam legari à debitore creditori: aliud verò legati à creditore debitori. Legatum siquidem cum sit donatio & liberalitas, non facillè cedit pro datione in solutum, quia quanto largiùs accipitur, tanto magis distat à debiti solutione. Ac multò facilius cedit pro liberatione, quoniam in liberando liberalitas cernitur, non in soluendo. Et verò in re obligata quam debitor legat, nihil est debitoris aut quod debitor legasse videatur, præter rem ipsam, in re autè obligata quam legat creditor, nihil è contrario est quod sit testatoris præter ius ipsum debiti & pignoris. Quod utrumque sicut habet creditor, ita æquè legasse intelligendus est, ne aut nihil in effectu, aut minus saltem potuerit, & quàm in re ipsa iuris habuerit, legasse videatur, *arg. l. in testamentis. 12. de regul. iur.* † Illud verò omnium maximè Tribonianum mihi prodit, quod post ea verba, *Sic autem Iulianus loquitur, quasi debitor non debeat lucrari*. Adiecit ille, *sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc peruenitur, exemplo luitionis*. Quid enim scribi potuit stultius & ineptius? An fortassis eorum verborum & ad hoc peruenitur alius sensus esse potest, quàm ut si a-

lia testatoris voluntas fuerit non tantum ius pignoris de quo solo Iulianum sensisse Tribonianus credit, sed etiam ius debiti, debitumque ipsum lucrari debitor oporteat? † Quo admissò quæro quis sensus esse potest illius adiectionis *exemplo luitionis*? An fortè debitum lucratur, cum pignus luit? An non è contrario pignus luere hoc ipsum est, debitum offerre & soluere? *l. l. vit. & tot. tit. C. de luit. pignor.* Non ignoro quid Tribonianus senserit, voluit enim dicere debitorem cui creditor legauit rem pignori obligatam, hoc ex legato consequi debere, ut non modò pignus liberum & immune repetat, sed & eodem prorùs iure quo si pignus ipse luisse, id est ita ut neque personali vlla obligatione tanquam debitor maneat obligatus. Sed cum de illo tantum quæreret, an debitor hic cui pignus legatum fuisset, lucraretur debitum, dico non fuisse accommodatum subiicere *exemplo luitionis*, cum nihil tale interueniat in pignoris luitione: per quam scilicet nihil lucri consequitur debitor, sed tantum vitat damnum ne res obligata quæ pluris sit, pro viore debito vel distrahatur, vel detineatur. Mihi porò videor vicissè statim atque probaui, inconcinne & ineptè ne dicam ineleganter, in prudentum responsis quid scriptum esse. Quid enim aliud superest, quod vel conicere, vel adsummare possimus, nisi totum id quod absurdum & ineptum est, Triboniano adscribendum esse non Vlpiano, aut alij vlli ex magnis illis Iureconsultis? Fiet verò hoc apertius ex iis quæ sequenti capite subiicimus.

CAPVT XI.

Alij Tribonianismi tres in l. si quis reum
5. eod. tit. de liberat. legat.

SUMMARI A.

- 1 Si quis reum & fideiussorem habeat, reo liberatione legata plenissimam liberationem debere.
- 2 Quosensus dicatur nihil referre an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem infirmetur?
- 3 Multum superiore casu debitoris interesse ut per acceptilationem magis quam per pactum liberetur.
- 4 Ratio pro herede creditoris faciens, ne per acceptilationem liberare debitorem cogatur.
- 5 Annon æquè prospectum sit fideiussoris indemnitati, si principalis debitor per pactum duntaxat, ac si per acceptilationem fuerit liberatus?
- 6 Alia ratio propter quam creditoris heres debitorem per acceptilationem liberare cogitur.
- 7 Iis casibus quibus fideiussor soluens aduersus debitorem nullum regressum habet, reum cui liberatio legata est pacto liberandum esse.
- 8 Cur illis casibus per acceptilationem liberari non possit?
- 9 Illis casibus locum non esse iuris regula quæ vult ex pacto de non petendo non minus fideiussori, quàm debitori exceptionem dandam esse.
- 10 Versiculum atquin solemus in d. l. 5. Triboniani esse.
- 11 Testatoris debitori suo liberationem legantis eam voluntatem videri ut fideiussor quoque liberetur.
- 12 Quid Tribonianum in d. l. 5. fefellerit.
- 13 Alius Tribonianismus in §. 1. eiusdem legis indicatur.
- 14 Ratio dissimilitudinis inter liberationem quæ reo, & eam quæ fideiussori à creditore legata est.
- 15 Liberatione legata patri qui pro filio fideiusserat, patrem nihilominus actione de peculio conueniri posse.
- 16 Liberationem legata an fideiussori qui reuera reus fuit, ipse tanquam fideiussori duntaxat, non tanquam reo prodesse.

- 17 Eo casu non interesse, an creditor seu testator rei gesta veritatem sciuerit, an verò ignorauerit.
- 18 Respondeatur in l. sed si fideiussor. 24. ff. de pact.
- 19 Alio concipiendum pactum liberationis quod sola paciscendum voluntate, alio illud quod in legati consequentiam interponitur.
- 20 Pactum quod cum fideiussore, cui legata fuit liberatio, interponendum est, fideiussori tantum prodest, non simpliciter sed expressa fideiussoris qualitate concipi debere.
- 21 Idem in eo fideiussore observandum qui in rem suam fideiussit, & alium reum vice sua dedit.
- 22 Tertius Tribonianismus in d. l. 5. §. sed si damnatus.
- 23 Herede damnato filium liberare, siue per pactum siue per acceptilationem liberetur, patrem quoque per consequentiam liberatum intelligi.
- 24 Patrem, qui de peculio filij debitoris tenetur, conditionalem debitorem dici.
- 25 Conditionem obligationis illius paterna deficere, si lib vel per pactum vel per acceptilationem liberato.
- 26 Filium soluendo esse censeri, & effectu ipso soluisse intelligi, quum exceptione pacti de non petendo tutus est.
- 27 Cur legata filiosam, liberatione non distinguatur an per pactum, an verò per acceptilationem liberetur, patri verò soli liberatione relicta distinctione locum sit?
- 28 Triboniani adnotatio in d. §. sed si. inducatur & refutatur.

1 Si quis reum habeat, & fideiussorem, & reo liberationem leget, placet Iuliano, quod & Vlpianus probat in *l. 5. de liber. lega.* reum per acceptilationem liberandum esse non per pactum, ne alioqui si heres creditoris cepit fideiussorem conuenire, alia ratione & via reus conueniatur. Sensus est ni fallor ex huiusmodi legato plenissimam debere liberationem debitori, ac proinde non posse sufficere ut liberetur per pactum, quia pacti de non petendo ea vis non est ut debitore liberet ipso iure, sed tantum ope exceptionis *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret & pass. D. de pact.* nemo autem nescit quam maximè interesse debitoris ut liberetur ipso iure potius quàm per exceptionem, vel ob id ne conueniri vnquam vel villo modo possit. † Quamuis enim dici soleat, nihil referre an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil. interest. 112. De regul. iur.* id tamen accipiendum esse constat quod ad effectum actionis contra quæ fuit opposita exceptio, non etiam ita, ut æquè tutus sit is qui si conueniatur habiturus est exceptione, atque is contra quem ut pote iam ipso iure liberatum nulla actio superesse darique potest. Accidit namque sæpè numero ut competens exceptio non opponatur, vel per imprudentiam vel etiam per errorem siue iuris siue facti, atque ita condènetur is qui iusta exceptione habuit non minus quàm si nullam habuisset *l. si non sorti em. 26. §. indebitum l. qui exceptionem. 40. D. de condiçt. indeb. l. si fideiussor. 29. per tot. D. mandat. l. qui hominem. 34. §. vlt. D. de solut.* quod contingere non posset sublata actione & extincta ipso iure per acceptilationem. † Inde igitur fit ut non sit audiendus heres creditoris qui liberationem debitori præstare iustus est, si velis eum pacto duntaxat liberare, quoniam nihil potest interesse heredis an hoc an illo modo debitor liberetur. Ipsi verò debitoris post multum interesse ut per acceptilationem magis quàm per pactum liberetur, hoc est ut ipso iure potius quàm beneficio & auxilio exceptionis, † Vna tamen

ratio esset quæ videretur facere pro herede ne per acceptilationem liberare debitore cogeretur. Nempe quod per liberationem ita facta tollatur omnis & tota quanta est obligatio, nec tantum quod ad personam debitoris cui legata liberatio est, sed etiam quod ad personam fideiussoris, de quo non videtur testator cogitasse, certè de quo locutus non fuit. Sed ratio hæc non est bona, quia non minus interest debitoris ne fideiussor eius, quàm ne ille ipse conueniatur; cum alioqui futurum sit ut per mediam fideiussoris personam qui aduersus reum habiturus regressus est, ad reum quoque perueniatur, in quo planè voluntas & propositum testatoris offenderetur, *l. 1. §. exceptionem. ff. quar. ver. act. non dat. l. cum lex. 46. ff. de fideiuss.* † Quid? an non æquè cautum erit & prospectum indemnitati fideiussoris etiam si reus per pactum duntaxat non per acceptilationem fuerit liberatus? Ita sanè, si nihil aliud quæris aut curas nisi ut fideiussori æquè ac debitori ipsi consulatur. Constat. n. pactum de non petendo cum reo initum, tanquàm quod sit in re, si non in personam expressim conceptum proponatur, non minus prodesse fideiussori quàm reo, non quia fideiussoris, sed quia ipsius rei interfit *l. heredi. 21. §. vlt. cum seqq. ff. de pact.* Sed quemadmodum diximus non satisfieri voluntati testatoris nisi reus, etiam qui fideiussorem nullum dederit per acceptilationem non per pactum liberetur, ut plenissima ei contingat liberatio & ipso iure, nec indigeat ope exceptionis, ita nec sufficit ut eandem exceptionem pacti quæ haberet reus per pactum liberatus, habiturus quoque fideiussor esset, vel ob id vnum, ne si fortè fideiussor quandocumque conuentus siue prudens & sciens siue per iuris factive ignorantiam omiserit exceptionem & soluerit creditori, noua litis materia emergat an reus debeat ei præstare indemnitate, ex eaq. causa confugiendum sit ad distinctiones illas de quibus in *d. l. fideiussor. 29. ff. mandat. & in l. except. 67. ff. de fideiuss.* † Deniq; cum nihil penius inter sit heredis, quæ certum est non magis à fideiussore quàm à reo petere quicquid posse quin reo teneatur ex testamento, etiam si neque per acceptilationem neque per pactum liberauerit debitore, *l. 2. ff. hoc tit. D. liber. legat.* qua fronte obsecro potest ille reculare prætextu fideiussoris cui nihil legatum fuerit quin reum liberet non per pactum duntaxat, sed etiam per acceptilationem? † Eleganter tamen idem Vlp. subiungit, quod etiam prætermisisset omnino consequens esset superioribus, Si donationis causa fideiussor interuenierit aut ad eum pecunia peruenerit, & ipse reum dederit vice sua ipseque fideiussor, pacto reum esse liberandum. Scilicet quoniam, ut lex ait, nullum his casibus regressum habet fideiussor contra debitorem *l. sed si fideiussor. 24. D. de pact.* Et ideo nihil interest debitoris ut liberetur fideiussor, qui utique liberaretur ipso iure, adeoque etiam inuito tamen creditoris herede quàm debitore si debitor ille per acceptilationem liberaretur. Cum enim fideiussoria obligatio non nisi accessoria sit quæ proinde sola per se subsistere non potest, acceptilatio autè si ex iis modis quibus placet ipso iure perimi & extingui cuiuslibet generis obligationem, *l. pen. D. de sol. l. 1. pluribus. 6. & tot. tit. D. de accept.* apparent fieri nullo modo posse ut liberato per acceptilationem debitor fideiussor maneat obligatus. Quod non similiter locum habet liberato duntaxat per pactum debitor, quia non obstante pacto superest ipso iure obligatio quæ per pactum tolli non potuit, quæque licet sit inefficax quod ad personam debitoris, qui contra eam tutus est exceptione pacti, satis tamen virum habet ad retinendam fideiussoris obligationem. *l. Stichus aut Panophis*

lum. 95. §. quod vulgo. D. de solu. haud aliter quam si personale pactum de non petendo cum debitore in initum proponeretur, quod utique fideiussori prodesse nec posset nec deberet, nisi hoc actum 22. D. de pact. † At iniquis fortasse, quid interesse potest, an his casibus quibus fideiussor nullum regressum contra debitorem habiturus est, debitor liberetur per acceptilationem? Cum iam dixerimus ex pacto quoque de non petendo, nisi merè conceptum sit in personam debitoris, non minus fideiussori quam debitori exceptionem dandam esse. Sed meminisse oportet, quam etiam adiecimus ex d.l. & heredi. 21. §. vlt. eod. ius illud non fideiussoris causa sic comparatum esse, sed debitoris, propterea quod ipsius interfit ut eadem quæ sibi exceptio pacti accommodetur fideiussori, quoties fideiussor regressum aduersus eum habiturus est. Quæ ratio cessat aperte, cum fideiussor vel in rem suam, vel donandi animo interuenit, & aliis casibus si qui sunt similes, in quibus mandati actio nulla possit fideiussori competere pro consequenda indemnitate aduersus debitorem. † Ex quo apparet pene ridiculam esse objectionem, indignamque quam Vlp. noster expresserit, iis verbis quæ sequuntur in d.l. 5. Atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam quæ reo competat, siue ad priorem responsi partem referri illam velis siue ad posteriorem. Sed multò magis ridicula responsio est quæ sub Vlpiani nomine talis proponitur, sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus, Quæro enim à Triboniano quod illud est, quod non dicimus? An illud fortasse quod proximè dixit ille, exceptionem pacti quæ reo competit dandam esse fideiussori? Nimirum id locum non haberi si pactum ex voluntate testantis qui reo liberationem legauit, cum reo ipso in initum proponatur. Quidni verò? An eò minus pactum in rem conceptum vires suas habet quod & testatoris iudicio interponatur? An potius ea Triboniano videtur esse voluntas testatoris legantis reo liberationem, ut fideiussor non liberetur, & consequenter ut per mediū fideiussoris personam ille diē reus cui liberatio legata fuit inquietetur? Atqui pugnat hoc euidenter cum eo quod si-
12 praximus ex Pomponio in l. 2. eo. tit. † Igitur Tribonianum illud fessit, quod non potuit ratione videre propter quam in priore responsi parte voluerit Vlpianus post Iulianum liberari debitorem acceptilatione non pacto, & existimauit non alia de causa id fieri, quam quod alioqui exceptio pacti competens debitori non posset porrigi ad fideiussorem: quasi sensus ille sit veris. alioquin si fideiussorem coeperit conuenire, alia ratione reus conueniatur. Quod tamen falsissimum est, Est enim longè alius & diuersus, quem nos nunc primam aperimus, Rursum nec illud vidit, cur in posteriore parte responsi liberato reo per pactum eadem pacti exceptio quæ reo competit, non proficit fideiussori, & putauit speciali aliquo iure petendo ex voluntate testatoris, ita comparatum esse non iure communi, quod atque stultum est. Denique nullam possis vnquam vel diuersitatem vel diuersitatis rationem inuestigare per quam liceat commodè interpretari verba illa enigmatica, quæ nos & alias iam pridem, & nunc quoque tantopere torserunt, & in quorum explicacione non negamus nos errasse. Sed eum iuris ignoratio decepit, nos Vlp. nomē, sub quo ille sententias suas tanquam Vlpianæ, aut alterius Iurisconsulti proprias obtrudens toties nobis illudit, totque crucibus exagitat ingenia eruditorum. Hic ergo primus sit Tribonianismus à nobis tunc tandem obseruatus in hac lege. † Proximè sequitur secundus in §. quod si fideiussori verba hæc sunt, Quod si fideiussori liberatio sit legata sine dubio,

vt & Iulianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus. Et Vlp. esse totam hanc clausulam non dubito. At quod sequitur, Sed & hic puto interdum acceptilatione liberandum, si vel reus ipse fuit, vel in eam rem solius reus, alium Tribonianissimum esse contendo. Putauit enim Tribonianus, quemadmodum liberatione legata debitori, liberandus est ille acceptilatione non pacto, non alia ratione, ut ipse credidit, quam ut liberationis commo-
17 dum ad fideiussorem quoque perueniret, quasi peruenire non posset interueniente duntaxat pacto, (in quo errauit ut ostendimus) ita è contrario si liberatio legata sit fideiussori qui reuera & effectu ipso non tam fideiussoris quam rei personam sustineat, liberandum eum acceptilatione non pacto, ne alioqui ei profutura sit liberatio, si alius qui sub rei nomine reuera fideiussor est, inquietetur, mox contra fideiussorem hunc cui legata fuit liberatio regressum habiturus. † Sed euidentis dissimilitudinis ratio est, quam vir bonus non animaduertit. Liberatio enim legata reo, prodesse idcirco debet fideiussori, quoniam alioqui per mediam fideiussoris personam reus conueniretur, & quidem tanquam reus, ac proinde tanquam is cui liberatio legata est. Fuit enim legata tanquam reo, & tanquam reus, est ille obligatus duobus creditoribus actione prima, siue hac, siue illa, fideiussori verò actione mandati. At liberatio legata fideiussori nunquam ei prodesse potest aut debet nisi tanquam fideiussori, præterquam si euidenter contraria sit voluntas testatoris. † Vnde est quod si quis filium familias habens obligatum patrem eius fideiussorem accepit, deinde patri liberationem legauerit, non est in dubio censendum reliquisse liberationem patri tanquam patri, sed duntaxat tanquam fideiussori, licet, quod magis est sub patris non sub fideiussoris nomine liberatio ei legata sit, quoniam fideiussoris obligatio specialior & potentior est. Ita ut pater liberatus tanquam fideiussor, nihilominus actione de peculio conueniri possit, ut ex eodē Iul. Vlp. noster scribit in §. vlt. huius legis. † Ergo similiter ac multò magis dicendum est, Etiam si fideiussor cui liberatio relicta est, reuera fuerit reus, non ille quem vice sua ipse dedit, liberationem ei legatam, & quidem non simpliciter, aut sub nomine Titij vel Sempronij, sed sub nomine fideiussoris (quanquam nec aliud fore puto si simpliciter aut sub proprio ipsius nomine relicta proponatur) prodesse illi non debere tanquam reo, sed tanquam fideiussori duntaxat, licet ita futurum sit ut conuenio eo qui se reum fecit, fideiussor hic inquietetur, siquidem, quod pertinet ad testatorem qui liberationem legauit, fideiussor hic tantum fuit, non reus. Quod verò actionem mandati quæ fideiussoribus omnibus dari solet, habiturus non sit, at è contrario alij qui se vicarium ut ita dicam reum fecit indemnitate plenissimam præstaturus, pendet ex eo negocio quod inter ipsos gestum est separatim, non ex eo quod vterque ipsorum gessit cum creditore qui legauit liberationem. Proinde non potest liberationis legatum factum à creditore ex illo negotio inter alios gesto recipere interpretationem. † Nec si ponas creditorem istum rei gestæ veritatem non ignorasse, quia semper verum est quod ad creditorem spectat, & reum esse illū qui se tanquam reum obligauit, & fideiussorem illū qui non reperitur obligatus, nisi tanquam debitor reo prodesse, nec à fideiussore ad reum transire, ne per eiusmodi extensionem alij consulamus, quam cui testator consultum voluit, arg. l. nec adiect. 9. D. pro socio. Potest quidem fieri, ut ei quoque cuius nomen in testamento scriptum non est, consultum voluerit testator,

ator, quo casu placet non eo minus legatarium illum esse, §. penult. & vlt. eod. hoc tit. l. fideicommissi. 11. §. plerumque & §. de leg. 3. Sed ut alij quam cui prodesse testator voluit, proficiat legatum liberationis fieri nullo modo potest. Atqui ponimus liberationem legatam fideiussori non reo. Ergo nec si fideiussori idem reus sit tamen licet erandus erit tanquam reus, sed duntaxat tanquam fideiussor, aut ea liberatio neque ipsi proficit tanquam reo, neque alij qui tanquam reus voluit obligari. † Neque pugnat quod Paulus scribit in d.l. sed si fideiussor. 24. D. ac pact. Si fideiussor in rem suam sponderit, habendum eum pro reo, & idcirco pactum cum eo in initum cum reo ipso in initum videri, ut illi etiam qui pro reo datus est proficit tanquam fideiussori. Nam id rationem illam habet, quod cum pactum vltro interpositum fuit, non tam inspicimus cui pactum factum sit, quam cui prodesse interfit paciscentis, ut in præcedentibus legibus Paulus scribit. Cum verò liberatio alicui legata est, non illud inspicimus cui prodesse liberationem interfit legatarij, sed cui tantum prodesse, prospectumque esse voluerit is qui legauit, nec rursus cui tantum, sed etiam tanquam cui, ne liberationis effectus vltra testantis voluntatem porrigatur. † An ergo alia minorque potestas erit pacti propter liberationem legatam adhiberi, quam si vltro nec præcedente liberationis legata interpositum esset? Nequaquam ut superiore capite disputauimus contra Tribonianum. Sed hoc volo, aliter concipiendum pactum, quod sola paciscentium voluntate, aliter illud quod in legati consequentiam interponitur, Ne contra testatoris voluntatem eueniat, ut idem sit effectus vtriusque. Pactum quod non aliam causam habet quam paciscentium solam voluntatem, simpliciter concipiendum est, ut nihil prohibeat ne omnibus proficit, quibus prodesse interfit paciscentis. Neque ut quod in initum est cum fideiussore in rem suam proficit ei qui tanquam debitor pro huiusmodi fideiussore obligatus est, quicquid aliud exigimus, nisi ut qui paciscitur, sciat rem ita gestam inter reum & fideiussorem. (Alioqui sanè difficile est dicere, eum qui fecit pactum cum fideiussore quæ verum fideiussorem putabat, non facturus nisi sciisset iure ita comparatum esse, ut exceptio pacti cum fideiussore in initum non competat debitori, si postea cum debitor experiri velit repellendum exceptione) † At pactum quod ad effectum liberationis legata in initum etiam herede interponendum est cum fideiussore cui legata fuit liberatio, non simpliciter concipi debet, sed expressa qualitate fideiussoris, ut intelligat non liberari se per eiusmodi pactum nisi tanquam fideiussorem, nec proinde fieri posse ut id pactum alij vlli proficit, quia fideiussoris tanquam fideiussoris interesse nunquam potest, ut alij quam sibi pactum suum proficit, l. fideiussoris. 23. de pact. Idque intelligere possumus non obscure ex eo quod supra diximus de patre obligato actione de peculio eodemque filij sui fideiussore, eum scilicet si ex creditoris sui testamento liberationem meruerit, liberandum ab herede, quasi fideiussorem non quasi patrem d. §. vlt. huius legis. Ergo non per pactum simpliciter adhibendum, sed sub expressa illa qualitate fideiussoris. Quis enim dubitet, quin si pactum simpliciter patri factum esset de non petendo, habiturus ille esset pacti exceptionem, siue tanquam pater, siue tanquam fideiussor conueniretur. † Idem ergo dicimus legata liberatione fideiussori qui in rem suam fideiussor erat, aliumque reum dederat vice sua, ut si creditoris heres cum eo simpliciter paciscatur de non petendo, profuturum sit pactum ei quoque qui reus datus fuit, idque non propter legatum liberatio-

nis, sed propter pactum ex d.l. sed si fideiussor. Verum ne id eueniat, liberandum esse pacto hunc fideiussorem, non simpliciter sed tanquam fideiussorem. Quod & satis aperte Vlp. innuit, cum ait & liberatione legatam fideiussori, & fideiussore liberandum, demonstrata scilicet in omnibus non tam persona, quam qualitate fideiussoris. † Tertius Tribonianissimus est in §. sed si damnatus. Tractat Vlp. ex eodē Iul. casum illū quo filius familias debitor fuerit, & patri eius, aut ipsi etiam filio liberatio legata. Et primū quidē si patri liberatio relicta sit, pacto duntaxat liberandum patrem esse ait, ne filius quoque liberetur, siue aliquid sit in peculio die legati cedente, siue non. Sed si damnatus sit heres filium liberare, non adijcit Iulianus, inquit Vlp. vtrum acceptilatione filius, an pacto sit liberandus, sed videtur hoc sentire quasi acceptilatione debeat liberari, quæ res patri quæque proderit. Hunc verò versiculum existimo totum esse Tribonianum, existimantis minus accurate tractatā à Iul. propositam questionem, & ab eo prætermittam partem illam distinctionis, si non patri debitoris filio familias, sed ipsi filio familias liberatio relicta proponeretur. In quo labitur præculdubio manifesta iuris ignoracione. † Casum enim istum quo damnatus sit heres filium liberare, idem prætermisit consulto Iulianus, quia nec illa poterat incidere dubitatio vtrum acceptilatione filius, an pacto esset liberandus. Siue namque per pactum, siue per acceptilationem filius liberetur, fieri certè nequit ut non pater etiam per consequentias liberatus intelligatur, quia licet dici soleat eum qui cum filio familias contrahit duos habere debitores filium in solidum, patrem verò duntaxat de peculio, l. si quis cum filio familias. 44. D. de pecul. † Illa tamen inter vtriusque obligationem differentia est, quod filij obligatio & principalis & pura, patris autem non nisi condicionalis, & accessoria, ut paulo antè idem Vlp. scripserat ex Marcello qui hanc rationem secutus, inferēbat contra Iulianum, repetere patrem posse, quod soluerit pro filio familias debitore, qui rei iudicanda tempore non sit soluendo, tanquam condicionalem debitorem, aut eum saltem qui sit loco condicionalis debitoris, quem si interim soluerit id, quod non nisi sub condicione debetur, repetere posse non ambigitur. l. qui promisit. 48. D. de condit. indub. Quænam verò hinc condicio est? Nulla equidem expressa, quia nec obligatio ipsa expressa est, sed tacita, & quæ sola legis iurisque potestate inducitur, ob idque non sic loquuntur Iureconsulti ut patre condicionalem debitorem dicant, sed condicionalis debitoris loco. † Tacita autem condicio ea est, si filius debitor maneat, nec soluendo sit. Ac proinde filio liberato, siue per pactum, siue per acceptilationem, consequens est ut tanquam deficiente obligationis paternæ condicione pater quoque liberetur, idè quæ quod magis est, ipso iure tamen si filius eo casu quo per pactum duntaxat liberatus est, maneat ipso iure obligatus, quoniam ut tota condicio, cuius natura & potestas indiuidua est, defecisse intelligatur, sufficit deficere in parte, ut hic deficit ex ea parte quæ requirit filium familias non esse soluendo. † Est enim soluendo, adeoque in effectu soluisse intelligitur, quisquis tutus est exceptione pacti de non petendo, cum habeat quod obiciat creditori, quemadmodū de eo qui tempore liberatus fuit, eleganter Papinianus scribit in l. si pupillus. 45. in fi. D. de admin. & peric. iur. Nihil siquidē interest an liberatus quis sit tempore an pacto, cum vtroque casu liberatio non inducatur ipso iure, sed per exceptionem, quia tempus non est modus tollendæ obligationis, sicut nec pactum, l. obligationum serē 44. §. placet. D. de oblig. & act. † Bene igitur & subtiliter Iulianus vidit quod

Tribonianus ignorauit, legita filiofamilias liberatione non esse distinguendum an liberetur ille per pactum an per acceptilationem, cum perinde utroque casu pater ipso iure liberetur ob defectum conditionis, sub qua erat ille de peculio obligatus. Sed ei distinctioni tum demum locum esse, cum patri & quidem soli relicta liberatio est. Nam cum filiofamilias obligatio principalis sit, & pura, nihil vetat liberato patre per pactum, obligationem filiofamilias superesse, quæ tamen non superesset si liberatio per acceptilationem facta proponeretur, propterea quod acceptilatio, ut in superioribus diximus, civilis & imaginaria solutio est quæ iure civili ad effectum inducenda liberationis eiusdem potestatis est, cuius vera solutio & naturalis, *l. pen. D. de solut.* Patris namque & filij obligatio licet duorum sit, tamen vna tantum est, & vnica, siue naturali, siue imaginaria & civili solutione tollitur, ut eueniret in obligatione correorum debendi, aut rei & fideiusforis. Proinde ridicula est illa Triboniani adnotatio, sed videtur hoc sentire quasi acceptilatione debeat liberari, que res patri quoque proderit, & ei per similes, quam superiore capite obseruauimus in *l. 1. eo. hoc tit.* Eamque Triboniani manum illud etiam apertius prodit, quod statim sequitur in hæc verba, *quod obtinendum est, nisi euidenter approbetur contrarium sensisse testatorem, id est, ne filius inquietetur, non ne pater: Tunc enim acceptilatione eum non liberandum, sed pacto.* Nam quis obsecro ex prudentibus nostris aut aliis bona latinatatis auctoribus ita vnquam scripsit, *quod obtinendum est*, pro eo quod solent illi dicere, *quod obtinet.* Obtinendi enim appellatio refertur ad id non quod obtinet, sed quod obtinetur: quæ prorsus alia sunt, & diuersa: Planè in aperta voluntate testatoris vix vllus dubitationi locus relinquitur, quin possit pater manere obligatus vtiliter & efficaciter, filio solo per pactum liberato, ne liberalitas testatoris ultra id quod ipse voluerit, expressimque constituerit porrigatur: Est enim perpetuum & generale, ut in iis quæ ex testatoris voluntate & liberalitate proficiscuntur, nunquam ipso liberaliores esse debeamus, *l. facta. 63. §. si sub conditione. l. debitor. 59. in fine princip. D. ad SC. Trebell.*

CAPVT XII.

De sententia & emendatione l. si mandati.
59. §. creditor. D. mandat.

SVM MARIA.

- 1 Varias esse differentias inter creditorem qui pignus creditoris iure & eum qui iure communi vendit.
- 2 Præcipuam differentiam hanc esse, quod euictionem pignoris venditi non debeat creditor, qui iure creditoris vendidit, de ea vero teneatur qui iure communi vendidit.
- 3 Creditorem iure creditoris pignus vendentem vsque adeo de euictione non teneri, ut neque actione ex empto ad pretij accepti restitutionem teneatur.
- 4 Pignore tamen quod creditoris iure creditor vendiderat ante pretij solutionem euicto, nullo iure per creditorem pretium peti posse.
- 5 Affertur hanc in rem d. §. creditor. cuiusque species & questio declaratur.
- 6 Versiculum ex hoc responso. in d. §. non Pauli, sed Interpretis alicuius esse.
- 7 Quid Paulus in illa specie præcipue attendi velit?
- 8 Dictionem promiserit, in eodem §. abundare.

POtest tamen creditor pignus vendere, aut iure creditoris, aut iure communi, hoc est, vel tanquam creditor, vel tanquam alius quilibet, eo scilicet modo, quo

res aliena vendi potest, hæc tamen ut empti & venditi obligatio contrahatur, *l. rem alienam. 28. D. de contr. empti.* Quantum verò inter sit an creditoris, an communi iure pignus venditum sit à creditore, apparet ex iis quæ in hanc rem scripsimus, *Decade. 1. de error. pragmat.* Sed illa præcipua & notissima inter ceteras differentia est, quod euictionem pignoris venditi non debet creditor, qui vendidit iure creditoris quam vtique debet is qui vendidit iure communi. *l. 1. §. 2. C. credit. euict. pignor. non deb.* Qui enim vendit iure creditoris & vendendo id ipsum exprimit (alioqui iure communi vendere credendus est quisquis simpliciter vendit, vt maxime sit creditor) hoc ipso proficitur alienam rem se vendere, & cuius vendendæ non aliud ius habeat, quam quia creditor est, cum nec obligatam eam pignoris iure habere posset, si sua esset non aliena, *l. neque pignus. 45. de reg. iur.* Itaque nullam emptori facit iniuriam, etiam si euictionem præstare recuset dummodo præstet se & iustum & potiorum creditorem, si modo nihil dolo malo fecisse probetur, vt scriptum est in *d. l. 1.* Vtique adeo autem non tenetur de euictione creditor, qui iure creditoris vendidit, vt neque actione ex empto ad pretij accepti restitutionem teneatur. Id enim multis constitutionibus effectum est vt loquitur Vlpianus in *l. ex empto. 11. aliis l. emptorem. §. sententiam de act. empti.* Ita innuens non obscure, fuisse in id necessarium auxilium constitutionum, sed tamen, vt ego quidem arbitror, non tam ad nouum ius inducendum quam ne dubitationi locus aliquis relinqueretur, ex eo quod euenit nonnunquam, vt venditor qui de euictione non tenetur, nihilominus ad pretij restitutionem teneatur vt puta si conuenit expressim ne de euictione vllò modo vllòve casu obligetur, *§. vlt. eiusdem l.* Quid tamen si ante pretij solutionem, pignus à creditore iure creditoris venditum euincatur? Ad hunc casum constitutiones non pertinent, quæ de pretij restitutione locutæ, supponunt in necessarium antecedens, factam esse pretij solutionem. Nihil enim esset quod tractari posset de restitutione pretij non soluti. Ergo quamuis creditor si precium pignoris à se creditoris iure venditi ante euictionem accepisset, postmodum euictione secuta pretium restituere non deberet, si tamen, post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venundata secuta fuerit euictio, pretium petere nullo iure potest, tamen si pignoris possessionem ex causa venditionis transtulerit in emptorem, quia nec tradita videtur possessio quæ postea per euictionem fuit ablata. Nam si litem de proprietate motam esse sufficit ad hoc vt emptor ad totius vel residui pretij solutionem compelli non possit, cum in ipso limine contractus imminet euictio si non emptori satis offeratur, vt generaliter & indistinctè proditum est in *l. si post perfectam. 24. C. de euict.* quanto magis succurrendum est emptori cui non tantum mota fuit questio de re vendita, sed ipsa res iam euicta. Idque meo iudicio non minus aperte quam eleganter conicere licet ex eo Pauli responso quod extat in *l. si mandati. 59. §. creditor. D. mandat.* vbi proposita questione, An si pignoris venditi possessio euicta sit emptori, regressum creditor aduersus mandatorem habere possit, & an intersit vtrum creditoris iure vendiderit an communi iure, Paulus respondet, Si creditor ex pignoris precio debitum consecuturus non sit, mandatorem liberum non videri. Inde namque intelligimus non esse distinguendum an creditoris iure vendiderit creditor an iure communi, sed siue hoc siue illo modo vendiderit, an debitum ex pignoris precio consecuturus sit, necne, vt intelligamus fieri

fieri aliquo casu posse, vt etiam si pignus vendiderit creditor iure creditoris, precium tamen consequi prohibeatur, qui casus vtique alius esse non potest quam is quem nos dicimus, si pignus venditum euictum fuerit ante pretij numerationem, cum post pretij solutionem neque de eo consequendo agi oporteat, neque vereri ne creditor solutum sibi precium retinere non possit, à cuius restituendi metu ex constitutionibus liber est & immunis. Quod si ita est, vt proculdubio est, nemo non videt esse interpretis non Pauli additionem quæ in eodem responso subiicitur iis verbis, *Ex hoc responso apparet, si euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.* Primum quia Paulus ipse cuius responsum est, nunquam de suo responso tanquam alius & tertius quidam loquens ita scripsisset, *Ex hoc responso.* Deinde quoniam illatio ista profus aliena est à sensu responsi. Nam si nihil aliud inspicendum esset, quam vtrum creditor de euictione teneretur, necne, separandus omnino esset creditor qui iure creditoris, ab eo qui iure communi pignus vendidisset, quandoquidem qui creditoris iure vendit nunquam tenetur de euictione, nisi vel euictionem promiserit, vel dolum in vendendo admiserit, qui verò iure communi vendit semper tenetur, ex natura ipsius contractus nisi contraria pactioe sibi prospexerit, *d. l. emptio. l. si in venditione. 60. §. tot. tit. D. de euict.* Et tamen non placuit ea distinctio Paulo qui nihil aliud intuentum putat nisi vtrum creditor ex pignoris venditi precio debitum sit consecuturus, an non. Sed & quod præcipue obseruari volumus, fieri potest vt creditor qui pignus vendidit, de euictione non teneatur, quia nec euictionem promiserit, nec dolum admiserit, & tamen nihilominus precium sit consecutus. Nimirum si ante pretij solutionem aut mota sit lis de proprietate rei vendita, aut euictio secuta, vt à nobis probatum est Non ergo potest sufficere ad liberationem mandatoris eique proficere quod creditor qui pignus vendidit non teneatur de euictione, si non illud etiã concurrat vt non obstante euictione precium venditionis consequi possit. Interpretem istum imperitum illud vnum præcipitem egit, quod existimauit creditorem non alio casu prohiberi posse quominus venditionis precium consequatur, quam quo sit idem ille obligatus de euictione. Quod tamen quam falsum sit ex his quæ modo diximus, intelligi potest. In eodem Pauli responso abundat dictio *promiserit*, in illis verbis, *an communi iure promiserit*, Subaudiendum enim est verbum *vendiderit*, quod immediate præcedit. Venditio siquidem pignoris, vt præfati sumus, dupliciter fieri potest iure creditoris, & iure communi. Promissio autem euictionis præstanda nulla fit iure communi, siue creditor pignus distrahat iure communi, quia tunc euictionem promitti nil necesse est, cum ex natura contractus debeatur, siue distrahat iure creditoris, quia nec eo casu interponi vulgò solet, nisi cum cautius agere vult emptor, vt sua prospiciat indemnitati, *d. l. 1. C. credit. euict. pignor. non debet.* Credibile verò est, ex eiusdem interpretis glossa, & imperitia in textum irrepsisse verbum *promiserit*, quasi præcedentibus illis, *an communi iure nullus alioquin sensus constaret, qui tamen & optimus constat & aptissimus.*

CAPVT XIII.

Refutatur Accursij distinctio circa debitoris pupillaris liberationem.

SVM MARIA.

Ex Accursij distinctione debitorem pupillarem pupillo

soluente modo plenam, modo pleniorum, modo plenissimam liberationem consequi.

- 2 Prima eius distinctionis pars resutatur.
- 3 Solutione plenam liberationem non consequi debitorem pupillarem, cui post solutionem necessaria sit doli exceptio, ne iterum soluere cogatur.
- 4 Debitorem pupillarem, siue tutoris, siue pupillo tutoris auctoritate soluat plenissime & ipso iure liberari.
- 5 Pupillo restitutionem dari non posse si ea pecunia bene soluta postmodum ex euentu pupillo pereat.
- 6 Quando iudicis auctoritatem in solutione pupillo facienda lex requirat?
- 7 Eam auctoritatem necessariam non esse, quum tutor ipse solutionem accipere, vel pupillo solutionem accipientis auctoritatem prestare possit.
- 8 Quis in §. nunc admonendi. Inst. quib. alien. lic. sensus sit versiculi ita licere ad superiorem questionem pertinentis?
- 9 Respondetur ad l. 1. C. si aduers. solut. eiusque sententia proponitur.
- 10 Restitutionem in integrum in specie illius legis non ad hoc dari vt liberatio per solutionem curatori factam quaesita reuocetur, sed vt melius & exactius tutelæ rationes inueantur & subducantur.
- 11 Rationes reddidisse non videri tutorem qui reliquum non soluit, quamuis rationes ediderit.
- 12 Dictionem legem primam non bene sub illo titulo collocatam fuisse.
- 13 Tertia distinctionis Accursiane pars resutatur.
- 14 Aequè plenissimam liberationem pupillaris debitori contingere, si pupillo soluens tutoris auctoritatem adhibeat, ac si iudicis decretum aducere.

SCRIBIT tamen Accursius noster, quem & Bartolus & ceteri interpretes vulgò sequuntur, ad l. aut prator. 7. §. permittitur, *D. de minor. & ad leg. 1. C. si aduers. solu.* Debitorem pupillarem pupillo soluentem interdum plenam consequi liberationem, pleniorum nonnunquam, plenissimam aliquando. Plenam, inquit ille, si soluerit pupillo sine tutoris aut iudicis auctoritate, ex euentu tamen appareat pecuniam in rem pupilli veriam fuisse, quoniam hoc casu liberatur debitor opposita doli mali exceptione, ne lucrum pupillus caperet ex damno alieno, *leg. si fundus. 13. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. vtere. 14. C. de prad. minor.* Pleniorum, si soluerit, aut tutori ipsi, aut pupillo tutoris auctoritate interueniente, sed tamen ea pecunia pupillo tandem perierit, nec in rem ipsius versa reperitur: Quasi hoc casu indulgenda sit pupillo in integrum restitutio aduersus debitorem, ipso iure liberatum. Ex §. *at ex contrario Inst. quib. alien. licet vel non & ex d. l. 1. C. si aduers. solu.* Plenissimam si soluerit autore iudice, quod hic casus excludat spem omnem restitutionis, etiam si damnum in effectu sentiat pupillus, *ex d. §. at ex contrario. d. §. permittitur. & l. sancimus. 25. C. de administ. tut.* Mihi nulla huius distinctionis pars probari potest. Primum enim falsum illud est, plenam liberationem acquiri cum pupillo solutum est, si neque tutoris neque iudicis interuenierit auctoritas, tamen si pecunia probetur versa in rem pupilli. Liberationem namque cum dicimus, non tam factum quam ius significamus. Nascitur enim sola iuris potestate ex solutione quæ facta est, at non ex solutione qualibet, verum ex ea quæ facta sit secundum regulas iuris civilis. Cuiusmodi non est solutio facta pupillo sine tutore, quia pupillo interdita est omnis alienatio, alienat autem qui amittit debitore, licet in vicem debitoris accipiat pecuniam aut alterius rei solutionem, non secus ac si rem aliquam mobile aut immobile distraheret precio accepto. Quæ Iustiniani sententia

& ratio est, in §. *nunc admonendi versic. idēque Institut.* quib. alien. sic. vel non. ubi ex hoc inferit, Si debitor pupillo soluat, necessariam esse debitori tutoris auctoritatem, alioqui eum non liberari. † Nec quod habiturus sit exceptionem doli si probet in rem pupilli verisimile esse pecuniam, ad rem facit. Tanto magis enim ex eo apparet nullam debitori, nedum plenam liberationem acquiri, cum exceptio quæ nihil aliud quam actionis exclusio est sicut actionem, ita & obligationem supponat, sine qua nec actio vlla esse potest *l. licet. 43. §. ea obligatio. D. de procurat. iunct. l. 1. & 2. D. de excep.* Planè effectu ipso satis liberatus esse intelligitur, qui vtilem habet siue doli, siue aliam exceptionem, *l. nihil interest. 112. de regul. iuris.* Sed effectus ille non tam ex solutione ipsa nascitur, quam ex euentu verisimile in rem pupilli pecuniam: qui tamen non est modus obligationis tollendæ iure civili: neque ex iis qui naturales dicuntur, neque ex iis qui civiles, de quibus in *l. pen. D. de solut.* Obligationem enim quæ solutionis potestate tollatur, vel tunc tolli necesse est cum solutio fit, & eo ipso instanti, vel nunquam, quia potestas iuris quæ solâ, vt diximus, liberationem inducit, manere in suspensio nullo modo potest. Denique doli exceptio non ex iure proficitur, sed ex æquitate contra iuris rationem militante, nec aliam causam habet quam ne cui dolus suus profit aduersus naturalem æquitatem, *l. 1. D. de doli except.* Nemo igitur nisi malè cum Accursio dicere possit plenam liberationem solutione consecutum eum, cui post solutionem necessaria sit exceptio doli, ne iterum soluere condemnetur. † Secunda uerò pars supradictæ distinctionis æquè falsa est. Nā pupillaris debitor siue tutori soluerit, siue pupillo ipsi tutore autore, non solum plenè & plenius, vt vult Accursius, sed etiam plenissimè liberatur, & ipso iure, vt Papinianus scribit in *l. Lucius. 46. §. tutela D. de adm. nistr. & per. tutor.* Nec tantum si soluerit tutori tutelam gerenti, vt eo loco Papinianus loquitur (nimirum ad differentiam eius qui ab administratione remotus est) sed et si honorario, quia & ad eum administrationis periculum pertinet *l. quod si forte. 14. §. 1. D. de solut.* Quis autem vnquam dixit obligationem ex euentu reuocari, quæ semel ipso iure fuerit precepta? *d. l. sancimus. 25. vers. non enim C. de adm. tuto. vulg. l. qui res 98. §. arcam. D. de solut.* aut pupilli priuilegium in ea re vltimum esse? *l. C. de contr. iudic. tutel.* † Neque uerò hoc negat Accursius. Ex solutione tutori facta vel pupillo tutori autore contingere ipso iure liberationem. Sed vult posse pupillo dari restitutionem causa cognita, si ea pecunia bene soluta postmodum ex euentu pareat pupillo, qui neque pecuniam habiturus sit, neque actionem vtilem & efficacem ad eam recuperandam, fortasse tutore ipso tutorisque fideiussoribus non idoneis constitutis. Quod tamen neque lege aliqua probari potest, neque ratione. † Nam quod iudicis auctoritatem requirere videtur Iustiniani constitutio in *d. l. sancimus*, & de qua in *d. l. §. at ex contrario* ad casum longè diuersū pertinet, ad eū scilicet quæ solutio facta sit non tutori ipsi, sed pupillo sine tutoris auctoritate; eo nimirum tempore quo nullusdum sit tutor aut curator. Ait enim lex *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela*, id est, dū exactè, & cautè, quantum fieri potest, proceditur ad dationem tutoris vel curatoris. Habet enim ea res plerumque longas moras ob tergiversationes eorum qui vel iniustas adferunt excusationes, vel tutores dati confugiunt ad auxilium improbæ appellationis. Quo tamen toto intermedio tempore iniquum est in obligatione inuitum retineri debitorem pupillarem; qui pecuniam in numerato

habet quam statim soluere vt liberetur, & possit & velit. Cum uerò pupilli utilitas, & naturalis æquitas non pateretur ita ius constitui vt solutio facta pupillo sine tutoris auctoritate pareret debitori liberationem, illud vnicum remedium fuit, vt imperitum & sententia iudicis pro tutoris auctoritate esset. In iis nimirum, quæ maioris momenti esse viderentur. Annuos enim redditus annuâque pensiones etiam sine iudicis decreto solui posse placuit eidem Iustiniano in *d. l. sancimus. & in l. constitutionem. 27. cod.* † At eo casu quo pupillus habeat tutorem qui solutionem ipse accipere, aut pupillo solutionem accipienti præstare auctoritatem possit, nusquam constitutum aut scriptum reperitur, necessarium præterea esse decretum iudicis: vt soluens debitor plenissimam liberationem & securitatē consequatur. † Neque repugnat quod idem Iustinianus suâ illâ constitutione referens in *d. §. ait ex contrario*, discretè scribit per eam dispositum esse, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem soluere vt prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat.* Non enim horum verborum sensus ille est vt eo quoque casu quo tutor vel curator adest, iudicis auctoritatem interuenire oporteat, sed hic potius vt si pupillo solutum sit sine tutore, vel minori sine curatore, nullaque iudicis auctoritate intercedente, vsque ad eum in obligatione retineatur debitor, vt nec in tutoris vel curatoris potestate sit ratam facere solutionem ad parandam debitori liberationem siue iam tum cum solutio facta fuit, tutor vel curator aderat, siue postea datus proponatur. Eamque interpretationem probat, non illud solum quod in illa Iustiniani constitutione scriptum diximus, *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela.* Sed etiam quod in eodem §. *at ex contrario* subiicitur in hæc verba, *Quod si pupillus malè consurperit, pecuniam scilicet sibi solutam, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur, quia temere sine tutoris auctoritate & non secundum dispositionem soluerit.* Quid enim scribi potuit apertius vt intelligeremus, Eadem imputari posse debitori, qui soluit pupillo & sine tutore & sine iudice, non etiam illi qui alteruti adhibuit, licet non adhibuerit vtrūque. † Nec rursus contrarium est quod Imperatores rescripserunt in *leg. 1. C. si aduers. solut.* Exemplo cæterorum debitorum etiam tutores ea quæ ex tutelæ administratione debent curatoribus soluentes liberari, sed ante tempus in integrum restitutionis præstitum, edicto perpetuo permissum beneficium implorari, & an sit tribuendum per causæ cognitionem æstimari posse. Imperatorum namque sententia non alia est, quam vt minor cuius curator solutus est per tutorem quicquid ex causâ tutelæ debebatur, restitui in integrum possit aduersus tutorem. At non in hoc vt rescindatur liberatio quæ fuerat quæsitâ per solutionem, tametsi soluta curatoris egeno pecunia malè ab eo contempta & profligata proponeretur, sed in id tantum vt si quid amplius tutor habebat quam ex redditibus rationibus debere visus fuisset, condemnari debeat ad totum id quantumcunque sit præstandum, ac si nondum redditæ rationes essent, salua ei manente liberatione, quod ad eam duntaxat pecuniam quæ curator à tutore soluta reperitur. Finge per incertiam aut imperitiam aut dolum curatoris, ad eum malè ac perfidè redditas esse tutelæ rationes, vt tutor quem postea re melius examinata compertum sit debere quingenta non nisi ducentorum debitor fuerit constitutus. Ea uerò ducenta curator à tutore soluta esse, postmodumque à curatore ipso deperdita, qui nec soluendo

soluendo sit, nec idoneos habeat fideiussores (quantum nec aliud erit etiam si locupletissimus proponatur.) † Dant Imperatores in integrum restitutionem minori contra tutorem causa cognita, id est, si læsum se probet, in quo vno versatur causæ cognitio quam adhiberi necesse est in integrum restitutionibus minorum. Sed an in id, vt tutor ea ducenta quæ curator soluit, iterum soluere compellatur? vt Accursius existimat. Minimè gentium. Quid ergo? In id duntaxat vt iterum melius subducantur & ineantur rationes, compertoque quod tutor debitor re vera fuerit in quingentis, perinde trecenta adhuc peti ab eo possint, ac si à rationum reddendarum obligatione liberatus nunquam fuisset. Nempe quia nec sola rationum redditio liberat ipso iure tutorem aliumve administratorem, sed solutio reliquorum, id est, eius quantitatis totius quæ rationibus bene redditis deberi appareat. † Nam nec rationes reddidisse videtur, qui reliquum non soluit, quamuis ediderit rationes, sicut neque is qui reliquum soluit, non editis rationibus, *l. non solum 8. §. is qui reddere de liber. legat. l. si ita 13. §. hæc questio. D. de manu. test. l. cum seruus 82. de cond. & demon.* Cæterum vt ducenta quæ tutor curator iam soluerit iterum solui debeant à tutore prætextu inopie curatoris, aut malè redditarum rationum, neque per in integrum restitutionem, neque alio vllō iuris aut æquitatis commento fieri potest. † Illud uerò etiam obiter notari volumus, in eptè à Triboniano positum esse rescriptum illud Imperatorum sub eo *titulo si aduersus solut. à tutor. vel a se fact.* Titulus enim est de solutione quam vel pupillus vel tutor ipse pupilli nomine fecerit. De qua etiam Paulus in *l. qui res 98. §. hinc applicatur minor. D. de solut.* Rescriptum uerò est de solutione facta minori, aut quod idem est, minori curatoris, per tutorem tantum pupilli debitorem. Aduersus quam solutionem restitui pupillum aut minorem impossibile est, ad rescindendam obligationem, quæ per solutionem extincta sit, hoc est, quatenus id quod reuera debebatur, reuera solutum fuit. Ideoque nec in eius legis specie restituitur minor aduersus solutionem à debitore suo factam, sed aduersus improbam aut erroneam rationum redditionem vt pro non redditis habeatur, quæ perperam redditæ reperiuntur. † Tertia distinctionis Accursianæ pars superest, ad eum casum pertinens quo pupillaris debitor soluerit pupillo, iudicis auctoritate interueniente, siue tutor quoque adfuerit solutioni, siue non. Et in hac etiam parte Accursium cum sequacibus suis errare contendimus, non in eo quod putat debitorem eo casu consequi plenissimam securitatē, vt nulla prorsus ex causâ inquietari vnquam possit ne quidem per in integrum restitutionem (sic enim apertissime scriptum est in *d. §. at ex contrario, in d. l. sancimus. & in d. l. aut prætor 7. §. permittitur. D. de minor.*) sed in eo quod volunt maioris hac parte potestatis esse iudicis quam tutoris auctoritatem, † Apertè contra quam viuum sit Vlpiano in *d. l. aut prætor. §. 1.* ubi ait, si minor conueniat suum debitorem adhibendos esse curatores vt ei soluatur pecunia, idemque postea repetit iis verbis, *aut curatoribus soluti si sunt* ne dubitare quis possit quin bene soluatur curator sine metu vllō restitutionis. Tum subiungit. *Quid tamen si prætor decernat soluendam pecuniam minori sine curatoribus & soluerit, an possit esse securus dubitari potest.* Quibus verbis an non aperte significatur longè minus dubitari posse de securitate debitoris, quis tutore vel curatore autore, quam eius qui iubente duntaxat iudice soluit. Quod & magis probant quæ apud eundem Vlpianum sequuntur: *Puto autem si allegans minorem esse*

compulsus sit ad solutionem nihil ei imputandum. Nisi forte quasi aduersus iniuriam appellandum quis ei putet. sed credo prætorem hunc minorem in integrum restitui volentem auditurum non esse. Nulla enim talis distinctio aut hæsitatio vnquam incidit in eam speciem quam minori vel pupillo tutore vel curatore autore solutionem proponeretur. Quamquam totus ille versic. ab iis verbis *quid tamen* mihi valde suspectus est, & si bene stylum agnosco sapit non obscure Tribonianum respicientem fortasse ad supradictam Iustiniani constitutionem quæ extat in *d. l. sancimus.* Nec aliud mihi iudicium est de versic. *sed hodie*, vsque ad versic. *permittitur etiam*, ubi tractatur de pecunia in eadem deponenda. De quo alibi à nobis tractatum fuit. Vt sit, æquè plenissimam securitatē consequitur debitor pupillaris qui pupillo soluens adhibet tutoris auctoritatem, atque si adiceret iudicis decretum. Vtroque enim casu verum est quod ait Iustin. in *d. l. sancimus.* id quod ritè ac secundum leges ab initio actum est, non debere ex euentu rescitari: Item que quod idem Vlpian. in *dict. l. quid autem 6. §. adu. Labonem. Daque in fraud. credit.* iniquum esse impune non soluere eum qui per prætorem cogatur aut cogi possit vt soluat, quod debet: quomodo vtique cogi debitor pupillaris potest, per tutorem pupilli, vt ipsi tutori soluat.

CARVT XIII.

Emendatio §. vsumfructum l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de solut.

SUMMARI A.

- 1 Papiniani à Paulo dissensio in illa questione, an legatis creditori decem que post annum ex debebantur, si viuo testatore annus supervenerit, inutile fiat legatum?
- 2 Papinianum ab Africano dissensisse in illa questione, an adiecto solutionis causa solui possit si postea capite minutus sit.
- 3 Ratio à Papiniano pro sententia sua fundamento allata, eiusque explicatio.
- 4 Quenam ratio in prima questione pro Paulo contra Papinianum faciat?
- 5 In specie ab Africano tractata ratio pro Papiniani sententia contineri.
- 6 Papinianum in d. §. vsumfructum de ea capitis diminutione intelligi non posse; quæ iam interposita stipulationis tempore contrahitur.
- 7 Utriusque Iurisconsulti sententiam ad omnem capitis diminutionem indistinctè pertinere, siue per eam status melior, siue deterior factus sit.
- 8 Ratio qua Africanus in proposita questione mouetur.
- 9 Quomodo Papinianus rationem sententia Africani in d. §. diluat?
- 10 Eiusdem Papiniani sententia in §. nam si furiosi. d. l. Stichum?
- 11 Pupillo solutionis causa adiecto eius tutori vel curatori rectè solui posse.
- 12 Obiecto aduersus Papiniani ratiocinationem in d. §. nam si expressam.
- 13 Longè difficilior in d. §. iussu vt pecunia que conditionis implenda causa furioso vel pupillo danda erat, tutori vel curatori dari possit, quam vt pupillo vel furioso solutionis causa adiecto, debitori liceat alternitius tutori vel curatori soluere.
- 14 Cur pupillo solutionis causa adiecto debitor sine tutoris auctoritate soluens liberetur?
- 15 Creditorem debitoris nihil posse imputare, si pupillo solutionis gratia adiecto, debitor ille eius tutori soluerit.

- 16 Quod pupillo debetur, ipsi bene & utiliter non solui, nisi tutoris auctoritas interuenierit, vel nummi soluti salui sint.
- 17 Ea que pupillo vel furioso implende conditionis causa solui debuerunt, recte tutori vel curatori solui, siue ea pecunia in rem pupilli vel furiosi versa sit, siue non sit.
- 18 Pecuniam tutori solutam in rem pupilli versam censeri.
- 19 Quare ratione moti Labeo & Pegasus in d. §. nam si. utilitatis gratia admiserunt, ut conditio soluendi pupillo vel furioso in persona quoque tutoris vel curatoris impleri possit?
- 20 Fieri non posse ut illius conditionis implementum in suspensio maneat, donec pecuniam in rem pupilli versam esse vel non esse constiterit.
- 21 Alia ratione superior Pegasi & Labeonis sententia confirmatur, & ad eam adhibita distinctio refutatur.
- 22 Pecuniam que pupillo aut furioso implende conditionis causa dari debuit pro soluta haberi, si tutor eius mortem in accipienda solutione oblata contraxerit.
- 23 Conditionem dandi domino impletam intelligi si eius seruo datum sit.
- 24 Distingendum tamen esse, an is qui dare debuit seruo simpliciter dederit, an ea mente & lege ut seruus domino daret.
- 25 Eam conditionem nesciente domino impleri non posse.
- 26 Hinc fieri ut seruo pecuniam ea lege acceptam ut domino daret, per malam fidem retinente, aut perdente impleta condicio dici non possit.
- 27 Sic rem absentis donatam, & per proprium ipsius seruum missam non ante ei ex causa donationis acquiri, quam acceperit.
- 28 Exceptio subicitur ex l. absentis. 10. ff. de donat.
- 29 Versiculum contra qui domino l. qui heredi 44. de cond. & demonst. ex d. §. nam si. supplendum esse.
- 30 Conditionem dandi domino tunc impletam censeri, quum pecunia ea lege seruo data est, ut subinde domino daret.
- 31 Exemplum de pecunia seruo data per eum qui domino dare debuit cum eo casu optime conuenire, quo tutori solutum sit quod conditionis implende gratia pupillo solui debuit.
- 32 Vnam esse inter hos duos casus differentiam.
- 33 Versiculum idque ita recipi &c. e. d. §. nam si. delendum esse.
- 34 Alius eiusdem paragraphi locus emendatur.
- 35 Superiorem versiculum a Triboniano additum fuisse.
- 36 Versiculum ceterum usque ad finem §. nam si. ad questionem ibidem proposuam non pertinere.
- 37 Eundem versiculum contra Papiniani sententiam potius, quam pro ea facere videri.
- 38 Papiniani ratiocinatio in d. §. vsumfructum & seq. asseritur.
- 39 Quid Tribonianum impulserit, ut dictum versiculum Papiniani verbis adnecteret.
- 40 Multum interesse, an quis implende conditionis gratia seruo, an vero domino dare promiserit.
- 41 Data pecunia domino que seruo dari debuit, conditionem impletam non censeri, nisi serui voluntate domino eius data sit.
- 42 Pecuniam que implende conditionis causa ipsi domino danda fuit, seruo recte primum dari, modo ea lege detur, ut domino reddatur.
- 43 Conditionem non itidem impletam videri, si pecunia que tutori, non pupillo danda erat, ea lege pupillo data sit ut tutori redderetur.
- 44 Adversus idem respondendum ubi de eius sensu.

- 45 Aliam esse conditionem serui cuius persona in conditione implenda posita sit, aliam eius serui qui solutus tantum causa sum adiectus.
- 46 Renocatur in dubium eius versiculi veritas.
- 47 Papiniani sententiam in d. §. vsumfructum, propositam non ad solam vsumfructum, sed etiam ad ceteras res pertinere.
- Observauimus in prioribus Coniecturarum libris dissensisse Papinianum a Paulo in questione illa, Si debitor decem legauerit creditori que post annum ei debebat, & viuo testatore, annus superueniat, an inutile fiat legatum. Paulus enim inutile effici voluit, quanquam constiterit ab initio. l. debitor 82. De legat. 2. Papinianus vero nec si viuo testatore dies venerit aut debiti condicio impleta fuerit, irritum tamen fieri legatum patitur quod semel competuit, in l. verbis legat. 5 in fi. D. ad l. Falcid. Idem Papinianus, ni fallor, dissentit etiam ab Africano in questione leg. cum quis 38. D. de solut. Nam si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, placet Africano magis esse ut ita demum recte Titio solui dicendum sit si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur. Ceterum siue in adoptione siue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel seruus factus sit, non recte ei solui dicendum. Tacite enim inesse conuentionem stipulationis videri, si in eadem causa maneat, d. l. cum quis. Papinianus autem contra, in l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vsumfructum eoa. tit. disertè scribit, Si vsumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum Titio capite diminuto, non idcirco interdicere soluendi Titio facultatem, non illa tantum ratione, quæ fortassis Papiniano sufficere potuisset, quod ea Titio soluendi facultas ab initio constiterit ex lege sic dicta stipulationis, sed hac potissimum quia, inquit, & sic stipulari possumus mihi, aut Titio cum capite minutus erit dari. Sensus est, capitis diminutionem quæ contigit ex postfacto in persona Titij facere non posse, ut quam primum habuit promissor Titio soluendi facultatem interdicere dicendum sit, quia licet Titius in eodem statu eademque causa non manserit, mutatio tamen quæ superuenit talis non est quæ impedire debeat ne Titio fieri solutio possit, quandoquidem & ab initio poterat solutionis causa Titij adici stipulationi in eum ipsum casum qui euenit, si capite minueretur. Itaque longè maior ratio in hac specie pro Papiniano facit contra Africanum, quam in illa priore in qua dissentit a Paulo. Ibi enim, id est cum viuo testatore superuenit dies, vel impleta est condicio debiti quod ante diem vel conditionem fuerat legatum, peruenit res ad eam causam a qua incipere non potuit, quod cum accidit solet actus interdicere etiam qui ab initio constitit, Ex ea iuris regula quam plerique ex prudentibus probauerunt, l. pro parte 11. De seruit. l. quia in eum casum 16. D. ad l. Aquiliam leg. existimo 98. in prin. D. de verb. oblig. licet nec Paulus ipse qui ex eorum numero fuit, neget vitari eam plerumque, & suas pati exceptiones in l. in ambiguis 85. non est nouum de regul. iur. At in specie quam Africanus tractat, hoc amplius est pro Papiniano, quod per superuenientem in Titij persona capitis diminutionem non idcirco peruenit res ad eum casum a quo incipere non potuerit. Nam siue iam ipso stipulationis tempore capite minutus fuisset, perinde tamè in stipulatione solutionis gratia adici potuisset, siue nondum ea diminutio tunc contigisset, nihil tamen prohibebat, in eum casum, in idque tempus conferri facultatem Titio soluendi, quo esset ille capite diminutus. Nec video qua ratione defendi possit quod ineunda conciliationis gratia quidam volunt,

volunt, intelligendum esse Papinianum de ea capitis diminutione quæ iam contigerat tempore interpositæ stipulationis. Repugnant enim verba illa, Titio capite diminuto, facultas soluendi Titio non intercedit, quæ aperte præ se ferunt Titium ab initio & ipso stipulationis tempore capite diminutum non fuisse. Alioquin non de illo querendum fuisset, An facultas soluendi Titio intercederet, sed de hoc potius, An vnaquam constitisset. Interdicere siquidem dicitur, quod ita constitit ab initio, ut postea tamen consistere desierit, l. intercedit 59. D. de cond. & demonst. Sed & ridiculus esset Papinianus qui tantopere laboraret in comprobanda ea re quæ nullam prorsus haberet dubitationem. Quis enim dubitet eum qui iam sit capite minutus in stipulatione adici posse solutionis causa? Nec alij meo iudicio subtiliores sunt, qui Papiniani sententia eoduntaxat casu admittunt, quo capitis diminutio statim Titij mutaueris in melius, Africani contra quo in deterius. Nam sicut vtriusque Iureconsulti sententia generalis est, ita & rationes quibus vterque mouetur, ad omnem capitis diminutionem indistinctè pertinent, nihilque aliud iuuetur Papinianus nisi quod certam legem & conditionem ab initio habuerit stipulatio, ut Titio solutionis causa adiecto perinde ac stipulatori ipsi solui posset, l. vero procuratori 12. vers. alia causa est eod. tit. De solut. quodque per capitis diminutionem quæcumque tandem illa sit nihil tale accidat propter quod ea lex & condicio certa stipulationis videri debeat immutata. Contra vero Africanus hac vna ratione mouetur, quod huiusmodi stipulationi tacite inesse conuentio & condicio ista videatur. Si eodem statu Titius manserit, quasi mutato eius statu, nouus & alius homo esse credendus sit, atque ita deficere incipiat voluntas stipulatoris quæ fiebat ut Titio recte solui posset. Nam & alia plerumque euenit ut qui ex conuentione quod vni debebat alteri soluere ex creditoris sui pacto & voluntate potuit, eam soluendi facultatem amittat ex mutatione quæ medio tempore superuenit ut in eleganti illa specie à Proculo tractata in l. si cum Cornelius 82. eod. tit. De solut. Porro non minus mutatur status Titij qui per capitis diminutionem factus sit melioris conditionis, puta ex filiosam, paterfamilias per emancipationem, quam si factus esset deterioris, puta redactus in seruitutem aut in alienam potestatem. Nulla igitur conciliationis ratio, nisi frustra queri potest. Idque facile admittet quisquis cetera quæ sequuntur apud Papinianum in d. §. vsumfructum, bene intelliget. Cum enim sciret ille sententiam Africani, aut si voles etiã Iuliani quam tum improbat, nec alia nec meliore nitracione, quam quod Titius solutionis gratia in stipulatione adiectus, alius homo esse post capitis diminutionem existimetur, putauit subiungendum ad eam diluendam, quod statim sequitur, non esse nouum ut cum quis causa solutionis adiectus est alij tamen quam illi ipsi recte soluiatur. Id enim est quod Papinianus ait, Nam si furiose vel pupilli persona adiecta sit iura tutori vel curatori pecunia recte dabitur sicuti conditionis quoque implende causa recte pecunia tutori vel curatori datur. Finge stipulatum esse me Mihi aut pupillo dari. Dubium equidem non est quin promissor etiam sine tutoris auctoritate soluendo pupillo, à me liberetur, quoniam soluit ex mea voluntate leg. si stipularis seruo 11. eod. tit. quod ita proculdubio accipiendum est. Etiam si postea veterem ne solueret pupillo nisi tutore autore, quia certam legem, ut iam dixi, certamque conditionem habuit stipulatio quam immutare non potui, d. l. vero procuratori 12. vers. alia causa eod. Sed

quid si tutori ipsi soluere maluerit? Hoc quoque permittendum ei esse vult Papinianus, quamuis reuera tutoris alia persona, alia pupilli. Quidni verò? cum placeat conditionis quoque implende causa recte pecuniam tutori dari? Quod tamen ut multò difficilius videretur illud faciebat, quod conditionum omnium proprium illud est, ut eas impleri oporteat in forma, ut nostri loquuntur, specifica, & eo ipso modo quo testator voluit aut alius quisquis ille sit qui conditionem adscripsit vulg. leg. qui heredi 44. l. Manius 55. De cond. & demonst. l. hereditibus. 77. §. 1. D. ad S. C. Trebell. Non autem implet in forma specifica qui pecuniam quam pupillo dare debuit, dat tutori: aut qui eam quam furioso dare debuit, dat curatori. Nam & alia persona est furiosi, alia curatoris furioso dati. Quare nec illud ex iuris ratione obinet sed Labeonis potissimum & Pegasi auctoritate infidelium receptumque fuit, quibus visum est ita utilitatis causa recipiendum ut & Papinianus fatetur. Ergo inquit, si quis pro Africano contra Papinianum volet contendere, facile hanc Papiniani ratiocinationem diluet, eodem prorsus modo, quo ipse Africanus in leg. qui negotia. 34. D. mandat. eam impugnant sententiam quam Vlpianus probat in l. singularia. 15. De reb. cred. diluit potissimum Vlpiani rationem ex eo quod quæ benigne & utilitatis causa recepta sunt non sint producenda ad consequentias. Sed ego pro Papiniano replicabo, posse non male argumentum sumi ex eo quoque quod utilitatis causa receptum est, cum tale illud est, quod difficilius admitti debuerit quam id de quo admittendo disputatur, ut euenit in proposito. Fuit enim illud longè difficilius, ut pecunia quæ conditionis implende causa vel pupillo vel furioso danda erat, tutori, vel curatori dari posset, quam ut pupillo vel furioso, solutionis causa in alterius stipulatione adiecto, liceret debitori soluere tutori pupilli aut curatori furiosi. Quid enim est quod hoc casu prohibeat ne debitor liberetur, perinde ac si persona pupilli aut furiosi non solutionis sed obligationis causa in stipulationem deducta proponeretur? Nam si quis dicat inter hos casus differentiam magnam esse, propterea quod vno tantum non etiam alio casu liberetur promissor qui pupillo soluit sine tutoris auctoritate d. l. si stipularis 11. iunct. l. pupillo 15. eod. tit. De solut. in promptu est respondere differentiam illam respicere fauorem solius debitoris, ut si soluat pupillo qui solutionis tantum causa fuerat adiectus, liberetur, quamuis non adhibuerit tutorem, quia ut iam dictum est, soluit ex voluntate creditoris, qui debet sibi imputare cur non ea stipulationi legem ab initio dixerit, ut non nisi vel tutori ipsi, vel pupillo cum auctoritate tutoris solueretur. At non similiter possis imputare debitori qui soluit tutori pupilli solutionis gratia adiecti, cur non potius ipsi pupillo soli soluerit, cum soluendo tutori plus etiam fecerit, in eo nimirum quod curauit ut pecunia quæ soluebatur tutore loco esset, cum tamen id curare nullo modo cogeretur, non magis quàm creditoris sui re agere in eo negotio in quo nihil prorsus sua interesset. Neque verò potest dicere creditor ita suam offendi voluntatem, quia tametsi eam stipulationi legem dixerit, ut pupillo solui oporteret, solius pupilli non etiam tutoris persona demonstrata: qua tamen fronte possit obicere non debuisse solui tutori quod potuit solui pupillo? Diuersa causa est eius quod pupillo debetur. Non enim aliter solui pupillo bene & utiliter potest, quam si vel interueniat auctoritas tutoris vel nummi salui sint d. l. pupillo: quia præter iuris rationem nihil hic est quod faciat pro-

debitore solvente: iuris autem ratio non modò non patitur, sed etiam prohibet atque impedit expressim, ne quod pupillo debetur, possit ei solui sine autoritate tutoris. † Quod tamen Labeo & Pegasus utilitatis causa admittendum esse putauerunt, vt quæ implenda conditionis gratia pupillo vel furioso solui debuerunt, ea tutori vel curatori solui possint, subiugit Papinianus ita recipi posse, si pecunia in rem pupilli vel furiosi versa sit, quomodo, inquit, si domino quis dare iussus seruo dedisset vt domino daret. Hoc verò cuiusmodi sit, non facile intelligo. Illa namque distinctio, An pecunia pupillo debita & soluta in rem pupilli versa sit, necne, tunc adhiberi solet, cum ipsi pupillo sine tutoris autoritate solutum fuit, non etiam cum vel tutoris autoritas interuenit, vel tutori ipsi solutio facta est, *dict. l. pupillo. §. si ex contrario Institut. quib. alien. licet vel non. †* Siquidem fieri nequit vt in re pupilli versa non sit pecunia, quæ soluta est tutori, cum in rationem tutelæ conuertatur, ex eaque causa tutor pupillo saluam eam facere teneatur. Alioquin perinde dicendum esset, liberari non posse debitorem pupillarem, qui tutori præsertim inopi fortasse minusque idoneo soluisset, si nõ præterea in rem pupilli ea pecunia versa probaretur, quod vtique falsum est *l. Lucius 46. §. si uel. D. de adm. & peric. tut. l. 4. §. illa etiam questio D. de doli excepti.* Et certè cum huic distinctioni, an pecunia in rem pupilli versa sit necne, locus nullus relinquatur, ne tunc quidem cum pupillus ipse solus & sine tutore solutionem accepit, quia implementum conditionis in facto tantum non etiam in iure consistit, *d. l. qui heredi.* partimque referat, an conditionis implendæ causa iussus aliquis sit pecunia in pupillo vel furioso dare, aut eam in mare proicere, *d. l. Manius 55. eod. tit. De cond. & demer. st.* quantò minus adhiberi debet hæc distinctio cum solutio fuit facta tutori ipsi vel curatori: † Nam & si proprius intueare non alia de causa putauerunt Labeo & Pegasus admittendum esse utilitatis gratia vt in persona quoque tutoris vel curatoris impleri posset condicio dandi pupillo vel furioso, quam quod ea ratione magis ac melius consultum esset pupillo & furioso, quos alioquin credibile erat pecuniam illam quam sine tutore vel curatore accepissent malè consumturos esse nec in suam utilitatem versuros. Aliter namque interpretantibus, quænam obsecro utilitatis ratio fingi potest quæ contra rationem iuris sententiam huiusmodi à Labeone ac Pegaso extorserit? Nulla prorsus. † Neque verò fieri potest vt implementum conditionis quod totum, vt diximus, in facto consistit, pendeat ex futuro euentu & post factum quoque id est post dationem ipsam remaneat in suspenso quousque certum esse ceperit pecuniam in rem pupilli versam esse vel nõ esse. Vt enim vertatur in rem pupilli vel non vertatur, ex postfacto æstimari sciri que necesse est, non autem ex ipso instanti dationis, quo tamen instanti certum esse oportet an conditio impleatur necne. Nam condicio quæ in dando consistit, vel tunc impletur cum pecunia datur, vel nunquam, quia nec nisi per dationem impleri potest, nec nisi vna datio est. Porro ubi semel impleta conditio fuit, sicuti condicio esse desipit, ita deficere postea nunquam potest, siue pecunia in rem pupilli aut furiosi vertatur, siue malè consumatur, ideoque ab initio prouidendum esset vt nõ nisi hoc vel illo modo impleri condicio posset, non autem impleta iam condicione disputandum, an ob ea quæ secuta essent implementum conditionis resolui oporteret: Quomodo factum esse à Triboniano in *leg. seruus decem 68 D. hoc tit. De solut.* docebimus

cap. sequenti. Cum igitur admissum sit & quidem utilitatis causa, vt tutori vel curatori solui possit pecunia quæ ex conditionis implendæ verbis pupillo ipsi vel furioso solui debuerat, ridiculum est post impleta conditionem quærere, An non fuerit impleta ob id quod eam pecuniam in rem pupilli vel furiosi versam non fuisse apparet. † Sed & quàm ridicula & inepta sit hæc distinctio, colligi ex eo potest quod post admissam utilitatis causa sententiam Labeonis & Pegasii quæ induxit vt in tutoris quoque vel curatoris plene impleri condicio possit, illud etiam admissum fuit, vt si oblata sit pecunia tutori & per eum steterit ne fuerit soluta, quia solutionem sine causa recusauerit, perinde liberetur is qui conditionis implendæ causa pupillo soluere debuit, quasi impleta hoc ipso condicione, dummodò nihil per fraudem factum probetur, vt Africanus scribit in *l. qui filium 22. D. de manum. testa.* Inde namque apparet, per huiusmodi solutionem tutori factam impleri conditionem non expectato eo an futurum sit vt pecunia in rem pupilli vertatur necne, quoniam contumacia tutoris per quæ fiat quo minus fiat solutio, non aliud potest inducere quàm vt solutio pro facta habeatur, at non etiam vt eò magis pecuniam in rem pupilli versa esse intelligatur. Alioquin plus posset fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, quando quidem solutione ipsa verè facta non tamen consequens esset versam in rem pupilli pecuniam, si non aliunde quàm ex solutione id ipsum probaretur. † Immo verò cum pecunia quæ debuit pupillo solui haberetur pro soluta propter moram quam tutor in accipienda solutione contraxerat, fieri nullo modo nullòque casu potest, vt in rem pupilli versa sit, quæ reuera nunquam fuit soluta. Solutione enim factam esse necesse est, priusquam de in re verso tractari quicquam possit. Sufficit ergo solutionem tutori factam esse, adeoque haberi pro facta, etiam si non sit versa pecunia in rem pupilli. † Estque id consentaneum exemplo quod adfert Papinianus in *verfic. quomodo si domino iussus dare, seruo dedisset vt domino daret.* Nemo enim vnquam dicit conditionem dandi domino, si datum sit, seruo, magis minusve ob id impletam intelligi, quod pecuniam seruus verterit vel non verterit in domini sui utilitatem: † sed ea duntaxat adhibenda distinctio est, quàm non obscurè Papinianus insinuat, An qui domino dare debuit seruo simpliciter dederit, An verò ea non solum mente sed etiam lege vt seruus domino daret. Priore casu non potest dici condicio impleta *d. l. qui heredi. §. contra qui domino.* Posteriore verò, pro impleta est dummodò seruus postea domino dederit, quia parum refert an tibi dederim, an seruo tuo vt tibi daret, si deinde istibi dederit, licet reuera sit alia persona tua, alia serui tui. Quid. n. vetat seruum in accipienda pecunia ministerium præbere domino suo etiam ignorantibus? † Fateor quod Paulus scribit in *d. §. qui contra domino,* talè conditionem nesciente domino impleri non posse, quia tandem eò deueniendum est vt ipsi domino detur, sed hoc contendo nihil interesse an dominus per se acceperit an per seruum, non eo tantum casu quo commiserit seruo vt acciperet, quemadmodum in specie *d. §. contra,* sed illo etiam quo seruus acceperit, & solutionem ratam habuerit, eandem à seruo suo postmodum accipiendo. † Si enim seruus acceptam à se pecuniam ea lege vt domino daret, mala fide sibi eam retineret, aut quia proprium nihil habere potest, eam perderet, non illa solum ratio impediret ne condicio impleta dici posset, quod impleri nequeat domino nesciente, sed illa quoque quod nec videretur

is qui conditionem implere debuisset, pecuniam eo casu seruo dedisse, quàm scilicet non dedisset nisi ea lege ac mente vt domino eam seruus daret, sicut è contrario non sufficeret pecuniam quæ implendæ conditionis causa domino dari debuerat, seruo simpliciter, id est nulla lege adiecta datam, postea, domino per seruum redditam fuisse. Sed illud præterea exigimus datam fuisse seruo hac lege vt domino redderetur, quia non aliter impleta videri potest condicio vlla, quàm si voluntati eius, qui conditionem impleri iussit, voluntas quoque & factum implentis respondeat. Quomodo respondet sanè hoc casu cum is qui iussus erat domino dare, dedit seruo vt is domino daret. † Exemplo eius quod dicere solemus absentem donatam rem ad eumque missam per proprium ipsius seruum, non prius tamen ei acquiri ex causa donationis quàm acceperit *l. absentis. 10. D. de donat.* † Nisi quod in illa specie subiicienda est exceptio quam Paulus non prætermisit in *d. l. absentis, nisi ea mente seruo eius data fuerit, vt statim eius fiat,* quæ non similiter ad propositam quæstionem accommodari potest, ideo quia quæ per donationem fit acquisitio tota ex iure pedit, ex quo dominij quoque omnis translatio est, conditionis verò implementi facti totum est non iuris: vnde est quod quamuis & inuitis & ignorantibus dominis est omni pene causa per seruos acquiratur *l. etiam inuitis 32. D. de acquir. rer. domin. l. seruus verante 62. de verbor. obli. q. a. nemo tamen dando seruo quod domino dare debuit implere potest conditionem domino ipso, siue nolente, siue nesciente d. l. qui heredi.* † Atque ita locus ille Pauli in *d. l. qui heredi,* *verfic. contra qui domino,* ex isto Papiniani suppleendus & interpretandus est vt conditionem impleuisse videri debeat, qui quod domino dare oportuit, seruo dederit ea lege vt domino daret, si ea dationis lex fuerit effectum sortita. † Dices fortasse, secundum hunc adiectionem fieri, vt non aliter igitur dici possit condicio impleta per dationem in seruum collatam, quàm si pecunia versa sit in rem domini, cum eam ad dominum tandem peruenire sit necesse. Verùm iam monuimus, non ex eo æstimari conditionis huius implementum quod pecunia seruo data peruenit ad dominum, non magis quàm si serui facto, & diligentia in rem ignorantis domini versa esset, at ex eo solo quod ipsi domino dedisse credendus sit qui seruo non simpliciter dedit, sed ea lege vt subinde seruus domino daret. † Proinde aptissime Papinianus nostea, vt semper solet, exemplum hoc addidit ad probandum non esse nouum vt solutio quæ reuera vni facta est, alij facta existimetur, & consequenter tantum profit soluenti quantum si ei ipsi facta esset cui pecunia debebatur. Sed multò aptius additum fuisse apparebit, si postremus hic casus de pecunia seruo data per eum, qui domino dare debuit, cum priore illo conferatur, quo tutori solutum sit, quod pupillo conditionis implendæ causa solui oportuit. Vtroque enim casu euenit, vt alij quidem soluat quàm cui debebatur, at ei tamen qui ex dationis & acceptionis lege omnino necesse habeat id quod accepit illi reddere cui debuerat dari. † Hac tantum differentia, quod cura seruo soluitur, necessarium est eam legem imponi seruo, vt pecuniam domino suo reddat, quod pecunia quancumque reddita, iam inde ab initio impleta condicio videatur. Cum autem soluitur tutori, non nisi frustra & ineptè lex illa adici potest vt ea pecunia pupillo daretur, si quidem quisquis tutorio nomine pecuniam accipit debitam pupillo, se obligat hoc ipso vt eam pecuniam pupillo restituere tutelæ actione teneatur. † Apparet igitur, vt concludamus quæ in

hanc rem prolixius disputauimus, Papiniano tribui non posse vericulum illum, *Idque ita recipi potest si pecunia in rem vel pupilli, vel sui ipsius versa est,* quo sublato, longè aptiorem & conuenientiorem sententiam habet quod sequitur, *Quomodo si domino iussus dare, seruo dedisset, vt domino daret.* Est etiam aliud exemplum conditionis quæ commodè impleri possit in persona alterius quam eius quæ conditionis implendæ verbis continetur. Prius exemplum fuit de tutore vel curatore cui data sit pecunia quæ pupillo vel furioso dari iussa erat, quod & Papinianus is verbis expressit, *Sicut conditionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur.* † Lego enim *sicut,* non vt vulgò *si,* quomodo legendum esse ostendant illa præcedentia, *Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, na tutori vel curatori pecunia rectè dabitur.* Consequens enim est vt statim sequatur, *sicut non si.* Alioquin quid commune aut connexum habet pecunia quæ soluitur tutori pupilli vel curatori furiosi adiecti solutionis causa, cum pecunia quæ conditionis implendæ causa, pupillo vel furioso debeatur? Quod si nihil inter ista commune est, quænam obsecro erit Papiniani ratiocinatio, si sic eum scripsisse velimus, vt cum pupilli vel furiosi persona sit adiecta, ita demùm tutori vel curatori pecunia rectè detur, si conditionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori aut curatori detur? Quare nec scripsit Papinianus *datur vt scribere debuisset præcedente coniunctione sit,* sed *datur* in tempore præsentis iudicatiui quod exigebat coniunctio illa *sicut,* cui neque dissimilis ea est quæ idem Papinianus vtitur vt secundum exemplum cum primo connectat, *quomodo,* quæ sola dictio idem prorsus sonat quod dux illa *ita, sicut.* Cui ergo vericulum illum adscribemus quæ Papiniani esse negamus? Parum certè nostra refert cuius sit, dummodò sciamus Papiniani non esse. † Sed tamen in id procliuor sum vt non tam imperito audacique interpreti debeat tribui, quàm Triboniano, qui prudentibus omnibus, ne excepto quidem Papiniano, sibi prudentior esse visus est. Mouet me quod ab eodem Triboniano factum video in *d. l. seruus decem 68. eod. tit. de solut.* de cuius sententia & emendatione proximo capite dicemus. † Sed illud magis, quod in ipso *§. vsum fructum,* cætera omnia quæ sequuntur, & de quibus nihil dum diximus, eiusmodi sunt vt non possim credere à Papiniano scripta vnquam fuisse. Ad eò scilicet distant & remotæ sunt à proposita huius *§. quæstione,* quæ non erat de conditionis implendæ causa datis cui solui debeant, sed tantum de adiecto solutionis causa, An solutionis accipiendæ facultatem remitteret si ex postfacto capitis diminutionem passus esset: cum qua quæstione ne illud quidem commune quicquam haberet, quod Papinianus tractat de pecunia soluenda implendæ conditionis causa siue in persona pupilli vel furiosi, siue in persona tutoris vel curatoris, nisi ad probandum quod adiecto solutionis gratia solui potest etiam post capitis diminutionem, interiecit rationem illam quod si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, tutori quoque & curatori rectè soluitur. Nam & ratio illa probanda fuit, ne videretur Papinianus ignotum per ignotius probasse. Probat autem ex eo, quod implendæ quoque conditionis causa rectè soluitur tutori vel curatori pecunia quæ debuit solui pupillo vel furioso: in qua ratiocinatione dictio *quoque* habet emphasim, vt intelligamus multò difficilius hoc esse vt implendæ conditionis gratia bene soluatut tutori vel curatori, quam quod probandum habet Papin. persona pupilli vel furiosi adiecta solutionis causa: tutori vel curatori

solui posse. Et tamen ne quis huius quoque posterioris sententiae veritatem vel negare audeat, vel in dubium reuocare, adfirmat Papinianus admissam esse illam sententiam Labeonis & Pegasi autoritate, utque admitti debuisset magis appareat, subiicit exemplum non dissimile, in quo perinde fiat, ut etiam quae conditionis implenda causa vni debuit solui pecunia, non male alteri soluatur, nempe si domino iustus dare, seruo dederit ea lege ut domino daret: atque ita ab ultimo ad primum redeundo probat optimè Papinianus, Adiecto quoque licet post stipulationem capite diminuto rectè solui posse, nec in contrariam opinionem ex eo solo moueri quem debere, quod quis capite minutus est hoc ipso alius homo fieri videatur. Sed quae sequuntur, *ceterum qui seruo dare iussus est domino dando non aliter impleuisse condicionem intelligendus est, quam si ex voluntate serui dedit. Idem respondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi aut Stichio Mauij seruo decem dari, debitor Mauij domino pecuniam soluerit.* Haec iniquam omnia non solum nihil commune habent cum proposita quaestione, quae de illo erat, An ei qui solutionis causa adiectus fuerat, si postea capite minutus esset nihilominus solui posset, verum etiam quod magis est, suadere potius videntur ut à Papiniani sententia sit recedendum, tantum abest ut debuerint adici ad eam confirmandam.

† Posset enim quis hac ipsa adiectione moueri ad inferendum solutionem quae vni fieri debuit, alteri fieri non posse, & consequenter solutionis accipiendae facultatem quae in persona adiecti ab initio constituerit, necessariò intercideret per aduenientem capitis diminutionem, utpote per quem adiectus hic alius nouitq; homo factus esse videatur. At, inquit, nonne veram illud est, eum qui seruo dare iussus sit domino dando non aliter condicionem impleuisse intelligendum, quam si dederit ex serui voluntate? Vtique enim sic aperte Paulus scribit in *diēt. l. qui heredi*, subiecta etiam ratione quod ea quae facti sunt non transeant ad dominum. † Quid ergo respondebimus pro Papiniano? Fecit enim Triboniani audacia ut tantus vir me velit assertorem, dum alius melior expectatur. Ego verò respondeo, ut Papiniani ratiocinatio & collectio recta sit, non esse necessarium probari ea quae implenda conditionis causa vni soluenda sunt, alteri semper solui posse, quod falsum est. Neque rursus è contrario ad improbandum Papiniani sententiam, satis esse si probetur multos esse casus, in quibus impleri condicio nequeat, nisi in persona eius ipsius quem verba conditionis demonstrant, quod nec Papinianus certe negaret, sed sufficere Papiniano ad victoriam si probet non esse nouum, ut ea quoque pecunia quae implenda conditionis causa vni solui debuit, alij soluatur, quod euenit, inquit ille, cum iussus domino pecuniam dare, seruo dedit ut domino daret. Inde namque fit ut dubitari iam non oporteat, quin optima ratione moti Labeo & Pegasus induxerint utilitatis causa, ut quod pupillo vel furioso conditionis implenda gratia solui debuit, recte soluatur tutori vel curatori. Quo tamen admissio illud multò facilius admittendum sit, ut si furiosi vel pupilli persona non nisi solutionis causa in obligatione aliena fuerit adiecta, perinde tutori vel curatori bene soluatur, cum hoc casu non ut in illo pecunia alteri quam ipsi pupillo vel furioso debeatur. Difficilius autem sit ut quod pupillo debetur, alij soluatur quam quod pupillo non debetur. Porro hoc etiam admissio ut cum pupillus vel furiosus solutionis tantum causa adiectus est, etiam tutori vel curatori solui possit, quamuis reue-

ra tutor pupilli alius sit à pupillo, & curator furiosi alius à furioso, illud certè extra omnem dubitationem manet, quod initio probandum suscepit Papinianus, Ei quoque qui post stipulationem, in qua solutionis causa adiectus erat, capite minutus fuit, perinde solui posse, cum reuera idem homo sit, eademq; ipsius fides quam ab initio stipulator exploratam habuit, tamen si capitis diminutio faciat ut per iuris fictionem alius homo esse intelligatur. † Quid ergo fuit quod Tribonianum mouere potuit ut ista subiungeret, de non implenda in persona domini conditione, quae in serui persona impleri debuit, nisi ex serui voluntate id fiat? Nimirum, quia veritus ille est, ne quis eo quod Papinianus dixerat impletam esse condicionem si domino dare iussus, seruo dederit ut domino daret, inferre vellet eodem modo impletam debere intelligi condicionem si seruo daret iussus domino dederit. Nec animaduertit non ita simpliciter Papinianum scripsisse, sed locutum de pecunia quae domino dari debuit seruo data ea lege ut eam seruus domino daret. † Hanc verò adiectionem non similiter adaptari posse ad eum casum quo quis domino dedit quod seruo debuit dare. Quomodo .n. posset quis ea lege domino dare ut seruo suo daret? An eò minus fortasse retineret dominus per seruum proprium quod ipsi seruo iam dedisse probaretur? Itaque hoc casu quod domino soluitur, nunquam ad seruum peruenire potest, non solum si nolit dominus contra quem eo nomine nec seruus agere potest, nec ille magis qui pecuniam domino dederat ea lege ut seruo daret, sed neque si dominus fidem seruare velit, eamque pecuniam seruo dare, quia tum quoque cum dat, sibi retinet. † Dices, illo etiam casu quo pecunia seruo detur, quae ipsi dari debuit, perinde acquiri eam domino per seruum, atque ita nihil effectum interesse an domino detur, an seruo. Sed facilis responsio est acquiri quidem pecuniam domino per seruum cui implenda condicio gratia data fuit, sed prius esse ut condicio rectè impleta sit, quam ut per implementum conditionis aliquid domino per seruum acquiratur. Id verò non contingere si pecunia quae seruo dari debuit, domino detur, nisi ex voluntate serui detur, quoniam ut saepius iam diximus, implementum conditionis facti est non iuris, & in facto implendo is ipse ordo seruandus est, quem testator praescripsit, quod non eueniret etiam sic data pecunia domino ut eam seruo daret, quia praeposterus esset ordo ille, nec minus à testantis voluntate quam à iuris ratione alienus, ut pecunia primum ad dominum, deinde à domino ad seruum perueniret, mox ab eodem seruo ad dominum reditura. † Cum verò pecunia ipsi domino danda fuit etiam si seruo primum detur dummodo ea lege ut domino reddatur, nihil sit neque contra voluntatem verbaq; testatoris, neq; contra ordinem iuris, quandoquidem ordinarium illud & facti iuris medium est ut per serui personam domino acquiri & ad dominum peruenire pecunia possit. † Idemque esset si poneret ita conceptam condicionem, ut eius implenda gratia pecunia tutori ipsi non pupillo dari oporteret. Non .n. posset videri condicionem impleuisse is qui pupillo dedisset quamuis ea lege adiecta ut tutori daret, quia neq; facti, neque iuris ordo ille est, ut pecunia peruenire debeat à pupillo ad tutorem, sed è contrario a tutore ad pupillum. Et ideo bene Papin. tractans de conditione dandi impleta in persona tutoris, quae ex verborum potestate implenda erat in persona pupilli, adfert exemplum tanquam simile de pecunia quae domino

minimo danda fuit, data seruo ut domino daret quoniam utroque casu is rei & voluntatis ordo est, qui esse debet, ut pecunia tandem ad eum perueniat, ad quem peruenire oportet ex verbis ipsis conditionis.

† Planè quod sequitur in *diēt. §. v. usufructum. Idem respondendum est in solutione, si stipulato Sempronio sibi aut Stichio Mauij seruo decem dari, debitor Mauij domino pecuniam soluerit, multò apertiùs Triboniani manum, & inscitiam prodit. Quid .n. est in hac specie, quod idem responderi queat? An fortè idem quod proximè dictum fuit in eo casu quo pecunia soluta sit domino quae debuerat implenda conditionis causa solui seruo? Ut nimirum nil profit solutio facta domino si non fiat ex serui voluntate? Alium certè verficuli huius sensum cominisci nullum possis. Atqui nullo modo dici hoc potest. † Alia .n. longe est condicio serui cuius persona posita sit in condicione implenda, longè alia eius qui solutionis tantum causa fuerit adiectus. Priore casu voluntas serui exquirèda est, ut quod domino ad implendam condicionem soluitur bene solui credatur, quoniam ita facit voluntas illius, qui condicione adscripta quae nec aliter nec meliùs, quam ex conditionis adscriptae verbis, intelligi potest. Cur enim serui personam nominasset, si nullam nisi domini rationem haberi voluisset? Porro alius hic nemo est praeterquam seruus cuius voluntatem intueri aut exigere possumus. At cum seruus solutionis causa obligationi alienae adiectus fuit, adest persona stipulatoris cui utique debetur non seruo, & cuius proinde non serui voluntas exquirèda est, si non seruo ipsi, ut erat in lege stipulationis, sed serui domino soluere promissor velit, cum fieri facile possit, ut serui personam fidemque solutionis gratia eligerit stipulator, qui domini eligere noluisse, Certum autem est cessante stipulatoris voluntate nullum ius habere serui dominum accipientem solutionis, quae fieri debuit seruo, siquidem solutio facti est, *l. consil. 7. §. vlt. ff. de curat. furios.* quae verò facti sunt, ad dominum transire nunquam possunt, *diēt. l. qui heredi.* † Non igitur verum esse potest quod hic verficulus habet, si stipulato Sempronio sibi aut Stichio Mauij seruo decem dari debitor Mauij domino pecuniam soluerit, idem respondendum esse, quod in praecedenti specie responsum est valere solutionem dummodo facta sit ex serui voluntate. Aperteque lapsus hic est Tribonianus (quis enim interpret tot clausulas adicere vnquam ausus esset?) mera ignorantia iuris. † Illud postremum est quod apud Papinianum obseruari volo, de usufructu propositam ab eo quaestionem, non quod in ceteris rebus aliud existimauerit, sed ut haberet quaestio maiorem dubitationem. Est enim hausta ea lex ex libris quaestionum non responsorum. Dubitatio autem ideo maior est in usufructu, quia nemini dubium est quin usufructus interdicitur capitis diminutione. Ideò quod personae debeatur quae per capitis diminutionem quamlibet mutata esse intelligitur *l. l. & tot tit. ff. quib. mod. usufruct. amitt.* Sed id tum demum verè dicitur cum capitis diminutio contingit in persona eius cui usufructus debetur, non etiam si contingat in persona eius qui in aliena stipulatione adiectus fuit solutionis tantum gratia non obligationis, quia cum de obligationis iure quaeritur an interciderit necne, non alia persona inspicere vel potest vel debet, quam eius ipsius ad quem totum ius obligationis solum pertinet.*

CAPVT XV.

Deprauatam esse à Triboniano sententiam
l. seruus decem 68. eod. tit. de solut.

- 1 *Conditiones quae in dando consistunt facti plurimum continere.*
- 2 *Quid Iurisconsultus in l. qui heredi 44. de cond. & demonstrat, inde inferat.*
- 3 *Non sicut dandi conditiones per alium eius nomine qui dare debuit impleri possunt, sic è conuerso in persona alterius impleri posse, quam eius ipsius quem conditionis verba pra se ferunt.*
- 4 *Conditionem siue dandi siue faciendi in personam pupilli collatam impletam censeri, si in persona eius pupilli, etiam sine tutoris autoritate impleta fuerit.*
- 5 *Illud conditionibus faciendi extra dubitationem esse.*
- 6 *Ex Marcelli sententia in d. l. seruus dandi conditiones in pupillum collatas non nisi in persona tutoris vel curatoris bene impleri posse.*
- 7 *Hanc sententiam verèque iuris ratione inspecta falsam esse.*
- 8 *Primo, quia alias sequeretur omnia quae propriam pupilli aut furiosi personam desiderant, etiam absente pupillo aut furioso per tutorem aut curatorem expediri posse.*
- 9 *Secundo, quia contrarium autoritate Pegasi & Labeonis utilitatis causa receptum non fuisset, si ex iuris ratione locum habere potuisset.*
- 10 *Quenam utilitatis causa induxerit ut conditio quae in pupilli vel furiosi persona impleri debuit, in tutoris vel curatoris persona impleri possit?*
- 11 *Post admissam eam Pegasi & Labeonis sententiam non minus posse ex summa iuris ratione ipsi pupillo vel furioso conditionis implenda gratia bene solui.*
- 12 *Obiectio remouetur.*
- 13 *Ratio sententiae Marcelli resellitur.*
- 14 *Superioris conditionis implementum in suspensio esse non debere, quousque certum sit an pecunia furioso vel pupillo data perierit, vel perire amplius non possit.*
- 15 *Post admissam Pegasi & Labeonis sententiam non amplius queri, an pecunia tutori vel curatori soluta in rem pupilli vel furiosi versa sit, nec ne.*
- 16 *Alteri & praecipua Marcelli ratio contraria Ianoleni ratiocinatione resellitur.*
- 17 *Conditionem pupillo dandi vel soluendi naturaliter & reuera implendam esse.*
- 18 *Marcelli sententiam in d. l. seruus à Triboniano corruptam fuisse.*

Conditionum † nota diuisio illa est, ut aliae in dando, aliae in faciendo consistant. Inter quas cum differentiae multae sunt, de quibus nunc dicere, nihil attinet, tum illa praecipue quod quae in dando consistunt, per alium impleri possunt, & consequenter ultimo etiam vitae momento, non item quae in faciendo l. vlt. ff. de condic. institut. Sed tamen non eo minus dicuntur esse facti etiam illa quae in dando consistunt, ut superiore capite diximus ex l. qui heredi 44. de condic. & demonstrat. quia dare, tradere, soluere, & alia huiusmodi, sunt facti licet iuris effectus aliquis ex iis sequatur: puta quod ad dominij translationem, quae ex datione aut solutione iaducitur, *leg. consilio 7. §. vlt. ff. de curat. furios. iunct. leg. vbi. autem 75. §. vltim. de verb. oblig.* † Inde nimirum fit, quod infert Iurec. in d. leg. qui heredi, ut si quis implenda conditionis causa seruo decem dare iussus sit, seruo ipsi dare compellatur, nec magis impleuisse condicionem dici possit, dando domino si non dederit ex ipsius serui voluntate, quam si domino dare iussus seruo dedisset nolente domino vel ignorante, quia quae facti sunt, non

transfeunt ad dominum. † Itaque non quemadmodum huiusmodi condiciones dandi per alium impleri possunt, eius scilicet nomine qui dare debuit (nam eo mortuo ne quid heredi permittitur est defuncti nomine parere conditioni, *l. a testatore 109. de cond. & demonstr.* sic è conuerso possis dicere impleri posse in persona alterius, quam eius ipsius quem conditionis verba præ se ferunt, quoniam non sicuti parum aut nihil refert à quo aut ex cuius pecunia datur, ita dici potest nihil interesse cui detur, cum in eo potissimum versetur conditionis implementum, vt ei detur cui dari voluit, dixitque is qui conditionem adscripsit, *l. cum ita 65. de cond. & demonstr.* Proinde ex parte illius cui dandum est nihil omnino refert an condicio consistat in dando, an in faciendo. † Eadem prorsus ratio facit, vt si condicio collata sit in persona pupilli, dubitandum non sit quin dici debeat bene plenèq; impleta condicio, quæ impleta fuerit in persona pupilli, siue condicio dandi fuerit, siue faciendi. Non adhibita ea distinctione, an tutoris autoritas interuenierit, necne, quia cum in condicionibus veritas nature factiq; non aliqua iuris fictio inspicienda sit, nemo utique dixerit ob id minus impletam esse conditionem in persona pupilli quod impleta sit sine tutoris autoritate, quandoquidem non èd minus pupillus ipse est quod tutorem habeat, immò ob hoc ipsum tutorem habet, quia pupillus est. † Et quidem in condicionibus faciendi res nõ habet dubitationem. Vt puta si seruus post quinquennium liber esse iussus sit sub ea conditione si toto illo quinquennio seruerit pupillo. Quamuis. n. ita seruerit, vt non adhibuerit autoritatem tutoris, quia tamen non minus verum est eum seruasse, quam si eam autoritatè adhibuisset, nulla ratio est cur non debeat tanquam verè impleta conditione peruenire ad libertatem. Quid. n. prodesset adhiberi in ea re autoritatem tutoris, in qua nullum tutoris arbitrium sit, nullusq; deliberationi locus an condicio implenda sit, necne, aut an hoc vel illo modo? Nam etiam si maxime tutor nollet impleri, aut alio modo impleri eam vellet, quam qui conditionis verbis expressus esset, utique voluntatem ipsius aut cunctationem negligi oporteret. Idque non obscure sentit scribitque Iurec. in *l. seruus decem 68. ff. de solut.* vbi in proposita questione in condicione dandi, priusquam ad eam respondeat, fatetur in condicionibus faciendi si comparationem & argumentum ex iis sumere liceat, non esse necesse vt ad eas implendas interueniat autoritas tutoris. † Sed tamen in dandi conditionibus aliud iuris esse concludit, nimirum impleri quidem eas rectè in persona tutoris, itèmq; in persona curatoris, si fortè furioso danda fuerit pecunia, sed non similiter in persona ipsius pupilli aut furiosi, nisi interueniente tutoris autoritate. † Quod ait huiusmodi condiciones quæ in dando consistunt in tutoris vel curatoris persona impleri posse, aperte falsum est, si mere veraque iuris ratio inspiciatur. Nam cum alia reuera sit persona pupilli, alia tutoris, sicut & alia furiosi, alia curatoris, non potest fieri ex iuris ratione, vt condicio quæ implenda fuit in persona pupilli vel furiosi bene impleatur in persona tutoris vel curatoris. Nec quod iudiciu pupilli aut furiosi, vel potius quod pupillo aut furioso deest, suppleri possit & toleat per iudiciu tutoris, facere potest vt æquè persona pupilli vel furiosi præsentetur per tutoris vel curatoris personam. † Alioquin ea omnia quæ propriam pupilli, aut furiosi personam desiderant, etiam absente pupillo vel furioso per tutorem, curatorémve expediri possent, quod non ita est. Si enim pupillus heres ab aliquo scriptus proponatur,

non potest tutor hereditatem adire nomine pupilli, sed pupillum ipsum adire necesse est tutore auctore, quoniam aditio personale factum auctoris desiderat *l. pupillus 9. ff. de acquir. hered.* Neq; rursum potuit iure vetere curator furiosi delatà furioso hereditatem ipse adire ante Iustiniani constitutionem quæ in eam rem lata est, nouimq; ius fecit, in *l. ult. C. de curat. furios.* Cur ergo condicione ita cõcepta, vt non alia quam pupilli vel furiosi persona demonstrata sit, siue dari aliquid, siue fieri oporteat, dicemus, impletam conditionem quæ non nisi in persona tutoris vel curatoris fuerit impleta? † Fateor Labeonis & Pegasi autoritate receptum tandem id fuisse vtilitatis causa, quemadmodum Papinianus loquitur in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vsumfructum de solut.* & nos explicauimus capite superiore. Sed contèdo, vel ex eo maxime apparere verum esse quos nos volumus ex iuris ratione idem dici nec posse nec vnquam potuisse. Quid. n. fuisse necesse & vtilitatis causam prætexere & Labeonis Pegasi- que autoritatem implorare, ad inducendum id quod ipsa iuris ratio per se iam induxisset? † Quænam verò vtilitatis causa esse potuit, quæ hanc sententiã à tantis Iureconsultis extorsit inuita iuris ratione, nisi quod aliter posito iure facile ac plerumq; eueniret vt pecunia quæ conditionis implendæ causa pupillo vel furioso data esset, intercideret, nõ valente tutore vel curatore latagere, vt in pupilli vel furiosi commodum verteretur, quæ incio se vel inuito soluta fuisset pupillo vel furioso? Item quod eo facilius impleri possit condicio quo plures personæ sunt in quibus impleri potest. Vtilitas autem pupillorum quæ publicam semper coniunctã habet, hoc maxime exigat, vt quàm facile fieri potest, impleri possit condicio, quæ in eorum fauorem adiecta fuit, ne implendæ ipsius difficultate fiat vt eam implere qui aliquando voluit, postea vel nolit, vel non possit, præsertim si quod plerumq; fiebat implemento dies dicta fuerit. Vt puta, si intra cõtum dies dederit decem pupillo. Finge intra eos centum dies non fuisse reperit pupillum in ea prouincia in qua erat is qui pecuniam dare debebat, fuisse verò tutore cui facillimè & libentissimè pecuniam daturus hic fuerit, si potuisset. An non vtilitas pupilli elicere hoc ius debuit, vt tutori quoque pecunia dari posset? Constat siquidè conditionem quæ intra certum tempus implenda fuit, post id tempus impleri nullo modo posse ne fauore quidem libertatis, *l. Thais 41. §. intra certa tempora fideic. libert.* Ergo cum vtilitatis causa ea demum recepta esse dici soleant quæ ex vera meraq; iuris ratione recipi non potuerunt, fatendum est illam Labeonis & Pegasi sententiam non nisi vtilitatis causa inductam à summi iuris ratione abhorretere, & consequenter in solius pupilli persona tales condiciones, hoc est, quæ in dando etiam consistere impleri & potuisse & debuisse, adeoque ita vt non esset necessaria tutoris autoritas. Nam si necessaria fuisset, non erat verendum ne pecunia pupillo data, periret non magis quam si tutori soli data esse, cum vtroque casu parem diligentiam præstare tutor debuisset, atq; ita nihil causæ fuisset saltim ex hac parte cur ex Labeonis & Pegasi sententia induci vtilitatis gratia oportuisset, vt ipsi quoq; tutori bene pecunia solueretur. † Etsi autem post admissam eam Labeonis & Pegasi sententiam, non malè tutori conditionis quoque implendæ causa soluitur, non èd minus tamen verum remanet ex iuris ratione ipsi quoq; pupillo bene solui, vt antea nulla etiam interueniente tutoris autoritate. Non enim ius quod cum ex summa ratione obtinebat, Labeo & Pegasus tollere aut voluerunt aut petuerunt,

potuerunt, sed vtilitate pupillorum ita exigente, ampliare conditionis implendæ facultatem, vt quæ non nisi in pupilli persona impleri poterat, siue tutoris autoritas interueniret, siue non, ea in tutoris quoque & quidem solius persona impleri præterea posset. Itaque non illud induxerunt, vt qui pupillo pecuniam dare iussus esset, eam pupillo ipsi dare prohiberetur, sed vt eam tutori soli dando non minus impleuisse conditionem videretur, quandoquidem id pupillo & commodius & vtilius existimandum esset. † Atqui, dicat aliquis, si pupillo ipsi vel furioso soluere liceat nõ interueniente tutoris aut curatoris autoritate, facile pecunia peribit. Non nego. Et idcirco nimirum dixi vtilitatis causa sententiam Labeonis & Pegasi recipi debuisse, vt tantò melius personis istis consulere. Sed non inde possis inferre, conditionem in ipsius pupilli & furiosi persona impleri non posse. Quid. n. interest vtum tali personæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deicere? Inquit eleganter Iauolenus in *l. Manius 55. de cond. & demonstr.* † Qui locus vt est de hac re elegantissimus, ita & accommodatissimus ad eam rationem resellendam quæ posita est tãquam ex Marcello in *d. l. seruus decem*, in illis verbis *ipsis autem, id est furioso vel pupillo non rectè per solui, ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Quamuis. n. poneres peritille pecuniam quæ pupillo vel furioso data fuisset, an non tamen perinde verum esset datam fuisset? atque ita impletam esse facto ipso conditionem? Quod vtiq; ea sufficere constat etiam ex eo quod si ea condicio esset adscripta, quæ matrimonium præsupponeret, quod in furiosi persona esse nequit, æquè tamen furiosus matrimoniu de facto tãtum, vt aiunt, contrahendo, conditionem impleuisse dicendus esset, vt bene Scæuola respondit, & ad Scæuolam Claudius notauit in *l. hereditibus 77. §. 1. ad S. C. Treb.* † Cur ergo ad conditionis implementum illud requiramus, ne pupillo vel furioso data pecunia perierit? Quid. n. si nõ perierit? An non fortè potest non perire? An interim manebit in suspensio veritas implementi, quousque certum esse incipiat, pecuniam illam vel peritille, vel perire amplius nunquam posse? Quis verò vnquam hoc dixit vel audiit, ea quæ meri facti sint non iuris, etiam post factum in suspensio manere? Siquidè ex solius iuris potestate est, vt maneant interdum pleraque in suspensio, sed ea demum, quæ iuris mixturam aliquam habent, non etiam illa quæ nihil nisi merum factum continent, quod vnico simplici; & momentaneo actu, & implendum fuerit & impletum: cuiusmodi constat esse condiciones dandi, *l. ult. ff. de condic. inst.* † Qua etiam ratione iam probauimus superiore capite, post admissam vtilitatis causa Labeonis & Pegasi sententiam quæ induxit vt tutori pupilli & curatori furiosi conditionis quoque implendæ gratia dari pecunia posset, non esse quærendum, an ea pecunia tutori vel curatori soluta in rem furiosi versa sit, necne, sed siue versa sit, siue non sit, conditionem plenè impletam deficere postea nõquam posse. Quod & aperitissimè probatur ex *d. l. seruus*, non in eo solùm quod lex generaliter & indistinctè ait, tutori vel curatori vtiliter dependi, sed in illa etiã ratione addita ad probandum, cur neque furioso neque pupillo rectè soluat, *ne datio ex illorum imbecillitate pereat.* Innuunt namque verba illa, & probant optimè non posse fieri vt pecunia quæ tutori ipsi vel curatori soluta est, hoc ipso in rem pupilli vel furiosi versa non sit, cum in reddendis rationibus saluam eam versamque præstare debeat tutor vel curator, qui accepit. † Quod autè sequitur apud Marcellu in *d. l. seruus*, melioris & præ-

max rationis loco, *ne enim hoc egit testator vt quoquomodo esset datum, explicita videretur condicio*, sicuti falsum est, ita & manifestè conuincitur, ex contraria Iauoleni ratiocinatione longè subtiliore veriorèque in *d. l. leg. Manius*, postremis iis verbis, *neque enim illud quod ad talem personam perueniturum est testamenti nomine, sed mortis causa capitur.* Quærendum enim esset an testatoris ea voluntas fuisset, necne, si quod à pupillo implendæ conditionis causa capitur, ex testatoris iudicio & voluntate caperetur. Sed cum non ita sit, immò verò sint ista prorsus nõ modò diuersa, sed etiam contraria, Capi quid mortis causa, vel quod idem est conditionis implendæ gratia, & capi ex iudicio & voluntate testatoris, quia condicio nihil vnquam disponit, *leg. si quis sub condicione 8. ff. si quis omiff. caus. testament.* *leg. qui precio 8. leg. inter mortis 38. ff. de mort. caus. donat.* omnino consequens est, vt de voluntate testatoris quærere non tantum superuacuum sit, sed etiam ineptum, quoties de illo duntaxat quæritur, An condicio quæ meri facti est, mero facto sit impleta. † Nam etsi testator qui seruo libertatem dedit sub ea conditione, *si decem pupillo daret*, ea mente fuisset, vt non quoquomodo pupillo dando impleri condicio posset, sed ita demum si in vtilitatem pupilli ea pecunia versa esset, debuerat conditionem ita concipere, non vt simpliciter dationem in pupilli persona faciendam exprimeret, sed vt aliquid etiam adderet de interponenda tutoris autoritate, vel de pecuniã in pupilli vtilitatem conuertenda. Quo nõ additò quid aliud oblecto facere possit is, qui pecuniam pupillo dare claris præcisissique verbis iussus est, nisi vt conditionis verba naturaliter intuitus, iis quoque naturaliter & reuera satisfaciatur? & ita pecuniam ipsi pupillo soluat, si id malit, quam soluere tutori? Nam & tritum est verba conditionum naturaliter non ciuiler accipienda esse. Alioquin si ad hoc eum obligare volumus, vt non possit soluere pupillo, nisi ex autoritate tutoris, aut nisi curèt etiam verti pecuniam in rem pupilli, vtiq; conditionis implendæ facultatem maxime restringemus, quàm tamen diximus ipsius quoque pupillorum vtilitatis causa debuisse ampliari, ob idque à Labone & Pegaso ampliatam fuisse. † Igitur vt aperiã tandem & dicam liberè quod sentio, vix puto dubitandum, quin Marcelli sententia quæ haud dubiè à iuris tam aperti ratione tantopere remota esse non potuit, à Triboniano corrupta sit, eique vni adscribenda omnia quæ scripta legimus in *d. l. seruus*, ab illis verbis, *sciendum est in omnibus istis casibus, ad finem vsque.* Nam & familiares sunt Triboniano eiusmodi locutiones, vt videre est in *l. ult. C. de natural. liber.* & aliis plerisque Codicis constitutionibus & parum elegantes, illa præsertim quæ habet, *tutori quidem vel curatori vtiliter dependi.* Vix enim alio Pandectarum loco *dependi* reperias pro *soluti*. Item illa, *ne datio ex eorum imbecillitate pereat.* Vbi valde improprie *datio* scriptum est pro *pecunia data*. Ipsa enim *datio* cum sit facti, vt tam sæpe diximus, non magis perire potest quàm factum haberi pro infecto: Nihilque vetat salua veraque manente datione, pecuniam tamen ipsam quæ data fuerit perire pupillo vel furioso, qui fortè postmodum eam bene solutam malè consumperit. Quæ res facere non potest, vt quod ritè ac secundum leges ab initio actum est ex alio euentu resuscitatur, quemadmodum in pupillo quoque Iustinianus scribit in *l. sancimus 25. Cod. de administr. tutor.*

Emendatur l. si alterius 10. ff. de hered. instit.

SVM MARIA.

- 1 Heredes duos alterius atque alterius fundi ex inaequalibus partibus institutos, quasi non facta fundorum mentione heredes scriptos censeri.
- 2 Hos heredes, quasi nullis adscriptis partibus singulis pro semisse institutos videri.
- 3 Disputationem à Paulo in d. l. 10. institutam fuisse de institutione quae facta sit pro diuersis partibus alterius atque alterius fundi.
- 4 In specie §. si duo l. 9. eod. tit. nihil interesse an duorum fundorum, an verò vnus mentio facta fuerit, & ex aequis portionibus res hereditarias inter heredes diuidi debere.
- 5 In specie à Paulo tractata alteri heredi totum fundum Sempronianum, alteri totum Cornelianum à iudice familiae eriscundae adiudicandum videri.
- 6 Aliud Pauli iudicium fuisse.
- 7 An in specie d. §. si duo dici possit Titio totum fundum Cornelianum, Mauius totum Sempronianum ex praesumpta testatoris voluntate adiudicandum esse?
- 8 Cur fundorum & partium distractione facta, ex aequis partibus cum tota reliqua hereditate fundi diuidantur?
- 9 Duobus heredibus altero ex fundo Corneliano, altero ex Semproniano institutis, detracta fundorum mentione integras praecipiones ab arbitro familiae eriscundae conservari.
- 10 Ratio diuersitatis inter hanc & duas species superius enarratas.
- 11 Cur ex duobus vel pluribus heredibus ex vno vel pluribus fundis per partes institutus, fundi & partium mentio detrahatur & plane à lege corrigatur?
- 12 Easdem tamē partes in hereditate constitui quae in fundis adscriptae erant, si eam fuisse iudicis voluntatem appareat.
- 13 Hanc exceptionem ad speciem à Paulo in l. 10. tractatam non pertinere.
- 14 Sensus horum verborum Pauli in d. l. 10. nec enim facile, sed diuersitate pretium portiones inueniuntur.
- 15 Varia horum verborum emendationes remouentur, & noua ab autore afferuntur.
- 16 Ad verba illa d. l. 10. sub diuersitate partium.
- 17 Non facile in d. l. 10. pro nullomodo accipi.
- 18 Varia è superiori disputatione consuetaria eliciuntur.

SI alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, inquit Paulus, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent. Exemplum esse potest, si quis testamento ita scripserit, Titius ex bese fundi Corneliani itēque Semproniani heres esto, Mauius ex tertia eorundem fundorum heres esto. Hic primū detracta fundorum mentio est, non secus ac fieri solet, cum aliquis solus ex fundo fuit institutus. Valet namque institutio detracta fundi mentione leg. §. si ex fundo. Digest. hoc tui. de hered. instit. Scilicet quia non potest fundus heredem facere, sed sola hereditas, nec si testator velit, quia neque in testatoris potestate est ut heredem faciat nisi quatenus eam facendi heredis potestatem habet à lege, quae porrò sicut in eam rem induxit nomen & fictionem hereditatis, ita non nisi per hereditatem fieri heredē sinit. vt disputauimus & explicauimus iam plerisque Coniecturarum nostrarum locis. † Sed in proposita specie si fundorum men-

rum mentio duntaxat detraheretur, nec adiecta partes pro non adiectis praeterea haberentur, eueniret vt Titium ex hereditatis bese, Mauium ex tertiae institutione intelligi oporteret. Essent enim partes illae quas testator adscripserat. Neque tamen ita est. Sunt enim isti heredes ex semilibus non aliter quam si solius fundi Corneliani facta mentione, Titius ex eius fundi bese, Mauius verò ex eiusdem fundi tertia parte institutus proponeretur, vt in ea specie quam Vlpian. ex Celsio & Sabino tractat in leg. quous 9. §. si duo eod. tit. Ergo non tantum perinde habendum est ac si testator fundos non nominasset, sed etiam perinde ac si nec partes vllas adiecisset. Quo utique casu Titius & Mauius sine fundo & sine partibus heredes scripti succederent simul in semilles, & pro aequis portionibus hereditate potirentur, d. §. si duo. † Verum enimvero quamquam hoc recte ac ex vera iuris ratione dici non dubito, veror tamen ne non satis accommodata sit haec species ad Pauli mentem & disputationem. Quid enim refert, an vnus duntaxat fundi mentionem testator fecerit an duorum, si ponamus eandem formam institutionis in vtroque fundo à testatore obseruatam fuisse? An non hoc casu duo fundi vnus vice funguntur? Et tamen existimandum est Paulum sine causa quaestionem concipere de institutione quae facta sit pro diuersis partibus alterius atque alterius fundi, hoc est, diuersorum fundorum. Ita describit, si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit. Causa verò ita concipienda quaestio alia esse non potuit, quam quod ea species diuersum ius si non admitteret, saltem admittere debere videretur. Ac facta est ita est. † Nam in priore specie quam tractauimus, siue ponas Titium ex bese vtriusque Corneliani & Semproniani fuisse institutum, Mauium vero ex eorundem fundorum parte tertia, siue quod effectu idem esse diximus tantum vnus fundi factam esse mentionem, & ex eius bese Titium institutum, Mauium autem ex tertia ipsius parte vt in d. §. si duo, euenit proculdubio vt detracta sola partium mentione remaneant Titius & Mauius instituti ex fundis Corneliano & Semproniano simpliciter, si vtrunque testator in institutione expressit vel ex fundo Corneliano duntaxat, si de Semproniano nihil dictum fuit. Quae res nullam dubitandi causam praebere potest, quin perinde diuidenda sit hereditas inter heredes, ac si nullius fundi mentio facta esset, quoniam detracta partium mentione licet fundi fundorumve mentio non detraheretur, nihil tamen aliud quod fieri possit relinquitur, nisi vt tam fundorum omnium qui in hereditate sunt, quam totius hereditatis diuisio inter heredes ex semilibus fiat. Quid enim superest quod partium diuersitatem inducere queat? Nihil profus. † At cum testator non solum duplicis fundi mentionem habuit in institutione, sed ita etiam vt & diuersas partes heredum fecerit, & vtrumque fundum vnus vice fungi nolle se aperte demonstrauerit, puta sic concepta institutione Titius ex bese fundi Corneliani heres esto, Mauius ex bese, aut si voles nihil enim refert ex tertia parte Semproniani heres esto (quae species illa est quam à Paulo tractatam puto) etiam si partium mentionem detraxeris, adeoque Titium & Mauium ad hereditatem ex semilibus admiseris tanquam sine partibus institutos, illud tamen relinquetur vt in diuidendis rebus hereditariis, acceptoque inter eos familiae eriscundae iudicio, Titius fundum Cornelianum totum habere debeat, Mauius verò totum Sempronianum, quia partium detractio non facit, quin semper Titius in fundo

Corneliano,

Corneliano, Mauius in Semproniano institutus repariatur. Quod cum sit detrahitur quidem fundorum mentio in distribuenda hereditate in suas quotas, sed non similiter in distribuendis inter heredes rebus hereditariis, siquidem officio arbitri congruit, vt seruet voluntatum defuncti, singulosque fundos iis adiudicet quibus testator dedit, vt praecipionum quodammodo iure retineantur, quemadmodum eleganter tractat Vlp. in l. ex facto 45. hoc eod. tit. † Et ita fortasse quis respondendum putaret si hoc Pauli responsum non haberemus. Sed aliud tamen Pauli iudicium est, Nimirum sic habendos heredes istos, ac si testator neque partes neque fundos nominasset, vt proinde non minus hi fundi Cornelianus, & Sempronianus quam reliqui omnes hereditarij ex aequis partibus inter Titium & Mauium diuidantur. Id. n. expeditius esse ait ex Sabini sententia, quae & similiter expeditissimam vocat Vlpian. post Celsum in d. §. si duo, Ne scilicet voluntatis quaestio relinquatur quomodo voluerit testator diuidi non modò hereditatem, sed etiam fundos illos quorum in institutione habuit mentionem. † Dices, An non aequè expeditum esset dicere, habendos esse Titium & Mauium pro institutis ex aequis quidem portionibus hereditariis, sed tamen Titium ex toto fundo Corneliano, Mauium verò ex toto Semproniano? Minime. Quia cum Titius ex bese fundi Corneliani scriptus fuit, hoc ipso demonstratum est à testatore non ea fuisse illum voluntate vt totus fundus Cornelianus ad Titium perueniret, Idēque dici è contrario potest de fundo Semproniano in persona Mauij, quem ponimus institutum siue ex bese siue ex tertia parte fundi Semproniani. Cur. n. totum fundum ei demus, quem testator non instituit nisi ex eius fundi parte? † Cum ergo partium fundorumque mentionem detrahi necesse sit, quod ad causam institutionis & hereditatis attinet vt valeat institutio & pro eo habeatur ac si sine partibus facta esset, & in hereditate non in fundis. Consequens est vt nec in diuidendis fundis istis partium diuersitas vlla induci possit, sed ex aequis partibus cum tota reliqua hereditate diuidi eos oporteat, ac si nullis datis praecipionibus heredes simpliciter, & sine partibus fuissent instituti: Nam si quis vellet eas partes testator in institutione adscripsit, haberi quidem pro non adiectis, quod ad causam hereditatis pertineret, non etiam quod ad fundorum diuisionem, utique secum ipse pugnaret. † Nec enim quemadmodum instituto Titio ex toto fundo Corneliano, itēque Mauius ex toto Semproniano, euenit vt fundorum mentio ex institutione detraheretur, ac nihilominus ab arbitro familiae eriscundae ad inducendas conseruandasque praecipiones retineatur, ita similiter fieri potest vt fundorum partes adscriptae & reiciantur & retineantur, quamuis respectibus diuersis. † Et ratio diuersitatis est, quia fundorum mentione detracta non eo minus remanent in hereditate fundi Cornelianus & Sempronianus quorum alter Titio adiudicari possit, alter Mauius, singuli singulis in solidum quamuis sint disparis aestimationis, cum diuisio hereditatis quae per legem fit, nihil commune habeat cum diuisione bonorum per arbitrium faciēda d. l. ex facto. At è contrario detracta fundorum mentione, quam omnimodo omniq. casu detrahi necesse est vt ex institutione fieri heredes possint, qui scripti fuerunt, partium quoque mentionem detrahi consequens fit, quae nimirum non hereditatis sed fundorum partes fuerunt. Vt proinde facta per legem hereditatis diuisione in semilles, nihil superest quod arbitri incorporationibus ipsis hereditariis diuidendis sequi possit

aut aliud facere, nisi quod sequendum & faciendum haberet si testator neque fundos neque partes nominasset. Quamuis n. remanentibus in hereditate fundis, eorum quoque partes remanere verum sit, non tamen & partes sunt quarum rationem habere arbitri possit salua legis iurisque autoritate si eam fortè diuisionem sequi velit quam testator praescripserit, quia non alias hereditatis partes facere lex solet quam quas testator ipse fecerit, quoties ille aliquas fecit. Et consequenter factas à testatore partes omnino necesse est aut legis potestate confirmari, aut si per legem reiciantur, ab arbitrio quoque reici, ne is alioqui legis autoritate contemneret, ac lege ipsa prudentior, aut potentior videri velit. Deniq; cum lex detrahit ex institutione mentionem fundorum, non ideo detrahit vt quicquam de voluntate detrahat testatoris, quinimò potius vt eam conseruet. Eam siquidem testatoris voluntatem fuisse videt vt haberet heredes quos porrò per fundum fieri non posse constat, sed per hereditatem necessario fieri oportere. Inde igitur fit vt detracta quoque fundorum mentione non eo minus conseruanda sit arbitrio voluntas testatoris, quod ad hoc vt fundus Cornelianus Titio, Sempronianus Mauius adiudicetur, perinde ac si fundorum mentionem ex institutione lex non detraxisset. † Cum verò partium quas testator adscripserat mentio detrahitur à lege, non aliam ob causam id fit quam vt lege liberum sit alias planēque diuersas partes inducere, atque ita vt quod ad eam rem destruat voluntas testatoris in cuius potestate quauis non fuerit vt ex fundis aut per fundos faceret heredes, fuit tamen vt has vel illas partes iis adscriberet, adeo vt ea in re ipsis quoque legibus legē dare potuerit, daturusque fuerit si eas partes adscripserat, quas lex confirmare potuisset. Verum quia non hereditatis, sed fundorum partes constituit, quas non magis admittere lex potest quā institutionem ex fundis factam, euenire necesse est, vt partium mentio non tantum detraheretur, sed etiam legis potestate omnino extinguatur, nec cum lex implicet contradictionem, si patitur partes eas remanere, quas testator adscripserat, cum eas ipsas cogatur sequi, quas tamen sequi non potest, si fundorum partes fuerunt non hereditatis. Quasi durius agendum sit cum testatore in eo quo iuri legem formamque praescribere potuit, cum eam dare voluit quam non potuit, nisi manifestissime appareat eam fuisse testatoris voluntatem, vt eadem partes quas in fundis adscripserat, in hereditate quoque constituerentur. Haec. n. exceptio ponitur in d. §. si duo iis verbis si modo voluntas patris familiae manifestissime non refragatur. Quae verba vulgò male interpretes nostri sic intelligunt, vt possit testator expressim prohibere ius adcrendi inter heredes. Id enim euidenter falsum est vt probauimus pluribus Decade 15. De error. pragmatic. Error. 6. & 7. vbi etiā monuimus esse hunc versiculum nobis valde suspectum, vt Triboniano potius aut interpreti quam Vlpiano tribuendus esse videatur. De quo nunc plura dicemus. † Addeamus tantum quod nodum diximus, siue Vlpiani, siue Triboniani, aut interpretis ea exceptio sit, non tamen eandem adhiberi posse ad casum illum quem nunc ex Paulo tractamus, si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, postremo illo quem diximus modo Titius ex bese fundi Corneliani heres esto, Mauius ex bese, aut si malis ex tertiae fundi Semproniani heres esto, quia diuersitas fundorum, quos vix sit eiusdem penitus & praecise esse aestimationis, non patitur vt ex comparatione partium in diuersis fundis adscriptarum, portiones hereditariae consti-

De sententia & vera lectione l. pen. D. de collat. dot.

SUMMARI.

- 14 tur, nec magis à testatore ipso, vel ab arbitrio, quam à lege. † Iſque sine dubio ſensus est eius rationis quâ Paulus exprimere voluit, sed quæ perperam & mendose sic vulgò expressa legitur, *nec enim facile, sed diuersitate portionum inueniuntur*. Quis. n. possit vnquam bene interpretari verba illa *sed diuersitate portionum*? Indèque nimirum iam ferè omnes fatentur quod negare nemo possit corruptum esse locum & emendatione aliqua indigere. Sed quomodo emendandus sit nemo adhuc bene dixit. † Sunt qui post Haloandrum pro *precium* putent legendum *prediorum*, quæ tamen perinde nullius ſensus lectio est. Alij *pretiorum*, alij multo improbabilius *pretium* retinent, sed notata litera *n* accentu circumflexo, quasi scripserit Paulus *pretium* pro *pretiorum*, quod nec ferè vllus Poeta faceret. Nec eò magis tamen assequuntur, vt recta vlla Paulo sententia constet. Ego non dubito quin pro illis verbis *sed diuersitate portionum*, legendum sit *sub diuersitate partium*, hoc sensu vt portiones scilicet hereditarie, de illis enim agimus, non facile sub diuersitate partium alterius atque alterius fundi inueniantur. Nempe quia sicut hereditas in re aliqua singulari consistere non potest, ita neque pars vlla hereditatis l. *quartus* 14. ff. *si quis omniſſ. caus. testam. §. si quis vna Inst. de fideicom. heredit.* † Cur ergo *sub diuersitate partium*? Quoniam cum partes fundorum æquales & viriles adscriptæ sunt, nihil facilius est quam hereditarias portiones inuenire, siquidem etiam si nullæ à testatore adscriptæ essent, perinde tamen æquales & viriles, à lege constituerentur. Itaque non potest eo casu difficile esse legi voluntatem subsequi testatoris qui eam diuisionem fundorū fecit, quam lex per se factura erat totius hereditatis. Quod non similiter dici potest inæquis partibus à testatore constitutis fundorum diuersorum, & consequenter diuersam & inæqualem æstimationem habentium, Tunc enim sub ea & fundorum & partium diuersitate partes hereditarias siue æquales siue inæquales inueniri prorsus impossibile est, nedum difficile, † quamuis ita Paulus locutus sit, *nec enim facile modo loquendi satis familiari Iureconsultorum, modestiæ, quemadmodum à Papiniano scriptum legimus in l. 1. ff. de pign. difficultus est editori qui non ignorauit utilis actio dabitur*. Dixit enim *difficultus* pro *nullomodo*, vt è contrario quod subiicitur, *sed facilius erit possidenti retentio* nullum dubitationi locum relinquit, quin creditori ea in specie retentio pignoris omnimodo competat. Sic & passim cæteri Iurecōsulti, si quid sit quod negare velint vllō modo admitendum, contenti sunt ita scribere, vix esse vt admitti debeat: quod & ante nos Franciscus Duarenus aliq; recentiores interpretes iam pridem obseruarunt. † Ex eo autem intelligimus verissimum esse quod docuimus d. Decad. 15. Err. 5. viciose nonnullos cod. in hac lege scriptum habere *pro æquis partibus*. Non. n. quaestioni legis aliter locus esse potest quam si pro inæqualibus partibus institutio facta proponatur. Et verò paria sunt nullas partes adscriptas esse, & æquales adscriptas esse, quia nec possit melius testator æquales constituere, quam si nullas constituat. E contrario igitur paria erunt illa *pro partibus*, & *pro inæquis partibus*, cum pro partibus scripti heredes dicantur ad differentiam eorum qui sine partibus fuerint instituti. Apparet etiam ex superioribus vera esse quæ nos loco supra dicto disputauimus contra errorem pragmaticorum & interpretum nostrorum, nec est quod de huius loci sententia & emendatione amplius dubitare quisquam possit, quam nos in hoc libro allaturos esse iam tum promiseramus.

- 1 Impugnatur Bartoli & Sequacium sententia existimantium, verba condicionalia toties dispositionem inducere, quoties ab eo qui vim disponendi habuit prolata sunt.
- 2 Species d. l. pen. qua Bartolus ad suam sententiam abutitur.
- 3 Ex hac lege potius inferri, verba condicionalia dispositionem non inducere.
- 4 In specie illius legis filia electionem esse debere vtrum portionem hereditariam percipere, vel dotem ceteraque res à patre datas auferre malit.
- 5 Eam electionem filia ob id maxime competere, quod conferendi onus à patre adscriptum in condicione dumtaxat positum fuerit.
- 6 Bartolum mendosa huius legis lectione deceptum sententiam inuito propositam ex ea probasse.
- 7 Fratribus in huius legis specie rerum à patre in dotem nubenti filia datarum vindicationem non competere.
- 8 Dotem in d. l. marito ceteras verò res præter dotem à patre filia tractas fuisse.
- 9 Etiam si verba condicionalia dispositionem inducerent, fieri tamen non possit vt res in dotem datas quas per filiam conferri pater voluit, fratres à sorore vindicare possint.
- 10 Filiam, ne si quidem vellet, constante matrimonio dotem in mariti præiudicium conferre posse.
- 11 Quomodo citra mariti iniuriam dos à muliere constante matrimonio confici possit?
- 12 Verba illa d. l. pen. fratribus res in dotem datas, cum negatione legenda esse.
- 13 Papinianum in illis verbis de rebus præter dotem datas agere.
- 14 Res præter dotem datas non magis quam ipsam dotem filiam que paterna hereditate abstinet conferre teneri.
- 15 Res tamen præter dotem datas à filia vindicare fratribus concessum esse.
- 16 Vindicationis huius excludendi gratia doli mali exceptionem filia accommodari.
- 17 Papiniani in d. l. pen. eam mentem non esse, vt ex verbis illis condicionalibus dispositio inducatur.
- 18 Filiam in d. l. pen. ab hereditate abstinentem tam res dotales quam præterdotales ex patris voluntate, sed tamen alio atque alio modo consequi.
- 19 Disputatur contra Papiniani rationationem.
- 20 Tentatur ex l. vlt. eiusdem tituli filiam que patris bonis se abstinet res præterdotales à patre datas neque per actionem, neque per doli exceptionem lucrifacere posse.
- 21 Clausulam illam d. l. pen. si dotem & cetera que nubenti ei pater tradiderat, contulisset, non tam pro filia, quam contra filiam adiectam videri.
- 22 Etiam si nihil de collatione cautum fuisset, non eo magis hereditate paterna abstinentem res sibi extra dotem traditas retinere potuisse.
- 23 Filiam in specie d. l. pen. nullum ius habuisse fuisse retinendarum per doli exceptionem veram præterdotalem si pater in testamento nullam earum mentionem fecisset.
- 24 Idem iuris admittendum videri, si pater superiorem conditionem adiecerit.
- 25 Non tamen filiam que patris iudicium subsequi voluit dotem restituere teneri.

- 27 Adore ad ceteras res præterdotales rectam consequentiam non videri.
 - 28 Pro Papiniani rationatione & sententia ad superiores obiectiones respondetur.
 - 29 Cur in d. l. pen. filia que patris hereditate abstinet non solum dotem, sed & ceteras res retineat?
 - 30 Alia dubitatio in d. l. pen.
 - 31 Ad aliud exemplum aptatur Papiniani sententia.
 - 32 Noua ratione eadem Papiniani sententia impugnatur.
- 1 **N**ostrorum interpretum vulgare dictum est post Bart. ad l. 2. §. vlt. D. ad SC. Terent. Verba condicionalia toties dispositionem inducere quoties ab eo prolata sunt qui disponendi habuit facultatem. Ex l. fideicommissa 11. §. cum esset. de legat. 3. l. in ratione 30. §. tametsi. D. ad l. falc. l. denique 8. §. interdum. D. de pecul. legat. l. pen. D. de collat. dot. Ego nunquam dubitavi quin propositio falsa esset. Iuris enim certissimi est, neque vnquam apud prudentes ipsos controuersi, verborum condicionalium nunquam eam vim esse vt disponat, cum sint ista prorsus repugnantia Conditionaliter loqui, & Dispositiue loqui. Quam in rem textus est vt vulgatissimus, ita elegantissimus in l. si quis sub condicione 8. D. si quis omniſſ. caus. testa. & in l. 1. §. nem si ita. D. ad leg. falcid. l. 1. D. de pen. legat. aliisque similibus sexcentis. Sed de tota ista quaestione scribemus latius in secunda parte quam nunc in manibus habemus Chiliadis nostræ De erroribus pragmaticorum, cum celeberrimam illam, & in praxi frequentissimam disputationem instituemus, An liberi positi in condicione, sint in dispositione. Nunc id agemus dumtaxat, vt ostendamus tam improbabilem Bartoli sententiã non probari ex eo Papiniani responso, quod extat in l. pen. D. de collat. dot. cuius elegantia sanè variãque lectio digna est, de qua separatim fusiùsque differamus, de aliorum etiam locorum sententia suo postea tempore dicemus. † Scribit Papinianus in d. l. pen. Cum pater nubenti filia quasdam res præter dotem dedisset eamque in familia retinisset, ac fratribus sub condicione, si dotem & cetera que nubenti tradiderat conferret, coheredem adscripsisset, deinde filia se patris bonis abstinisset, fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli obstatum, quoniã pater filiam alterutrum habere voluisset. † Ex quibus verbis multò recitatis meo iudicio inferre Bartolus debuit, verba condicionalia non inducere dispositionem. Nam si disponerent dicendum esset cogendam filiam vel inuitam vt ea saltem conferret fratribus, quæ extra causam dotis à patre habuisset. Neque enim dubitandum est, quin sicuti bona illa in dominio patris perpetuò manserunt, quia nec per traditionem à patre factam præsertim sine titulo, filia acquiri potuerunt, id scilicet prohibente iure potestatis, l. Pomponius Phyladelphus 35. D. famil. ercisc. Ita in patris mortis potestate fuerit de bonis illis tanquam suis pro arbitrio disponere in præiudicium filia, tametsi futurum esset vt nollet illa se immiscere bonis patris. Sed tamen negat Papin. cogendam eam conferre, si se abstinerit, quoniam pater alterutrum ipsam habere voluit. † Quæ ratio non aliter recta & accommodata videri potest, quam si sic accipiatur, vt cum pater filiam alterutrum habere voluerit, in ipsius præterea potestate & arbitrio reliquerit vtrum habere mallet. Alioquin quid si fratres iidemque coheredes eligere velint, malintque commodum collationis quam hereditaria portionis? Si nihil aliud inspiceremus quam quod Papinianus sic exprimit *quoniam pater filiam alterutrum habere voluit*, non facerent iniuriã forori fratres, qui alterutrum ei relinquerent, nec nisi ele-

ctionem sibi adrogarent. Et tamen faciunt iniuriã manifestam si eam cogere velint vt conferat, vicissimque portionem hereditariam percipiat. An quòd id agant, vt se illa inuita bonis patris immisceat? Minimè. Parum enim ipsorum referret si haberent electionem an vellet ipsa se immiscere necne, cum et si abstineret se mallet, non eo minùs verè dici posset alterutrum illam habuisse hoc ipso quòd in ipsius potestate fuisset alterutrum habere, nec nisi per eam testaretur. † Faciant ergo forori fratres iniuriã in eo quòd illam adigere volunt ad collationem, eique adimere electionem, quam vel ob id maxime habere debet, quòd conferendi onus adscriptum in condicione dumtaxat positum fuit, non etiam in dispositione. Nemo autem vnquam negauit, quin si cui relictum aliquid sit sub condicione dandi vel faciendi in eius arbitrio esse debeat an condicionem implere velit, nec cogendus sit dare quicquam, vel facere si à relictis commodo abstineret malit. Nam si quod sibi relictum est consequi desideret, cogitur vtique illo casu dare vel facere id quod in condicione testator posuit, at non in te obligationis per testatoris voluntatem constituta ex qua potuerit conueniri, sed condicionem implendæ causa, quia scit aut scire debet, condicionem necessariò prius implendam esse, quam peti possit id, quod non nisi sub ea condicione datum fuit. † Bartoloni ceterosque interpretes fefellerunt fortassis verba illa Papiniani si vt in plerisque codicibus sine negatione sic legantur, *fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placui obstat*. Quo enim iure res in dotem datas vindicare fratres possent, si non haberent ius agendi & vindicandi quaesitum ex verbis illis condicionalibus institutioni filia insertis, *si dotem & cetera que nubenti pater dederat ipsa si fratribus conferret*? Aut cur esset filia necessaria doli exceptio, si ex condicione illa nullo modo ad collationem esset obligata? Et sanè noua interpretatione adeoque emendatione vel saltem melioris lectionis assertionem locus ille indiget, ne quis posthac aut erret hac in re cum Bartolo, aut tanto viro quem corrupta lectio errare coegerit, seuerius succenseat. † Nec enim vlla ratione defendi potest, competere fratribus hoc casu vindicationem rerum in dotem datarum à patre nubenti filia, cum sit certissimum res in dotem filia datas, pleno dominij iure acquiri marito, quippe qui sit dominus dotis l. dot. C. de rei vind. §. 1. Inst. quib. alien. licet vel non. Imo & ipsi filia. Eo sensu quo dicimus, dotem esse quidem in bonis mariti, sed tamen esse mulieris leg. *quannus* 75. ff. de iur. dot. l. in rebus 30. C. eod. Nimirum si vt fieri solet & debet traditio facta sit marito non filia, ne translatio dominij per ius patriæ potestatis impediatur d. l. Pomponius, Iunctis iis quæ nos ad illum locum, & de ipsius sententia iam scripsimus libro 7. cap. 12. † Quomodo & in d. l. penult. de qua nunc agimus credendum est traditam fuisse dotem marito cui & data fuit. Nam quòd ponit Papiniani patrem filia res tradidisse non ad dotem pertinet, sed ad res filia datas præter dotem. De quibus solis Papinianum sentire & dubitare ostendunt manifestè prima illa legis verba, *Pater nubenti filia quasdam res præter dotem dedit*. † Neque verò etiam si milles comminiscaris induci dispositionem ex verbis condicionalibus, vnquam tamen assequeris vt res in dotem datas quas per filiam conferri pater voluerit, à sorore vindicare fratres possint. Quisquis enim conferre tenetur, is non idcirco sic obligatur vt actione aliqua siue civili siue prætoria, eo nomine conueniri possit, sed hætenus dumtaxat vt si aliena bona volet appetere, conferat sua alio-

quin summoueat exceptione ex edicto competen-
te, & à bonorum possessionis beneficio arceatur, l. i.
ff. hoc tit. l. i. ff. de coll. bon. aut si bonorum possessio ad-
missa est, iubeatur cauere vel satisfatione vel pigno-
ribus, d. l. i. §. iubeat autem eod. tùm ex ea stipulatione
conueniatur statim atque interpellatus cum aliquo
tamen temporis spatio quo conferre potuit non fecit,
l. si quis suum, §. stipulatio eo. Caterùm siue ex edicto
vrgeatur ad cauendum, siue ex interposita cautione
ad conferendum personalis tantùm illa est actio, non
vindicatio bonorum conferendorum. Vindicatio enim
non nisi domino competit, d. l. dote l. in rem, 23. eod.
tu. ff. de rei vind. collationem verò nunquam petit nisi
is qui dominus non est ab eo qui dominus est. Quid
enim obsecro conferret, qui aliena conferret non sua?
Igitur in proposita specie vindicatio rerum dotialium
fratribus contra sororem præsertim constante matrimo-
nio prætextu collationis competere nullo modo
potest. † Sed etsi mulier, quod magis est, dotem con-
ferre fratribus vellet, eamque idcirco marito auferre
matrimonio constante, non esset audienda, quia nihil
causa est cur marito dos auferenda sit, vt Modestinus
respondit in l. Titia, 62. ff. de iur. dot. licet in specie dif-
fimili, & ad causam restitutionis in integrum pertinē-
te, non ad causam collationis. Illud enim vtrique cō-
mune est, vt voluntas & consensus mulieris lædere
ius matri nunquam possit, nec si cum eius voluntate
concurrat patria potestas, l. filia, 7. C. solut. matrim. † Nō
quod ad conferendam dotem expectanda sit dissolu-
tio matrimonij, l. si filia, 20. in princ. ff. famul. erciscund.
sed vt intelligamus citra iniuriam mariti sic fieri col-
lationem debere constante matrimonio, vt eo minùs
filia auferat in partem delatæ sibi paternæ successio-
nis, non etiam vt dotis petitio ei competat aduersus
maritum, matrimonio perseverante, l. dotis, 5. C. de col-
lat. Tantum abest vt inuita filia quæ dotem habet,
possint fratres à marito dotem vindicare, l. ult. in illis
verbis, Ergo non tantum data dos apud maritum remane-
bit, ff. h. t. de collat. dot. Ab ipsa verò sorore quomodo
possent illi res in dotem datas vindicare, quarum ipsa
neque possessionem habeat, non magis quàm domi-
nium? Certi siquidem iuris est, vindicationem sicuti
non nisi domino datur, ita nec nisi aduersus possessio-
rem dari, l. is qui destinavit, 24. l. qui petitorio, 36. ff. de res
vin. † Ergo defendi nullo modo potest quod ex Pap.
legimus in d. l. penult. in fratribus res in dotem datas vin-
dicantibus, doli exceptionem ob stare, cum rerum in dotē
datarum vindicationem nullo casu habere possint, &
consequenter fatendum est corruptam esse lectionē,
quam attulimus sine negatione, legendumque addita
negatione res non in dotem datas. † Nam de iis ipsis re-
bus Papinianus loquitur, quas priùs dixerat filia præ-
ter dotem datas fuisse mutatis duntaxat iis verbis,
præter dotem, in ista, non in dotem more Papiniano satis
familiari, vt fuit ille elegantissimus & in responsis
suis mirè concinnandis ferè nimius obseruator, si quis
tamen nimius in eo genere aut quid nimius esse po-
test. Quomodo & in l. verbis D. ad leg. Falcid. dixit i-
dem Papinian. non necessariò pro eo quod alius quili-
bet dixisset frustra. † Atque ita legisse Accursium,
quemadmodum plerique codices etiamnum habent,
constat ex ipsius glossa quæ vult idem iuris esse in do-
te quod in cæteris rebus non in dotem datis. Non
malè si sic intellexit vt non magis dotem quàm cæte-
ras res præter dotem datas conferre teneatur filia, quæ
abstinet ab hereditate patris, d. l. ult. eod. † Sed pessimè
tamen in eo quod distinctionem nullam admittit
quantum pertinet ad causam vindicationis. Neque e-

nim sicuti res à patre præter dotem datas, ita & do-
tales vindicare fratribus concessum est, propterea
quod vt diximus dotialium dominium ad maritum
spectat, præter dotialium verò ad heredes patris, à cu-
ius bonis & dominio nunquam abscesserunt, obstante
scilicet iure potestatis, & defectu tituli sine quo trās-
ferri dominium nunquam potest, ne quidem per tra-
ditionem à domino factam in eum qui capax sit do-
minij acquirendi, l. nunquam nuda, 31. D. de acquir. end.
rer. dom. iunct. dict. l. Pomponius. † Vt proinde mirum nō
sit vindicationem fratribus dari, cuius excludendæ
gratia necesse sit accommodari filia exceptionem do-
li propter voluntatem testatoris facientem pro filia,
quàm pater alterutrum habere voluit, vel portionem
hereditariam conferendo dotem & cætera omnia si
coheredes fieri mallet, vel dotem & cum dote res
præter dotem datas si à bonis patris abstinere mallet,
quàm collationis munus subire, data etiam ipsi ele-
ctione hoc ipso quod coheredem eam fratribus ad-
scripsit sub ea conditione, si dotem & cætera contu-
lisset. † Sed Bartolus ex illis verbis conditionalibus
vult induci dispositionem, ita vt rerum præter do-
tialium retinendarum ius habeat filia, quæ alioquin vin-
dicantibus fratribus eas restituere deberet, Non con-
uenit Papiniano, qui vtrique non exceptionem doli
filia dedisset, sed vindicationem fratribus denegasset,
si ob adscriptam conditionem collationis rerum ista-
rum, quas dicimus præter dotales, filiam pro legataria
in iis habendam esse existimasset. Quis enim ex pru-
dentibus vindicationem rerum legatarum heredi-
vnuquam dedit? Siquidem legatum ita facit lega-
tarij rem legatam, vt hereditas heredis res singu-
las leg. legatarum, 80. De leg. 2. transitque rei legatæ do-
minium in legatarium recta via, nunquam factum
heredis l. a Titio, 64. ff. de surr. † Atqui Papinianus, in-
quies, nullam inter res dotales & præterdotales diffe-
rentiam videtur agnoscere cum generaliter & indi-
stinctè ita scribit, quoniam pater filiam alterutrum habe-
re voluit Fateor eam fuisse patris voluntatem, vt filia
non minùs præterdotales res haberet, quàm dotales,
sed tamen non eodem modo. Voluit enim pater filia
habere portionem hereditatis, si dotem cum rebus si-
bi non in dotem datis conferre fratribus parata esset,
idque ex voluntate & dispositione expressa. Filiam enim
heredem instituit in portione hereditaria, quam-
uis sub conditione. Si verò heres esse nollet, non id-
circo quasi sub contraria conditione legauit ei res alio-
quin conferendas, & ob eam causam illas vindica-
re si velint fratres summo iure possunt, sed tamè præ-
buit non leue indicium suæ voluntatis, non quod filia
immunem esse vellet ab onere conferendi, quia
de collatione quæri non potest, nisi eo casu quo filia
patri ex testamento succedere cum fratribus vellet, sed
quod nollet fratribus vtrumque habere, & portionē
hereditariam ex qua filiam sub collationis condicio-
ne instituisset & res illas filia extra dotem datas, quas
si conditionis implendæ causa conferre filia vellet, in
earum quodammodo vicem ipsi portionem hereditatis
adscriptisset, vt tantò minus fratres haberent. Fieri
autem non potuit vt pater noluerit fratres vtrumque
habere, quin ex contrario per consequentiam alteru-
trum filiam habere voluerit. † Quamquam si quis à
Papiniano dissentire audeat, facile respondere posset,
nec malè, meo iudicio, minùs bonam esse cōsecu-
tionē. Pater enim fratres vtrūque habere eo damnum
casu noluit, quo soror cōferte vellet. Sed ea collatione
reculante, quid ipse constitutum vellet, nihil dixit. Ita-
que remansit casus ille in dispositione iuris communis,
secundum

secundum quod dicendum esset non posse denegari
fratribus vtilem earum rerum vindicationem, quæ à
patris bonis nunquam abscesserunt, præsertim cum
nihil fratribus imputari possit, sed soli filia quæ patris
voluntatem aspernata est. † Longèque tutius & ve-
rius videri debet responsum illud Tryphonini quod
sequitur in l. ult. eod. vbi postquam retulit fuisse qua-
stionem, an si sua heres filia patri cum fratribus, contē-
ta dote abstineat se bonis patris, compellatur dotem
conferre, rescriptumque fuisse à Diuo Marco nō esse
compellendam, subiungit, Ergo non tantum dos apud
maritum remanebit sed & promissa exigetur etiam à fra-
tribus, & est aris alicui loco, huiusque illationis rationē
eam statim reddit, abscessit enim a bonis patris. Quibus
verbis significat non obscure, si quid aliud tale esset
quod à patris bonis nunquam abscessisset, aliud dicē-
dum fore, nec filia permittendum vt id lucrifaceret
ob hoc solum quod collationem quam ex parentis
voto facere debuerat, recusasset. Cur enim melioris
condicionis esse debeat, ex eo tantum, quod collatio-
nis faciendæ condicionem pater factò testamento ad-
scripserit, quæ petinde mortuo patre intestato à lege
subintelligeretur? An non debet potius esse deterio-
ris, quæ patris iudicium neglexit? Atqui res non in
dotem datae semper in dominio patris manserunt. Cō-
sequens igitur est Tryphonini sententiæ, vt earum
nomine filia quæ paternis bonis se abstinuit, neque ac-
tionem habere debeat, neque doli exceptionem. † Et
certè fatendum est clausulam illam condicionis ad-
scriptæ institutioni filia, si dotem & cætera que nubenti
ci pater tradiderat, contulisset, non tam pro filia, quàm
contra filiam fuisse adiectam, ne haberet illa vtrum-
que, quomodo alioquin erat habitura, cum iure vete-
re nullus factò testamento locus petendæ collationi
relinqueretur, l. Treponius, 14. ff. de dot. præleg. l. i. C. de
collat. Proinde fieri nequit, vt ex iis verbis sumatur
coniectura voluntatis pro filia quasi in casum contra-
rium voluerit pater eam non solum dotem, sed etiam
cætera extra dotem data retinere arg. d. l. in ratione, 30.
§. i. met. ff. ad l. Falcid. † Maximè verò cum etiam si
nihil à patre de collatione cautum fuisset, non eo ma-
gis tamen filia res sibi extra dotem traditas retinere
potuisset. Nam quod proximè diximus, eam fuisse iuris-
rationem, vt nihil ex testamento conferri oportet,
nisi de quo conferendo expressim testator cauis-
set, ad ea pertinet quæ fuissent filiae acquisita, vtputa
ex causa dotis, cuius equidem capax est filia constante
in matrimonio d. l. Pomponius, 35. ff. famul. ercisc. Vel ex
causa donationis si filia emancipata proponeretur d.
l. i. C. de collat. l. 2. C. de iust. donat. Cui etiam illa com-
paratur, si postmodum sui iuris effecta sit, eique tunc
res sibi à patre donatas tenenti pater non ademerit, l.
sine emancipatis, 17. C. de dona. Sed non illa similiter, quæ
non nisi patris morte exiit de potestate, qualis illa fuit
de qua Papinianus respondit, vt ea verba probant,
tamque in familia retinuit. In iis ergo rebus quæ nun-
quam filia viuo patre fuerunt acquisita, non magis
poterat de collatione quæri factò testamento, quàm
si factum nullum fuisset, quandoquidem, vt iam di-
ximus, non aliena conferre debet is, qui confert, sed
ea, quæ sint sua, ne alioqui stulta nulliusque utilitatis
collatio sit iis, quibus hic qui confert, facit iniuriam
succedendo, nève similiter & è contrario fiat iniuria
ei, qui sua conferre paratus est, si cogatur etiam con-
ferre aliena. † Consequenter dubitari non oportet,
quin illa in specie quam Papinianus tractat, nullum
ius habitura fuerit filia retinendarum per exceptio-
nem doli rerum præterdotialium, quarum testamento

nullam pater fecisset mentionem, quia scilicet reper-
ta fuissent in hereditate patris: In eo dissimiles dotis
quæ sicut à bonis patris abscesserat, ita & cessare pa-
tris voluntate ab omni collationis munere proculdu-
bio esse deberet. † Cur verò admittamus in iudicio ex
parte filia sub ea conditione si dotem, & cætera, que a
patre acceperat, contulisset, plus iuris habere filiam, quæ
patris iudicium repudiavit, quàm si nihil pater dixisset?
Nam si quis à contrario sensu arguere velit pro
Papiniano, eo quod filia fratribus coheres data est sub
hac conditione, si dotem & cætera conferret. Nihil aliud
inferre possit, nisi quod fatebor libentissimè. Filiam igitur
nolentem conferre, quasi defectam conditione,
ad patris hereditatem admitti non debere. At vt ea
quæ deluit conferre, si succedere voluisset, sibi reti-
neat ob id solum quod nolit succedere, nullam eo
iudicio facit ratio iuris aut voluntatis. † Ergone, in-
quies, dotem quoque restituere debèbit, filia quæ pa-
tris votum & iudicium subsequi noluerit? Minimè
verò. Sublata enim & extincta dispositione patris tes-
tamentaria propter defectum condicionis, superest
ius commune, quod filiam immunem facit ab onere
conferendi, non quia sit factum testamentum, cum
testamento ipso irrogata sit per figuram conditionis
necessitas collationis faciendæ, sed quod abstinerit
ab hereditate patris, siquidem non alij conferunt, quæ
qui succedunt: † Cùmque idem illud ius commune
quod filia fauet, ne possit abstentionem cogetur con-
ferre dotem quam habet suo iure, si fratribus quoque
det vindicationem rerum præterdotialium, quod nec
Papinianus ipse negat, apparet non posse rectam esse
consecutionem à dote ad res cæteras. Neque quod eas
pater in concipienda conditione cum dote coniunxit
facere debet, vt eandem omnium rationem cōstitui-
se videatur, nisi in casum expressæ conditionis & quod
ad collationem faciendam pertineret, si filia cū fratri-
bus succedere ex testamento vellet. Atque ita si à Pa-
piniano dissentire fas esset, non improbabiler fortas-
sè contra Papinianum disputare quis posset. † Nisi
fortè pro Papiniano respondeamus, patrem qui in col-
lationis conditione posuit non tantum dotem, sed et-
iam res cæteras extra dotem datas, hoc ipso volunta-
tem suam satis declarasse, quæ faceret, vt ius omne
quod se mortuo in iis rebus alioquin habituri erant
filij, ad filiam perueniret. † Non propter vim condi-
tionis, vt vult Bartolus, nec, vt alij, propter coniunctas
cum dote res cæteras in eadem conditione, sed ex po-
testate & significatione verbi conferret, ac quasi in ne-
cessarium antecedens, quandoquidem vt sæpius repe-
tij, non alia conferre possit filia, quàm quæ sint sua.
Nam quemadmodum si viuus pater hanc filiam em-
cipasset, nec ei res illas præterdotales admittet, hoc
ipso donationem, & quidem vtilem in eam contulisse
visus esset, d. l. sine emancipatis, 17. C. de donat. Ita & in
proposita specie iniuncto filiae familiaris onere non tan-
tùm dotem, sed has quoque res conferendi si fratri-
bus coheres esse vellet, dilatataque collatione in id tē-
pus quo filia per patris mortem sui iuris effecta iam
fuisset, videri potest pater voluisse vt ea res haberet
filia, non tantum in casum successiois & impletæ cō-
dicionis, sed etiam si condicio deficeret, quoniam ad
implendam condicionem, ac proinde priusquam im-
pleta ea esset, oporteret ius filiae quæsitum fuisse in iis
rebus, vt postmodum ex voluntate patris eas fratribus
conferre posset. Ac planè vel ratio nulla Papiniani re-
spòso constat, vel hæc vna est, qua potissimum id tueri
debeamus. † Quamquæ illa semper dubitatio superest,
quod nō negat Papinianus huiusmodi rerum præter-

dotulium vindicationem fratribus competere, quæ tamen haud dubiè competere nullo modo posset, si earum dominium in necessariū antecedens futura collationis, in filiam translatum intelligeretur. Quomodo dicimus in specie *l. denique. 8. §. interdum ff. de pecul. leg.* id est, data alicui libertate sub ea condicione, si centum heredi ex peculio intulerit, peculium quod reuera legatum non est, sic tamen accipi quasi legatū, quia fieri nequeat, ut centum ex peculio soluat feruus qui peculium non habet. Ut & in eleganti illa specie, de qua in *l. Titia Seo. 87. §. Seia libertus de leg. 2.* Nam nec dubitandum est, quin eo casu peculij vindicatio heredi superesse nulla possit, non magis quam si difertis verbis peculium legatum esset, cum pro legato habeatur. Habetur autem pro legato non vi & potestate condicione adscriptæ, si centum intulerit, sed propter adiecta illa verba, ex peculio, quæ tamen non sint dispositiua, quatenus in condicione tantum posita sunt, tamen per se dispositionem aliquam habent, & pro dispositiuis necessariò habenda sunt, ut possint effectum illum habere, quem testator voluit, quia neque vllus quæstioni locus est de peculio an legatum videri debeat, necne, nisi eo casu quo impleta condicio sit feruo libertatem consecuto, cum nec alioqui legatum habere possit sine libertate. † Quo sensu & exemplo, si quis diceret apud Papinianum filiam ex voluntate patris debere non tantum dotem, sed etiam res præterdotales sibi habere, ut eas fratribus conferre possit ad implendam ex patris voluntate condicionem paternæque hereditatis portionem consequendam, non valdè repugnarem. Maximè quòd nihil fratrum interesset, qui facta collatione tantundem consequerentur, quantum si neque dos neque res illæ præterdotales à bonis patris abscississent. † At vt eo prætextu faciendæ collationis, quam tamen facere filia nolit, debeat illa consequi siue actionis, siue retentionis iure istas res præterdotales, tanquam ex voluntate patris, ob id solum quod pater conferendi adscripserit condicionem in eum casum, qui non euenit, quò filia coheres esse vellet. Id verò pace Papiniani dixerim, durius mihi videtur, quàm vt probare & admittere vnam possim. A deò distat vt probandum putem, quod ait Bartolus ex illo Popiniani responso, itèmq; ex *d. §. interdum* colligi posse, Verba condicionalia disponere quoties prolata sunt ab eo, qui disponendi habuit potestatem, Inde namque inferendum esset, cogendam potiùs mulierem conferre saltem res præterdotales (quippe de cuius rebus tanquam de suis pro arbitrio disponere pater potuerit) si fratres mallent sororem conferre succedendo, quàm non succedere non conferendo, quod ipsum tamen Papinianus negat, qui non fratribus, sed filia dat electionem, vt docuimus.

CAPVT XVIII.

Ad l. generaliter. 6. in prin. C. de inst. & subst.

SVM MARIA.

- 1 Fideicommissio à filio herede sic relicto, si filius meus intestatus, vel si sine liberis morietur, aut ita, si sine testamento aut sine nuptiis, an altera condicione impletæ altera defecta, fideicommissum debeat.
- 2 Ex veterum ICtorum sententia fideicommissarium etiam in præiudicium liberorum heredis grauati admittitur.
- 3 Nec obstare quòd in iure coniuncta pro disiunctis, & vicissim disiuncta pro coniunctis interdum accipiuntur.

4 Quando illa regula locum habeat?

5 Eam locum non habere quum in verbis ambiguitas milita est.

6 Nullam in ea specie in verbis testatoris ambiguitatem esse.

7 Hoc ipsum tanquam odiosum & liberis graue à Iustiano hac lege correctum fuisse.

8 Ex ultimis verbis rationis à Iustiano reddi a probatur, liberos in condicione fideicommissi positos ex fideicommissi isto vocatos non censerit.

9 Refutatur responsio quam contraria opinionis assertores ad illa verba afferunt.

10 Nepotibus in d. l. hereditatem auitam relictam non censerit contemplatione patris eorum qui sunt heredes institutus.

11 Eam legem ad eum casum non esse restringendam, quo nepotes in condicione positi, nunquam auo cogniti fuerint.

12 Alia eorundem responsio ad verba superius notata.

13 Eius responsionis refutatio.

14 An in d. l. fructus paternus dici possit, quamuis ab auo fuerit relictus?

15 Alia eorundem Interpretum illatio refellitur.

16 Quæstionem, an liberi in condicione fideicommissi positi censeantur substitui in d. l. generaliter satis decisam fuisse.

17 Quaratione vtantur qui liberos illos vocatos censerit dicunt?

18 Iustiani hanc fuisse sententiam, ob id tantum quod liberi in condicione positi sint, non videri eos debere tacitè substitutos.

19 Quid ad hanc Iustiani sententiam & constitutionem respondeant qui pro liberis pugnant.

20 Eorum responsio & confessio ad refutandam aliorum Interpretum sententiam adhibetur.

21 Errare eos, dum existimant permissionem alienandi datam in casum deficientium liberorum nihil commane habere cum eo casu quo liberi superessent.

22 Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in condicione positis, eo casu quo impunita est in fraudem expressi substituti bonorum fideicommissi subiectorum alienatio.

23 Non bene à quibusdam hanc legem ad eum casum cõgulari, quo ex pluribus condicionibus alternatiue scriptis vna illa sit, si heres sine testamento decesserit.

24 In hac lege parum referre an testator fideicommissum has condiciones adscripserit si filius meus sine liberis aut sine testamento, decesserit, an illas si sine liberis decesserit, aut si nauis ex Alia venerit.

25 Viroque casu substitutum excludi particula disiunctiua in coniunctiua transfusa.

26 Rationem equitatis qua Iustianus in d. l. mouetur, non minus locum habere si illa conditio adscripta sit, si nauis ex Alia non venerit quam si hac si sine testamento decesserit.

27 Cur in illa specie Iustianus non puset liberos in condicione positos vocatos non censerit?

28 Quanam Iustiane constitutionis ratio adferri possit eo casu quo eiusmodi conditio adscripta fuit si sine testamento decesserit.

29 Eam Iustiani in d. l. mentem fuisse vt liberis grauati heredis prospiceret in omnem casum, quo postquam in condicione positi essent alia conditio alternatiue subiecta proponeretur.

30 Condicionem illam si sine nuptiis decesserit, licet post illam si sine liberis decesserit, poni non possit, tamen ante vel post illam, si sine testamento decesserit, disiunctiue poni posse.

31 An eo casu, si filius nuptias contraxerit liberis tamen non susceptis, postea verò sine testamento decesserit, substitutus extraneus ad fideicommissum in præiudicium legitimi successoris admittatur?

32 Decisionem d. l. generaliter ad eam quoque speciem pertinere.

33 Condicionem fideicommissi superiore casu decessisse videri, si heres fideicommissio grauatus aut nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit.

34 Illam Iustianam constitutionem eo sensu donatam, quo donandam voluit Interpretes, patribus grauatam esse non posse.

35 Herede de restituenda extraneo hereditate sub his alternatiuis condicionibus rogato, si sine liberis, aut sine nuptiis, aut sine testamento decesserit, non nisi omnibus condicionibus impletis fideicommissio locum esse.

36 Bona ista, alterutra harum condicionum deficiente ad liberos in condicione positos ex patris iudicio, non exprimi testatoris voluntate pertinere.

37 Superiores illas condiciones non negatiuas sed affirmatiuas esse.

38 Plures condiciones negatiua quomodo concipiendæ sint?

39 Vltimum versiculum §. fin. l. 13. ff. de reb. dub. Triboniani esse.

40 Refellitur quod Tribonianus in l. pen. C. de verb. signif. tradit, Prætorum interdico quod vi aut clam, aut pro & dixisse.

41 Aliquando euenire vt partim vi partim clam eodem tempore quid fiat.

1 Scripserat † testator in hæc verba, Si filius meus intestatus morietur, vel sine liberis, restituat hereditatem Sempronio, aut ita etiam concepta condicione, si decesserit sine testamento, vel sine nuptiis. Mortuo herede sine liberis, sed factò testamento, aut contra superstitionibus quidem liberis, sed nullo factò testamento, denique vt vno verbo casus omnes comprehendam altera condicione impleta, altera defecta, quærebatur apud Iustinianum an fideicommissi condicio extitisset, vt proinde Sempronio hereditatem restitui oporteret, ac si ex omni parte impleta condicio fuisset. † Insinuat verò non obscure Iustianus, ita olim ius fuisse vt fideicommissarius admitteretur etiã in præiudicium liberorum, quos heres grauatus superstitibus reliquisset, si modò decessisset ille intestatus. Nec sanè fieri poterat, vt aliter Iureconfulti responderint. Quoties enim fideicommissum sub duplici condicione alternatiua relictum est, iuris ratio facit, vt alterutram euenisse sufficiat ad hoc vt fideicommissio locum fiat, quasi existente impletæque condicione: nec aliter vtramque impleri necesse sit quàm si coniunctim vtraque condicio adscripta sit hæc modo, si sine liberis, & sine testamento decesserit. Alioqui nihil prorsus interesse inter condiciones disiunctas & coniunctas: quod tamen si quis diceret, sicuti rectam Latini sermonis rationem, propriamque verborum significationem corrumperet, ita & testatoris euerteret voluntatem, l. si heredi plures. 5. D. de cond. inst. l. cum pupillus. 78. §. 1. de cond. & demost. §. pen. Inst. de her. inst. † Nam quod dici solet, sæpe ita esse comparatum, vt coniuncta pro disiunctis, & vicissim disiuncta pro coniunctis accipiantur, interdum etiam soluta pro separatis, l. sæpe. 5. unct. l. coniunctiorem. 23. ff. de V. S. non ad eò generaliter & absurdè accipiendum est vt ob eam causam in cuiusque arbitrio & potestate esse debeat coniuncta, pro disiunctis accipere, vel disiuncta pro coniunctis. Alioqui confundentur omnia, quoties accidet vt contrahentes vel te-

statore vti sint oratione aliqua coniunctiua, vel disiunctiua. Fateor orationem quæ nec coniunctiua nec disiunctiua habeat ex mente pronuntiantis vel coniunctam, vel disiunctam accipi oportere, vt Paulus scribit in *l. alienationis. 28. ff. fin. eod. †* Nec nego interdum accidere, vt coniuncta pro disiunctis, & è contrario disiuncta pro coniunctis accipi oporteat, si vel iuris ratio vel voluntas testatoris aut contrahentium aliam interpretationem aequè commodam admittere non possit, vt in exemplis illis de quibus in *d. l. coniunctiorem & d. l. sæpe. l. si quis ita. 30. de arr. & argen. leg. †* Sed hoc contendo, quoties coniunctio vel disiunctio à testatore aut à contrahentibus facta est, nec quicquam prohibet quominus coniunctio pro coniunctiua, disiunctio pro disiunctiua accipiantur, nihil causæ esse cur liceat aut oporteat recedere à proprietate verborum, l. non aliter. 69. de leg. 3. neque cum in verbis ambiguitas nulla est, admittendam esse questionem voluntatis, l. ille aut illic. 25. in princ. & §. 1. eo. Quorsum enim verba, nisi vt demonstrarent voluntatem dicentis? Aut cur credatur quisquam id dixisse quod non prius animo, mentèque agitaauerit? Inquit Celsus eleganter ex Tuberone in *l. Labeo. 7. §. vlt. de supellect. legat.* Proinde diligenter animaduertendum est quibus verbis concepta sit formula de cuius interpretatione disputatur, vt sciri possit quid sit id de quo quæritur, vt Iul. scribit in *l. si is qui ducenta. 13. §. vlt. de verborum animaduertendum. D. de reb. dub.* Neque verò facile reperias apud Iureconsultos, siue de contractu, siue de testamentorum interpretatione disputent, tantum sibi eos arrogare, vt extra eum casum quem nos admisimus, coniuncta pro disiunctis accipere audeat, vel contra. Nam quòd in eam rem video à nonnullis adduci responsum illud elegans Sæuolæ in *l. Lucius 85. de hered. insti.* mihi videtur ad rem nullo modo pertinere, vt sequenti capite ostendemus. † Dico itaque si fideicommissum à Titio relictum fuisset Sempronio sub duabus illis condicionibus alternatiuis, si Titius sine liberis, vel sine testamento decesserit, non potuisse quemquam ex prudètib; dubitare, quin mortuo Titio sine testamento, quamuis liberis superstitibus admitti fideicommissarius deberet, ita suadente natura disiunctiua, quæ alterutram condicionem ex alternatiuis impletam vult sufficere, vt fideicommissio locum fiat. † Hoc verò corrigendum Iustin. putauit, tanquam iniquum, liberisque ex grauato susceptis nimum graue, qui cum exclusuri essent fideicommissarium si sub vna illa liberorum condicione fideicommissum datum fuisset, à fideicommissario tamen exclusos se vident, ob id solum quòd eorum pater intestatus decesserit. Itaque constituit Iustianus, vt disiunctio pro coniunctiua accipiat, vnaque condicio esse intelligatur, quæ non aliter fideicommissariū admitti permittat, quàm si Titius neque liberos, neque testamentum reliquerit, vt incertus successione morientis exitus videatur certo substitutionis & restitutionis sine concludi. † Subiicit verò rationem, Cui enim serendus est intellectus si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias, liberos eius omni pene fructu paterno defraudari? Quæ postrema verba illa sunt, ex quibus inferre soleo, quòd alij etiam inferunt, qui nobiscum sentiunt, liberos in condicione fideicommissi positos, non censerit ex fideicommissio vocatos. Non enim fructus paternus esset dicendus, sed auitus si ex fideicommissio auito nepotes ad ea bona inuito patre vocarentur. Nec sanè mala ratiocinatio est. Nā quòd contrariæ opinionis assertores respondent, nepotes

hereditatem aui ex fideicommissio percipientes, non male posse dici eam percipere tanquam fructum paternum, propterea quod censetur ei relicta contemplatione patris qui fuerit heres institutus, *arg. l. sed et si plures. 10. §. in adrogato. D. de vulg. & pupil. substit.* nullam certe habet rationem Non ob id solum quod in dubio si quid nepoti relictum sit ab auo patrum debet relictum contemplatione ipsius nepotis, non filij, indeque aduentitium non profectitium dicatur, vt bene disputat Alex. *conf. 185. nu. 16. volum. 2. ex l. vlt. in fin. C. de usufr. l. quastum. 91. in princ. vbi Accurs. & ceteri de legat. 1.* † Sed ob eam maximè causam, quod non nisi absurdè possumus dicere, fauore filij & ipsius contemplatione iniunctum illi ipsi onus fideicommissi hereditatis nepoti restituenda. Neque enim quisquam dubitat quin fideicommissum sit onus, eius qui rogatus est, *l. si adrogator. 2. §. 1. D. de adopt. l. 2. in fin. D. de suis & legitim.* Fieri autem non potest, vt eiusdem fideicommissi respectu idem sit honoratus, & oneratus, non magis quam vt sibi ipsi quis fideicommissi nomine sit obligatus, *l. cum filiofamil. 11. d. l. quastum. 91. de legat. 1.* neque possumus videre quis in eo verteretur fauor patris, vt proprio filio cogatur vel inuitus restituere hereditatem, quam habuit ipse à suo patre. Cum è contrario parentibus omnibus nihil sit odiosius aut periculosius quam si de bonis suis erga liberos disponendis, non habeant liberam facultatè, quippe qui sciant eo potissimum metu amittenda hereditatis posse iuueniles calores coerceri, & liberos in obsequio paternæ pietati debito retineri. *l. nec ei 17. §. penult. D. de adopt.* † Quod autem illi replicant, posse videri relictum nepotibus ab auo contemplatione ipsorum nepotum potius quam filij, cum viuo auo nati, & ab ipso cogniti fuerunt, Iustinianum verò in *d. l. generaliter loqui de nepotibus nascituris*, qui ab auo cogniti non fuerint, planè commentitium est. Non enim minor est aui pietas erga nepotes nascituros, quàm erga natos, licet dilectiores esse soleant nati & cogniti quam nascituri. Cuius rei non aliud præclarior testimonium quærere possumus, quam Papiniani, qui in illa eleganti specie *l. cum auus. 102. D. de cond. & demonstr.* mouetur vnica pietatis auitæ cõiectura, vt pro nascituro nepote, contra testatoris filium primi gradus audacter respondeat. Tum verò cur Iustiniani constitutionem generalem, & quam ille ipse ad extraneos quoque extendit restringere volumus ad eum casum, quo nepotes in condicione positi, numquam fuerint cogniti auo? An non potest auus qui iam nepotes natos habeat, notòsque, filium suum heredem instituire, & ab eo sub his conditionibus, *si sine liberis, vel sine testamento decesserit*, fideicommissum relinquere? An eo minùs potest filius quãdoque post mortem patris decedere sine liberis, quod liberos habeat tempore testamenti. Alioqui enim si pertinacior esse velis, & negare constitutionem Iustiniani ad hos nepotes pertinere, qui iam testamenti tempore nati fuerint, consequens fiet, vt quod ad eos spectat, supersit hodie ius vetus, quod ante Iustinianum obtinebat, proindeque excludantur nepotes per fideicommissarium, si filius heres institutus, idemque grauatus, sine testamento decesserit: Existente nimirum vna ex iis conditionibus sub quarum alterutra fideicommissum datum fuit. Sic eueniet, vt quo fauorabiliores facere velis nepotes, viuo auo natos & cognitos, eo duriorè ipsorum conditionem efficias, postponatque illos substituto, cui si post auum nati fuissent, ex Iustiniani cõstitutione præferrentur. † Minùs verò subtile est quod idem aliter respondent, Iustinianum in hac lege non

de illo quærere, An liberi positi in condicione sint vocati, sed hoc tantum velle. Ferendum non esse, vt nepotes tam facillè possint fructu paterno defraudari? Id verò ne eueniat nihil meliùs aut accommodatiùs dici posse, quàm vt liberi in condicione positi, hoc ipso vocati intelligantur, quandoquidem ea ratione fiat, ne possint defraudari fructu paterno, id est, inquit illi, eo fructu qui à patre debuisset iure legitimo in filios ex communi parentum voto peruenire. † Quasi verò id maximè agat & curet Iustin. ne possint nepotes in condicione positi defraudari fructu paterno à patre, ac non potius à fideicommissario, ad quem inuito etiam patre, non minùs quàm inuitis eius liberis in condicione positis bona omnia ex fideicommissio peruenire deberent, si Iustiniani lex non obstaret. Deinde secundum hanc interpretationem fatendum est, quod iam diximus, fructum auitum non paternum fore fideicommissum illud quod ex aui testamèto filius restituere nepotibus debeat, si eo defraudari nepotes non magis per filium heredem institutù possint, quàm per extraneum substitutum. Quomodo enim possis quantumlibet improprie fructum paternum dicere, quem nepos inuito patre ab auo consequatur? † Nam quod rursus iidem replicant, fructum paternum intelligi posse, quamuis ab auo fuerit relictus, quia fuit relictus per mediam personam ipsius patris, & quia talis fructus si non esset relictus ab auo debuisset ex communi parentum voto, & naturali charitate relinqui ab ipso patre ex *l. scripto. 7. in si. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat. l. nam et si. 15. D. de inoff. testam.* † Hoc, inquam, eodem recidit, & illud ipsum est quod nos iam refutauimus, sicut & quod iidem aiunt, posse textum illù reflecti & retorqueri, hac ratione quod cum Iustinianus eo loco absurdum putet liberos in condicione positos fructu paterno defraudari, necesse sit eos dicere tacitè saltem substitutos. Ne alioqui possint facillè à patre defraudari vel per bonorum alienationem, vel per exheredationem, vel etiam per delictum ipsius patris, ex quo bonorum publicatio sequatur. Iam enim diximus, non id esse quod Iustinianus absurdum & iniquum putat, vt nepotes fructu paterno defraudentur à patre ipso, sed vt defraudentur à substituto. Quod enim ad patrem pertinet, quid rogo absurdi est minùs ab eo percipere liberos, siue sint illi exheredati dummodò iustè, siue deportationis sententiam pater passus sit, aut etiam alienauerit bona sua? Nihil penitus, nec magis cum liberi positi sunt in condicione, quàm si non essent. Vt roque enim casu perinde sunt liberi, & ad parentum hereditatem ex parentum ipsorum voto vocati, sed non tamen iis inuitis ex fideicommissio, vt constat ex iis quæ de patre deportato scribit Vlpianus, si bene intelligatur in *l. ex facto. 17. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell.* Neque aliter potest absurdum videri, quod minùs percipiant liberi à patre, qui vel eos exheredauerit, vel ex bonis suis quid alienauerit, vel deportatus sit, quàm si ponas & dicas habere eos debere bona illa ab auo non à patre, *arg. l. 3. ff. de inerd. & re leg. l. emancipatum. 7. §. vltim. ff. de Senat.* Quo sensu consequens fiat Iustinianum dicere debuisse fructum hunc auitum, non, quomodo vocat, paternum. † Quia verò iidem contra quos disputamus, respondere solent Iustinianum in hac lege non illud decidere, de quo quæratur inter nostros, An liberi in condicione positi censeantur substituti, proinde sufficere vt ex aliis legibus probetur filios tacitè videri substitutos, Faciamus quæso, etsi nos quæstionè illà Decadibus nostris reseruamus, vt appareat decidi eà à Iustiniano, & qui referuamus, vt appareat decidi eà à Iustiniano, & qui dem tam apertè, vt non potuerit apertius, nisi quod

ita deciditur quasi iam fati antè decisa, nullamque prorsus habens dubitationem. Nam si liberi positi in fideicommissi condicione haberi possent pro vocatis. Quæro, quia igitur ratione fieri poterat, vt ante Iustinianum excluderentur à substituto in illa specie, si fortè pater intestatus decessisset? † Qui enim volunt censerì vocatos, dicunt, Patre rogato, si sine liberis decesserit, hereditatem restituere Sempronio, duplex esse fideicommissum. Vnum tacitum quo pater in casum superstitum liberorum grauatus sit iis restituere hereditatem. Alterum & secundum expressum, quo deficientibus liberis grauatus sit eandem hereditatem restituere Sempronio. Ex quo apparet, frustra de secundo fideicommissio quærì an ei locus sit, necne quando priùs locum habere potest. Proinde quo iure, aut quonam iuris colore poterat Sempronius fideicommissum obtendere, exclusis grauati liberis in condicione positis, ob id solum, quod eorum pater intestatus decessit, si ita ius erat, vt ex quo positi erant in condicione liberi, vocati quoque viderentur? Sed & Iustinianus ipse, qui vt his liberis faueat contra iuris rationem vult particulam disiunctiuam accipi pro coniunctiuam, cur putauit egere illos noua sua constitutione, vt à Sempronio fideicommissario non excluderentur, si non ignorabat ex tacita patris voluntate videri eos debere vocatos? Quid enim refert fideicommissarij an is qui rogatus est, decesserit intestatus, an cum testamento? An eo minùs iuris habet, quod heres rogatus non fecerit testamentum, in quo alium heredem fortassis extraneum instituere potuisset? Illud namque constat, fideicommissarium non heredi grauato succedere, sed testatori, *leg. coheredi. 4. §. cum filia de vulg. & pupil. substitut. leg. 1. leg. in fideicommissaria. 18. & pass. ff. ad SC. Trebell.* † Et tamen non putat Iustinianus, aliter fieri posse vt liberi in condicione positi non excludantur per substitutum, quàm si conditiones sub quibus alternatiuè vocatus fuit Sempronius ad fideicommissum, coniungantur, & in vnam eandemque condicionem illam degenerent, *si filius sine liberis & sine testamento decesserit*, vt susceptis liberis, licet nullo facto testamento, dici possit fideicommissi condicionem, quæ vnica & indiuia fuerit, defecisse. Non ergo credidit, Ob id tantum quod liberi in condicione positi sint, videri eos debere tacitè substitutos. Neque verò puto ad objectionem hanc posse vllò modo responderi. † Scio, eos qui pro liberis pugnant, in ea esse sententia, vt putent hanc Iustiniani constitutionem procedere, loquuntur, in casu singulari, quando filij positi sunt in vna condicione, & alternatiuè fuerunt etiam adiectæ alia conditiones, inter quas illa sit, si filius sine testamento decesserit. Vnde, inquit, ex eo quod testator concessit filio testandi facultatem de bonis sibi relictis, tacitè colligitur quod voluerit liberos positos in condicione, posse per testamentum excludi, & consequenter non aliter eos admitti, quàm ab intestato, vel ex testamento, si essent instituti. Nos autem loquimur, aiunt illi, quando filij simpliciter positi sunt in condicione, & in contrarium non subest aliqua coniectura, ex qua concipi possit, quod non intelligantur substituti. † Fatentur itaque vt arguere mox possumus à confessis ad negata, Illo saltem casu quo condicio illa sit adiecta, *si sine testamento decesserit*, liberos quantumuis in condicione positos non videri vocatos. Quod summoperè notari volo, contra plerosque, cum quibus mihi aliquando de tota hac quæstione in Italia tractare contigit. Viros sanè doctissimos, & in rectoribus interpretum nostro-

rum traditionibus adprimè versatos, qui mordicè defendebant, Non eò minus intelligi debere liberos in condicione positos tacitè substitutos, quod testator in eum casum quo existeret condicio fideicommissi sub ea condicione relictus, *si sine liberis*, expressim permiserat alienationem in præiudicium substituti, vt non alia bona petere fideicommissarius posset, quam quæ non reperirentur mortis tempore alienata. † Quasi permissio de alienando data in casum deficientium liberorum, nihil haberet commune cum illo casu, quo liberi superessent, neque ad eum porrigi deberet. Quidni enim similiter nobis liceat ex istorum sententia contra alios disputare, condicionem illam, *si sine testamento decesserit*, de illo casu intelligendam esse, quo heres grauatus nullos liberos superstites relinquere, non etiam de illo, quo aliqui ex ipso liberi superessent. Præsertim verò cum eam condicionem, *si sine testamento decesserit*, disiunctim conceptam, Iustinianus accipi velit tanquam coniunctam cum illa, *si sine liberis*, quo casu multò probabilius defendi posset, non perinde videri debere illam repetitam in casum contrarium, quo filius grauatus, liberis superstitibus moreretur. Nemo siquidem dubitare potest, quin eiusmodi condicio *si sine testamento decesserit*, adscripta fideicommissio quod Sempronio relictum fuit, contra Sempronium adscripta videri debeat, vt ei testamentarius quilibet grauati heres præferretur. Non contra eiusdem grauati liberos si quos superstites relicturus esset. Sed & multò fortior ac probabilior voluntatis coniectura capi potest ad excludendam tacitè illius fideicommissi quod ex liberorum condicione inducitur, interpretationem si permissio testandi detur heredi in casum existentis iam, & vt loquuntur, purificati fideicommissi, quàm si adscribatur per modum conditionis ad euentum fideicommissi excludendum, † Nam cum interpretes qui liberos in condicione positos volunt vocatos, non alia coniectura voluntatis moueantur, quàm quod eos testator prædilexerit, ac prætulerit substituto, nec proinde credendus sit voluisse vt patri liceret in eorum præiudicium disponere de iis ipsis bonis, de quibus in fideicommissarij minùs dilecti præiudicium disponere non posset (quæ tamen disponendi licentia in liberorum perniciem non aliter patri interdicta esse queat, quàm si tacitum fideicommissum inducatur.) Prorsus consequens est, Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in condicione positis, eo casu quo impunita sit in fraudem expressi substituti bonorum fideicommissio subiectorum alienatio. Ne alienatio. Ne alioqui eueniat, quod fuerit absurdissimum, vt maior sit vis & potestas taciti fideicommissi quàm expressi, ad alienationem heredi prohibendam in tacito, quam testator expressim permiserit in expresso. † Sed quamuis non dubitem verum esse quod isti volunt, Condicionem illam fideicommissio inserta, *si heres sine testamento decesserit*, sicut efficit vt grauatus heres possit in præiudicium fideicommissarij disponere, & disponendo facere vt deficiat condicio fideicommissi. Ita debere vt eo saltem casu liberi in condicione positi censerì non possint vocati. In eo tamen videntur mihi errare manifestè, quod Iustiniani legem hanc, quæ proculdubio generalis est conuulsant ad eum casum, quo ex pluribus condicionibus alternatiuè adscriptis vna illa sit *si heres sine testamento decesserit*, cum apertissimum sit Iustinianum in excludendo fideicommissario propter liberos in condicione positos, ad nihil minus quam ab hac testandi licentiam respexisse. † Nec enim apud Iusti-

nianum refert, quas condiciones testator adscripserit, & an ita dixerit, *si filius meus sine liberis aut sine testamentum decesserit, hereditatem Sempronio restituat*, an ita potius, *si decesserit sine liberis, aut si naus ex Asia non venerit*. Vtroque enim casu ratio iuris veteris facit ut superstitibus quoque ex filio liberis, admitti nihilominus debeat Sempronius, si naus ex Asia non venerit, quippe tanquam substitutus sub duplici conditione alternatiue, quarum alterutram sufficiat extitisse. † Contra verò, Iustiniani constitutio utroque casu excludit substitutum coniunctis casibus & in vnam transfusus per commutationem particulæ disiunctiue in coniunctiuam: Quia etsi scriptum esset *si filius meus sine liberis decesserit, & naus ex Asia venerit, hereditatem meam Sempronio restituere volo*, dubitari non oporteret, quin etiam si naus ex Asia non venisset, nihil magis admitti Sempronius deberet si heredi rogato vel vnus filius vnâve filia superesset, quoniam vna tantum esset condicio, ac proinde indiuidua, cuius vtramque partem impletam esse substitutus probare deberet ut admitti posset *dict. leg. cum pupillus. 78. §. 1. De condic. & demonstr. dict. leg. si heredi plures. 5. Digest. de condic. constituit*. † Nec sanè hoc casu minus locum habet ratio illa æquitatis qua Iustinianus mouetur, quàm si pro huiusmodi conditione, *Si naus ex Asia non venerit* illa fuisset adscripta *si sine testamento decesserit*. Nempe, quòd ferendus non sit intellectus, si forsitan naus ex Asia non venerit, liberos tamen grauatus filius reliquerit, propter istas verborum angustias liberos eius omni pene fructu paterno defraudari. Cur non æquè sit fauorabilis hoc casu condicio liberorum quos testator in conditione posuit: vt patri suo possint saltem ab intestato succedere excluso substituto? Quod si admittas, vt admittendum necesse riod est, Iustiniani legem hoc etiam casu locum habere, illud quoque admittendum erit ex superiore inductione, Liberos in conditione positos ne hoc quidem casu videri vocatos, licet de testandi licentia heredi danda testator nihil cogitauerit, qui conditioni liberorum non aliam adiecit, quàm hanc, si naus ex Asia non veniret. † Atque idèd si quærat, cur in ea specie Iustinianus non putet liberos in conditione positos censeri vocatos, Non illam rationem reddi posse quam isti adferunt, quòd heredi grauato liberam testandi facultatem pater concesserit, sed illam potius quæ & generalior est & speciebus omnibus legis conuenientior, quod numquam possint aut debeant dici substituti, qui tantum positi sunt in conditione. † Vnde apparet etiam, nec illo quoque casu quo eiusmodi condicio adscripta fuit *si sine testamento decesserit*, eam tamen Iustinianæ constitutionis rationem adferri posse quæ ex faciendi testamenti data licentia proficiscatur, sed quæ sumatur ex solo, meròque fauore liberorum quibus subueniendum putauit Iustinianus cõtra verba conditionum, &, quod est consequens contra ipsam iuris rationem quæ conditionum potestatem non potest non æstimare ex vi & potestate verborum quibus conceptæ sunt, denique contra substitutum vt tametsi altera condicio vel conditionis pars extiterit, excludatur tamen per liberos grauati, vt possint illi etiam in iis bonis perinde ac in reliqua hereditate patris, succedere patri, siue ex testamento, siue ab intestato: sed contra patrem ipsum vt de hereditate liberis suis restituenda villo casu rogatus videatur, non item. Subuenit enim potius ipsi etiam patri, vt eo minus grauatus videri debeat, quasi sub vna tantum conditione rogatus, qui reuera sub duabus,

& quidem alternatiue conceptis rogatus fuit Curverò subuenit patri, nisi vt in eius potestate sit inuito fideicommissario ea ipsa bona qua restituere iustus erat, liberis suis relinquere siue ex testamento siue ab intestato id facere vellet? I. que demum paternus fructus proculdubio est, qui ex solius patris, non etiam ex aui iudicio & voluntate, quamuis ex aui bonis, ad filios peruenit. † Eam verò Iustiniani mentem fuisse, quam nos diximus, vt liberis grauati heredis prospiceret in omnem casum, quo postquam in conditione positi essent, alia condicio alternatiue subiecta proponeretur, siue de testamento illa esset, siue de nauis qua ab Asia expectabatur, Apparet satis non solum ex generali ratione illa quæ retulimus, posita in vers. *Cum enim ferendus est, sed ex eo quoque quod non illas tantum condiciones exprimit, si si quis decesserit sine liberis aut sine testamento, sed etiam si sine nuptiis, quæ licet disiunctiue poni non possit post illam si sine liberis (quia fieri non potest vt non sine liberis debeat, qui decedit sine nuptiis, cum ea condicio de iustis liberis intelligenda sit, non de naturalibus duntaxat vt scriptum est in §. cum autem euid. leg. iusti verò liberi sine nuptiis esse nequeant l. septimo mox. 12. ff. de stat. homin. l. 3. De his quis sunt sui vel alieni. iur.) posita tamen potest ante vel post illam si sine testamento hoc modo *si filius utriusque heres meus decesserit sine nuptiis aut sine testamento*. † Quo casu si filius nuptias contraxerit, nec tamen liberos susceperit, postea verò sine testamento decesserit, perinde quæri potest, an substitutus extraneus admittendus sit ad fideicommissum excluso proximo eodèdemque legitimo successore, Ac quemadmodum dubitari non potest, quin ex vi verborum, meraque iuris ratione admitti debeat fideicommissarius, tanquam existente conditione fideicommissi, si vel vna existat ex pluribus alternatiuis, ita & fatendum est Iustiniani legem perinde hoc casu locum habere ad excludendum substitutum, fauore non liberorum qui nulli sunt, licet positi fuerint in conditione, sed ipsius grauati, vt non nisi vno casu & sub vnica eaque indiuidua conditione duas partes habente grauatus intelligatur. Id enim est quod Iustinianus discretè constituit, tunc valere conditionem, id est haberi pro imp'eta, locumque fideicommissi fieri, cum nihil ex iis, quæ in conditione posita sunt fuit subsecutum, id est cum neque testamentum factum est, neque nuptiæ intercesserunt, vt appareat si vel alterutrum subsecutum sit, vt puta si nuptiæ intercesserint, tametsi testamentum factum nõ sit, neque ex nuptiis suscepti fuerint liberi, nullum tamen fideicommissario locum superesse. Nam quod in sequentibus Iustinianus de relicta posteritate loquitur, eam causam habet, vt tanto apertior fiat iuris veteris iniquitas, quæ non tantum patri grauato iniuriam faciebat siue liberos suscepisset, siue non, sed & ipsis liberis si qui fortè ex ipso superessent. † Ceterum non potest ratio illa restringere legis desinè generalè, præsertim cum idèd Iustinianus statim subiiciat eam se legè fecisse quæ tã patribus, quàm liberis grata esset, vtriusque scilicet simul si pater liberos superstitibus reliquerit. Patribus verò solis, si fortè liberos quidè suscepserint, quorù respectu patres per relatione dici possint, sed qui tamè postea prædecesserint. Nec enim eò minus patres videri debent, iustisq; nuptias contraxisse vt fideicommissi onere liberati sint, quemadmodum si ita scripti essent, *vosque liberi charissimi mi hoc fideicommissum reuere volo, donec binos liberos educaueritis*, quo casu sufficeret ad excludendum fideicommissum binos liberos procreatos fuisse, quauis postmodum prædefunctos, l. hereditibus. 77. in princip. D. ad S. C. F. re-*

bellianum.

bellianum. Sed nec iis minus fauere Iustinianus voluit qui liberos numquam susceperint, licet dicat velle se patribus fauere. Possunt enim dici patres eo respectu quod patres esse potuerunt. Quid enim referre potest an liberos susceperint necne, si verum est conditionem fideicommissi defecisse? † Atqui verum illud est, defecisse conditionem si is qui fideicommissio grauatus est sub hac conditione, *si sine nuptiis vel sine testamento decesserit*, aut nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, postquam placuit Iustiniano disjunctionem pro coniunctione accipiendam esse. Verba namque constitutionis non modò generalia sunt, sed etiam in rem concepta, cum sint huiusmodi, *firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni earum, vel restitutioni. Si enim nihil ex iis fuerit subsecutum, tunc valere conditionem, & res secundum verba testamenti restituere, vt incertus successionis morientis ex iuris videatur certo substitutionis, vel restitutionis sine concludi*. Sensus enim est, huiusmodi conditionibus omnibus adscriptis, iam inde ab initio certum ius esse, vt non aliter fideicommissarius admitti vnquam possit, quàm si omnes simul conditione extiterint, ac proinde siue liberos aliquos superesse contigerit, siue nullos: cum nihil vetet incerto manente eo, an liberi aliqui futuri sint necne, certam tamen iam inde ab initio fieri exclusionem fideicommissarii siue contractis iustis nuptiis, siue facto testamento. † Illud planè non possum videre, quomodo possit esse grata patribus constitutio Iustiniani, si eo sensu donetur quo donandum volunt, qui patrem nouo ac tacito erga proprios liberos fideicommissio constringunt, quem tamen cogantur fateri ab onere fideicommissi expressi, quod extraneo relicto fuerat, esse iam liberatum. Plerumque enim acerbius grauiusque fuerunt parentes si propriis liberis, inde fortassis lædendæ pietatis occasionem & audaciam capturis, quàm si extraneis obligentur *argument. dict. leg. nec ei 17. Digest. de adopt. leg. cum oportet. 6. circ. princip. Codic. de honor. qua liber. leg. si quando. 35. illud Codic. de inoffic. testament. Accedat quod Iustinianus subiungit, non tantum filiis & nepotibus velle se per eam legem subuenire, sed etiam eorum exemplo aliis personis, licet extraneæ sint, de quibus tale aliquid scriptum proponatur. † Itaque instituto herede, rogatoque de restituenda hereditate Sempronio sub his conditionibus alternatiuis, *si sine liberis, aut sine nuptiis, aut sine testamento decesserit*, dicendum est ex Iustiniani lege deficere conditionem fideicommissi, prorsusque excludi Sempronium, si extraneus ille heres nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, licet sine liberis decesserit, aut contra si testamentum quidem non fecerit, sed tamen iustos liberos ex iustis nuptiis susceperit. Quibus casibus perinde locum habebit ratio illa Iustiniani, quòd iniquum sit liberos propter verborum angustias omni penè fructu paterno defraudari: neque tamen similiter possis dicere fructum hunc re vera esse auitum, dicique paternum, quod officium aui erga nepotem ex officio patris erga liberos pendeat, cum testator extraneus sit, & heredi, & consequenter nullo pietatis aut coniunctionis vinculo liberis scripti heredis teneatur. † Itaque apparet hinc clarius verum esse quod dicimus bona ista per heredis instituti personam ad liberos in conditione positos non nisi ex patris iudicio & voluntate peruenire siue testatus decesserit, siue intestatus, non item ex iudicio primi patris, siue auius ille fuit siue extraneus: nec tanquam bona aui, aut primi illius testatoris, sed tanquam bona pa-*

tris, ob idque non immeritò fructum paternum appellari. † Hic verò non possum mihi tempetare, quin subiiciam, quod ad Iustiniani legem intelligendam maximè pertinet, Errare grauter eos, qui ex illa notant disiunctiuam particulam vel positam inter condiciones negatiuas resoluui in coniunctiuam, idque fauore liberorum. Illæ namque condiciones *si filius intestatus decesserit aut sine liberis aut sine nuptiis* affirmatiuæ sunt non negatiuæ, ideòque resoluuntur aut in & non in neque, quomodo resoluui deberet si condiciones essent negatiuæ. † Plures siquidem condiciones negatiuæ coniunctim sic conceptæ essent, *si filius neque testamentum fecerit, neque liberos susceperit, neque nuptias contraxerit. leg. si is qui duxerit. 13. §. ultim. De reb. dub. vbi quod magis est, ita locuto testatore si quis mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto, si mihi filius aut filia heres non erit*, negat Iulianus satis apertè declaratum esse à testatore suam voluntatem, an non aliter extraneum heredem esse vellet quàm si neque filius neque filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi oportuit, *si mihi neque filius neque filia heres erit*. Nec sufficit quod non ommissa negatio fuisset in conditione sic concepta *si mihi filius aut filia heres non erit*. Tantum abest vt dictio sine posita cum verbis affirmatiuis si decesserit faciat condiciones negatiuas. † Etsi videro Tribonianum illo etiam loco disiunctiuam accipere pro coniunctiuam ad extraneum, vt ille loquitur, excludendum. Tota namque illa clausula *sed procliuor est testatoris voluntas sic esse interpretanda, vt siue filius siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit*, proculdubio Triboniani est, vt docui libr. 12. respicientis fortasse ad eam Iustiniani constitutionem, de qua nunc tractamus. Fuit enim Triboniano familiare disiuncta pro coniunctis accipere, vt & in cæteris ferè omnibus peruertere iuris veteris rationem, † vt videre est in *leg. penult. Codic. de verb. signific. vbi hercle suauis est, cum vt nouæ constitutioni colorem quærat ex iure veteris non erubescit affirmare, in illa edicti parte quæ est de eo quod vi aut clam factum erit, dixisse prætorem aut pro &, quo falsius nihil dicere potuit. Ita enim sequeretur, non aliter interdicto locum fore quàm si probaretur opus & vi & clam simul factum fuisse, cum tamen alterutrum probati sufficiat. Neque verò facile possit contingere, vt & vi & clam simul quid factum sit, siquidem vi fecisse dicitur, qui prohibitor fecit, Clam verò qui prohibitionem factam timuit aut timere debuit, nec eo minus fecit, l. i. l. 3. in princ. & §. vlt. ff. quod vi aut clam. † Quæquã nõ inficior posse interdum euenire, vt & partim vi & partim clàm quid fiat in eodem tempore, vt puta, si cum prohiberem fundamenta posuisti, postea cum conuenissem ne reliquum opus fieret, absente aut ignorante me reliquum opus perfecisti, vel contra, Fundamenta clam fecisti, Deinde cætera me prohibente edificasti. Hoc iure vtique vt etsi vi & clam factum sit, hoc interdictum sufficiat, inquit Vlp. in *leg. is qui in puteum. 11. §. interdictum. 5. cod. tit.* Quo verbo sufficiat an non ostendit manifestè hoc fieri ex sententia prætoris, potius quàm ex verbis edicti, quæ quoniam disiunctim non coniunctim concepta erant, ad hunc casum pertinere non videbantur? Alioqui non erat cur Vlpianus scriberet sufficere interdictum eo casu qui præcipuus ac potissimus edicti verbis comprehensus fuisset, potiusque dubitare debuerat an sufficere posset interdictum eo casu quo disiunctim vel vi vel clam opus factum probaretur.*

Interpretatio l. Lucius. §. ff. de hered. institut.

SYMMARIA.

- 1 Huius legis explicanda occasio.
- 2 In eius legis specie duas esse disjunctiones per particulam aut repetitam conceptas.
- 3 Particulam aut in verbis illis aut quod abominor pro disiunctiua non pro coniunctiua accipiendam esse.
- 4 Quod in d. l. liberorum Titij in concipienda conditione mentio facta est, ad eum duntaxat casum pertinere, quo ante aditam hereditatem liberis relictis Titius decessisset.
- 5 Posterio rem disjunctionem que est in verbis illis, aut filium filiamve ex se natum &c. pro coniunctiua accipiendam esse.
- 6 Cur ibi disiunctio pro coniunctiua accipiat?
- 7 Ratio propter quam vulgares substitutiones post aditam hereditatem expirant.
- 8 Conditionem illam, si prius morietur quam hereditatem meam adierit, cum alia ratione si filium filiamve ex se natum natamve scriptus heres non habebit, coniunctim in d. l. accipiendam esse.
- 9 An si testator vulgariter, pupillariter & per fideicommissum sub his ipsis conditionibus substituit defuncto ante aditam hereditatem superstitibus liberis Titio, substituti excludi debeant.
- 10 Liberos Titij in d. l. Lucius, in conditione positos neque directo institutos nec substitutos videri.
- 11 Interpretum contra sententiam ratiocinatio & illatio ex illis Scauola verbis, nam prudens consilium &c.
- 12 Duo absurda ex hac illatione secutura.
- 13 Testatorem in d. l. Lucius non modo Titium ex testamento, sed etiam Titij liberos ab intestato substituitis praeluisse.
- 14 Ita tamen heredis instituti liberos vocari ut non idcirco grauatus sit heres scriptus erga proprios liberos, nec ei de tota hereditate pro arbitrio disponendi interdicta potestas sit.
- 15 Non fratre testatoris sed extraneo herede instituto non similiter conferri testatorem substituto heredi scripti & eius liberos praeluisse.
- 16 Fideicommissaria substitutionis hoc casu diuersam rationem esse.
- 17 Aliud esse substitutum excludi per liberos in conditione positos, aliud vero eos ipsos per quos excludatur vocari aut preferri.
- 18 Scauolam in d. l. Lucius, non de fideicommissaria sed de vulgari substitutione tractare.
- 19 Examinatur species leg. si quis ita. §. ff. de heredit. instit.
- 20 In quo differat ea species ab ea que in d. l. Lucius, tractatur?
- 21 Ad excludendum in specie d. l. substitutum sufficere si liberi supersint licet heredes esse nolint, aut non possint.
- 22 Non interesse an illi liberi patrio adhuc viuo an vero defuncto concepti sint.
- 23 Nec absurda ququam in eo esse si testator fratris filios ab intestato praeluisse dicatur, quos qua se viuo concepti non fuerint, heredes ab intestato habere non possint.
- 24 Adeunda hereditatis tempora breuia plerumque & angusta esse.
- 25 Vix in d. l. fieri posse ut heres institutus ante aditam hereditatem decedat vs superstitibus liberis qui non

- fuerint viuo testatore concepti.
- 26 Non eo minus prudens animaduerti testantis consilium, licet in d. l. specie sonantibus nullis ex se ante viuo testatore conceptos fuisse.
 - 27 Viri cuiusdam docti ad hanc legem coniectura refertur.
 - 28 Uno illo casu, quo inter suos successio est, non alios posse succedere, quam qui mortis testatoris tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel saltem concepti sint.
 - 29 Liberos in d. l. non fauore patris in conditione positos fuisse.
 - 30 Negatur eos tanquam ex fideicommissis vocatos fuisse.

DE † huius loci sententia necessario hic nobis tractandum est, non solum quod ad eam quaestio nem maximè pertineat, de qua iam aliquid dicere cepimus De liberis positis in conditione, quos qui putant vocatos hoc potissimum responso niti solent, sed etiam quia vulgo creditum est ex illo etiam loco probari, quod nos superiore cap. negauimus, Iureconsultos disiuncta saepe pro coniunctis accepisse, tum etiam cum nihil prohiberet quominus coniunctim, & proprie acciperentur. † In ea specie de qua Scauola respondit, proponebantur Titius a testatore fratre suo heres ex asse institutus, eique cum libertate substituti Stichus & Pamphilus sub tribus conditionibus disiunctim conceptis, Si Titius heres esse nollet, aut si prius moreretur, quam hereditatem adisset aut filium filiamve ex se natum natamve non haberet, Sic enim testator scripserat Titius frater meus ex asse mihi heres esto, Si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius moreretur quam hereditatem meam adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc, Stichus & Pamphilus serui mei liberi & heredes sumo. in quibus verbis, vt nemo non videt, dua sunt disiunctiones conceptae per illam repetitam particulam aut quae est disiunctiua. † Priore ibi positam aut quod abominor prius moreretur, quidam accipi volunt pro coniunctiua ac si scriptum esset & quod abominor a quibus ego prorsus dissentio. Neque enim dubito quin si Titius heres esse nolisset, suamque in eam rem voluntatem expressa repudiatione declarasset, admittendi fuissent substituti, licet aliqua ex aliis conditionibus defecisset id est licet Titius ante aditam hereditatem mortuus liberos superstitibus reliquisset. † Nam quod liberorum Titij mentio facta est in concipienda conditione non ad hunc casum pertinet repudiatam expressam hereditatis, in quem scilicet casum alternatiue & vtiliter dati fuerant substituti, sed ad illum duntaxat quo ante aditam hereditatem decessisset liberis relictis, vt Scauola ipse interpretatur iis verbis, Quos eo amplius noluit heres esse si frater prius quam hereditatem adierit, decessisset liberis relictis. Nec enim quisquam proprie ac partitè loquendo dixerit decessisse Titium ante aditam hereditatem si decesserit post eam repudiatam, cum verba illa ante aditam praese ferant adiri adhuc posse, quod non est post repudiationem, quae scilicet delationis per legem facta totam vim & potestatem extinguit. Delata siquidem dicitur hereditas quam quis ad eundem consequi possit, leg. delata. §. 1. D. de verb. signific. iunct. leg. sic. 4. C. de oblig. & act. leg. 1. §. decretalis. D. de success. edit. Et tamen si prior illa disiunctiua aut pro coniunctiua esset accipienda consequens fieret, vt etiam si Titius hereditatem repudiasset, perinde tamen excludi deberent substituti superstitibus ex Titio liberis, ac si hereditatem quam repudiasset, adisset. Id nimirum euincente

vi &

vi & potestate coniunctionis, quae vnitas iunctaque condiciones simul impleri vult, vt substituti qui libris vocati sunt, adirent possint leg. si heredi plures. §. ff. de condic. inst. leg. cum pupillus. 78. §. 1. De condic. & de monstr. † Posterio rem vero disiunctionem quae est in illis verbis aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, fateor vtique pro coniunctiua accipiendam esse, vt fateor non obscure Scauola suprascriptis verbis, cum vtraque conditione iuncta eam vult fuisse testatoris voluntatem, vt exclusi essent substituti si frater priusquam hereditatem adiret decesserit liberis relictis. Alioquin duabus conditionibus alternatiue adscriptis, sufficere posset substitutis quod alterutra euenisset, siue mortuo Titio ante aditam hereditatem, siue superstitibus ex eo liberis. † Sed tamen dico hoc ideo fieri, quia substitutio de qua tractat Scauola, cum sit directa & vulgaris non potest fieri in casum aditam hereditatis, nec sub ea conditione si heres post aditam hereditatem sine liberis decesserit. Is enim casus est fideicommissaria non directa substitutionis cum fieri nequeat, vt qui semel heres fuit, vnquam heres esse desinat. l. aut prator. 7. §. sed quod Papinianus. ff. de minor. l. ei qui soluendo. §. §. hoc tit. D. hered. instituit. nec rursus vt eo manente herede substitutus admitti, heresque fieri possit, ne contra iuris regulam vni duo in solidum sint heredes leg. quin contra. 141. §. vni duo De regul. iur. † Quae ratio est eius quod dici solet, Post aditam hereditatem vulgares substitutiones expirant, leg. post aditam. §. Cod. de impub. & aliis substituit. leg. verbis ciuilibus. 7. De vulg. & pupill. substit. Proinde mirum non est si hoc casu disiunctio pro coniunctiua accipiat, quae tanquam disiunctio valere non potest. Nam si pro disiunctiua acciperetur, admittendus esset substitutus vulgaris (vnus ille sit an plures nihil refert) in eum quoque casum, quo Titius hereditatem adisset, si modo postea sine liberis decessisset, quod a iuris ratione & regulis, vt dixi, penitus abhorreret. † Porro sicut condicio illa si filium filiamve natum natamve ex se non habebit, nullum per se habet effectum in casum aditam hereditatis, ob idque necessario coniungenda est alteri conditioni si prius moreretur quam hereditatem meam adierit ne frustra & inutiliter adiecta esse videatur, ita nec prior illa si prius moreretur quam hereditatem meam adierit separatim accipienda est ad substitutum admittendum in casum hereditatis non aditam, sed necessario coniunctim cum alia conditione si filium filiamve ex se natum natamve scriptus heres non habebit. Pluribus enim conditionibus simul quamuis disiunctim adscriptis, fieri certè nequit vt posterior priori coniuncta videri debeat, quin prior etiam posteriori in vtrumque casum coniungatur. Ita fit vt testator qui vulgariter substituit sub hac duplici conditione si Titius prius moreretur quam hereditatem meam adierit, aut liberos non habebit vnquam tantum conditionem expressisse intelligendus sit, eamque simplicem & indiuiduam, haud secus ac si dixisset vnica oratione si Titius ante aditam hereditatem decesserit sine liberis. † Ac finge non de vulgari tantum substitutione faciendam, sed de fideicommissaria quoque cogitasse testatorem, datis vt hodie fieri solet, substitutis, vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, idque sub his ipsis conditionibus ita conceptis si Titius prius moreretur quam hereditatem adierit aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, An perinde dicemus defuncto ante aditam hereditatem superstitibus liberis Titio, substitutos excludi omnimodo debere? Minime, vt ego quidem arbitror. Vna quaeque enim condicio in hoc casu separatim ef-

fectum suum habere commode potest, quatinus in aliam atque aliam causam, illa quidem si prius moreretur quam hereditatem meam adierit in casum vulgarem; Altera vero si liberos ex se non habebit in casum fideicommissi, hoc est aditam hereditatis. Et ideo nulla hic subest necessitas commutandae disiunctionis in coniunctionem, ne fiat iniuria voluntati testatoris, qui vtique condiciones aequè facillè coniunxisset, si coniunctas voluisset. Atque haec quidem nondum fortassis ab alio tam accuratè explicata ad Scauolam adnotasse sufficiat, quod ad coniunctionem aut disiunctionem vim, & potestatem pertinet, ne quis credat Scauolam alioquin iuris religiosissimum adeò facilem, ne dicam audacem fuisse, vt coniunctionem pro disiunctione acciperet aut contra, nisi ea mera necessitate, id est eo casu quo aliter nobis interpretantibus eueniret vt alterutra condicio inutiliter ac superuacuo adiecta reperiretur. † Sed illud multò minus ferre possum, quod tot interpretes video existimare, probari ex eo loco, liberos in conditione positos hoc ipso vocatos intelligi debere. Nam cum tota ea lex, vt & totus ipse titulus sit de institutionibus directis, non de fideicommissis, fatendum erit Scauolam si in ea fuit opinione, vt Titij heredis instituti liberos vocatos crederet, non dubitasse, quin habendi essent pro institutis. At quibus obsecro verbis, cum nulla institutionis verba quod ad eos attinet, testamento inserta proponantur? Illis nimirum conditionalibus in substitutione concipienda expressis, aut si filium filiamve, ex se natum natamve non habebit, aut si nonnullis, prorsus nullis. Atquin ij ipsi interpretes qui volunt liberos in fideicommissi conditione propositos intelligi substitutos, fatentur ferè omnes, non posse tamen fieri vt ex verbis conditionalibus directa institutio vnquam inducatur, ex leg. si quis eum. 16. §. vltim. ff. de vulg. & pupill. substit. quia heredis institutio non nisi expressis & ciuilibus verbis fieri potest, leg. heredes palam. 21. ff. qui testament. fac. possess. inspecto saltem iure vetere, quod fuit temporibus Scauolae & ante constitutionem illam Imperatoris Constantini, quae extat in leg. quoniam indignum. 15. Codic. de testam. neque possunt in eam rem sufficere coniecturae, vt probant illi ex leg. 1. ff. si tab. testament. extab. leg. inbernus. 29. C. de testam. Ergo illud dici nullo modo potest, liberos Titij positos in conditione apud Scauolam videri debere directò, vel institutos, vel substitutos. † Nec me mouet quod iis verbis nam prudens consilium testantis animaduertitur, qui non solum fratrem praelulit substitutis, sed etiam eius liberos, videtur Scauola eandem constitutionem rationem Titij & liberorum, vt ex testatoris voluntate non minus liberi quam pater substituto praeferantur. Ex quo inferunt interpretes, Videri ergo liberos Titij substitutis praelatos ex testamento, & consequenter saltem ex fideicommissis, quemadmodum & Titius ipse sine dubio ex testamento iis praeferatur, vt verbum illud praelulit positum duo determinabilia vniformiter ea determinet, quomodo iidem loqui solent vulgari brocardo, quod desumunt ex leg. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill. substituit. † Nam vel ratiocinatio haec inepta est, vel si habeas eam pro bona & probabili, nec dicam concludenti, perinde cogam te fateri liberos Titij nec pro fideicommissis, nec pro directis substitutis habendos esse, sed pro institutis, quoniam nec alio quam institutionis iure, testator Titium fratrem praelulit substitutis. Ita euincam videri liberos patri coheredes datos, quod tamen non magis verum esse potest, quam si quis diceret substitutos ob id solum quod ex vulgari substitutione succedere ne-

queant in casum aditæ hereditatis, ad eiusdem hereditatis partem veluti coheredes admittendos esse. Contra quam placeat Scauola, qui repugnantem testatoris voluntatem ex eo coniecit, quod Titius fuerat ex toto affe institutus, ut & non valde dissimiliter argumentatur Papinianus in *dist. leg. verbis cuiuslibet*.

13 *7. De vulgar. & pupill. substit.* Proinde concludendum est quod Accursius bene animaduertit ad *dist. l. Lucius* in verb. *prætulit*, testatorem in proposita specie, non modo Titium prætulisse substitutis, & quidem ex testamento per institutionem expressam, sed etiam Titij liberos ab intestato, quia tales erant, qui eo intestati iure patruo possent succedere faciente nimirum patruo exitum intestati eo casu quo frater heres scriptus nollet adire ex institutione. In eoque vel maximè prudens elucet illud consilium testantis, quod tunc per Scauola commendat: Cum substitutis prælati sunt liberi heredis instituti ad excludendam quidem substitutionem, sed ita tamen ut non idcirco per fideicommissum grauatus fuerit pater de relinquenda iis hereditate. Via namque fideicommissi est, nota cuiuslibet, nec iam ferè quicquam est vulgarius: Estque præterea iis omnibus qui onerantur, nec minus patribus, fortassis etiam magis quam ceteris molesta. Sed substitutum ita vocare ut non tantum institutus ei præferatur, sed etiam liberi heredis instituti, hoc ipsum verò ita tamen ut non idcirco grauatus sit heres scriptus erga proprios liberos, nec ei sit interdicta potestas de tota hereditate pro arbitrio disponendi, prudentis sanè testatoris est, nec ad eum cuique obium, siue de vulgari tantum substitutione loquamur cum Scauola, siue de fideicommissum quod sub illa conditione si sine liberis relictum proponatur. Itaque si fingas non fratrem testatoris heredem scriptum fuisse, sed extraneum, cuius liberi non possint ab intestato succedere testatori, non similiter patiar te dicere, quod ait Scauola, testatorem non tantum heredem scriptum, sed & eius liberos substituto prætulisse, ne quidem ad exclusionem substituti, quia cum vulgari substitutione fiat in casum hereditatis non adita, fieri nullo modo potest, ut heredis qui repudiavit, aut ante aditam decesserit, liberi, qui ab intestato succedere nequeunt, substituto prælati esse videantur. Fateor non eò minus facturos eos ut excludatur substitutus tanquam defectas conditione, si substitutionis condicio non eum duntaxat casum complectatur, quo hereditas non sit adita, sed etiam illum, quo heres institutus sine liberis decesserit ante aditam hereditatem. At non ex eo fiet ut liberi prælati dici possint, qui nec ipsi vllum ius in iis bonis habere possint, neque ex testamento, quia non sunt vocati, neque ab intestato, quia testatori sunt extranei, neque ex persona patris, magis quam ex propria, quia nec quicquam iuris in iis bonis pater habuit, aut habere potuit, non adeundo. Fideicommissaria substitutionis diuersa ratio est in eo, quod cum fiat in casum aditæ hereditatis, facit proculdubio ut eius qui rogatus est liberi, quamuis extranei testatori, non modò excludant substitutum per defectum conditionis, sed etiam admittantur ipsi ab intestato & succedant non equidem testatori, cuius hereditatem aditam fuisse ponendum est, ne alioqui fideicommissum intercidat, sed patri, licet non ex nouo proprioque fideicommissum. Sed tamen probare non possum, quod ab iis etiam admissum video, qui nobiscum sentiunt, liberos in conditione positos non esse in dispositione. Hoc quoque casu dicendum testatorem prætulisse substituto non tantum heredem rogatum,

sed & eius liberos. Quandoquidem non aliud efficit voluntas testatoris ponentis Titij heredis instituti liberos in conditione fideicommissi, nisi ut si superuixerint patri, excludant substitutum *l. filius familias. 14. §. cum erit rogatus de legat. 1. leg. cum pater. 77. §. volo de legat. 2.* Sed ut præferantur substituto etiam ab intestato, non facit, quia quod patris grauati hereditas ab intestato pertinet ad eius liberos, & consequenter cum hereditate illa etiam bona quæ ad substitutum peruenire deberent, si grauatus sine liberis decessisset, non fit ex voluntate, iudicio, & providentia testatoris, sed ex beneficio legis, quæ parentum intestatorum hereditates liberis defert. Nec minùs meo iudicio ridiculus est, qui liberos in conditione positos, ob id quod excludant substitutum, dicit à testatore prælatos esse substituto, quam si quis diceret testatorem qui heredem suum rogasset de restituenda hereditate, si Titius *proximis Calendis Ianuariis Consul factus non esset, aut si nauis ex Asia non ueniret*, videri prætulisse substituto non solum heredem rogatum, sed etiam Titium, aut quod multò absurdius fuerit, nauim quæ ex Asia ueniret. Aliud enim est substitutum excludi per liberos in conditione positos: aliud verò eos ipsos, per quos excludatur vocari aut præferri. Excludatur siquidem substitutus non tã ob personas liberorum, quos testator in conditione posuit, quam ob defectum conditionis. Eo prorsus modo quo excluderetur si non persona liberorum in conditione posita essent, sed aduentus nauis ex Asia, vel quid aliud simile & inanimatum, in quod nulla cadere possit adfectio testatoris ad fideicommissum tacitum ex coniectura induendum. Longèque aliud est, quod Scauola in specie ibi proposita respondit, prudentem testatorem, non modo fratrem prætulisse substitutis, sed & ipsius liberos. Tractat enim, ut iam diximus, non de fideicommissaria substitutione, sed de vulgari, quæ cum sit in casum non agnitæ hereditatis, si addatur condicio non existentium liberorum, qui sint capaces succedendi intestato testatori, facit proculdubio, ut qui positi sunt in conditione liberi videantur prælati, adeoque tacitè vocati, licet non nisi ab intestato. Non aliter quam si testator ita scripsisset, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, Scius heres esto*, quo casu noster idem Scauola respondit in *l. si quis ita. 82. eodem titu. deficere conditionem testamenti legitimo hereditatem vindicante, atque ita esse potiorum causam legitimi quam testamentarij successoris, adeoque ex testatoris voluntate non quasi legitimum illum succedrem, si heres esse vellet, institutum esse, aut pro instituto habendum voluerit, quem tantum posuit in conditione, sed quia ponendo eum in conditione ad excludendum institutum, utique prætulit eum instituto, quamuis ab intestato. Et in eo differt species illa ab hac quam nunc tractamus, quod si legitimus heres hereditatem vindicare nolit aut non possit in specie *dist. leg. si quis ita*, institutus omnimodo admittitur, tanquam in eum ipsum casum scriptus. At in specie *l. Titius*, fieri potest ut Titij heredis liberi nolint aut non possint patruo succedere ab intestato, nec tamen eo minùs excludant substitutos vulgares propter vim & potestatem conditionis, quæ non ita fuit concepta si Titius prius moreretur quam hereditatem adisset aut eius liberi heredes esse nolent, sed ita, si prius moreretur quam hereditatem adisset, aut liberos non haberet. Ut proinde ad excludendum substitutum sufficiat liberos superesse, licet heredes esse nolint aut non possint, quandoquidem sola eorum, ut ita dicam, superexistencia, facit deficere conditionem vulgari*

vulgari substitutionis. Commutata disunctiua in coniunctiuam propter eam rationem quam diximus, ac si substitutio facta esset in vnum illum casum, quo Titius ante aditam hereditatem sine liberis moreretur, ut idem ipse Scauola noster interpretatur. Quo casu dubitari non posset quin superstitibus liberis ex Titio ante aditam hereditatem defuncto, substituti omnimodò excluderentur, tanquam defecti conditione tametsi liberi illi patruo intestato succedere vel nolissent, vel non potuissent, *d. §. cum erit rogatus*, quamuis locus ille sit de fideicommissum, non de vulgari substitutione. Nulla enim hac parte inter vulgarem & fideicommissariam substitutionem differentia est, ubi eadem vtriusque condicio est. Ex eoque apparet quam parum ad rem faciat quod aduersus gloissententiam, quam nos probamus, plerique obiciunt nimis restrictum iri Scauolæ responsum si ad eos Titij heredis instituti liberos coarctetur, qui patruo intestati exitum facienti succedere possent ab intestato. Quoniam inquit, non alij fratris filij alteriusve gradu agnati aut cognati ad legitimam successionem admitti possint, quam qui eo viuo iam concepti fuisse probentur, *l. 1. §. si quis proximior. ff. vnd. cognat. l. Titius 6. cum seq. ff. de suis & legit.* Cum tamen non eò minus verum sit decessisse Titium superstitibus liberis quòd ij fuerint concepti post mortem patruo atque ita decessisse conditionem. Fateor enim atque excludi substitutos ob defectam conditionem, quotiescunque Titius liberis superstitibus decesserit ante aditam hereditatem siue concepti illi fuerint patruo adhuc viuo, siue illo iam defuncto, quia positi sunt in conditione tanquam liberi & superstites, non etiam sub ea conditione si possent aut vellent esse heredes. Nec rursum nego testatorem non posse dici prætulisse ab intestato fratris filios, quos quia se viuo concepti non fuerint, heredes ab intestato habere non possint. Sed nego quicquam in eo absurdi esse, quoniam ad tuendam testatoris voluntatem, & ut verum sit quod ait Scauola testatorem non modò fratrem, sed & fratris liberos prætulisse substitutis, sufficit quòd testamenti tempore potuerit testator cogitare de fratris liberis qui se viuo conciperentur, etiam si nullofudum fortassis eo adhuc tempore conceptos haberet frater. Illud eum potest scilicet poterat euenire ut viuo auo conciperentur ij quos eundem concipi contingeret, siue quòd aliud plerumque sit tempus testamenti, aliud mortis testatoris, nec quicquid prohibeat multis post factum testamentum annis superuivere testatorem, siue quòd in facienda vulgari substitutione testator eum casum necessarìo expressisset, cuius euentus non poterat in id tempus differri, quod à die mortis testatoris longè distaret, nempe si Titius ante aditam hereditatem sine liberis decessisset. Non enim multo post testatorem tempore potest decessere, qui decessit ante aditam hereditatem. Quoniam ad eundem tempora, ut plurimum breuia sunt & angusta, vel quia heres cum cretione sit institutus, id est sub conditione illa, quæ olim vulgari frequens fuit, si intra centum dies hereditatem meam adierit, cretioneque, ut est apud Vlpianum *inul. 22. l. p. annus 86. D. de acquir. hered. l. cretione 17. C. de iur. delib.* Vel quia cunctante herede, & aditionem in longiorem diè differente solet ei à prætore præstitui tempus intra quod vel adire debeat vel repudiare. Id videlicet postulantis creditoribus legatis & alijs si qui sunt quorum interit quam citò aditam esse hereditatem. Quod tempus ut plurimum solebat olim esse centum dierum *l. 1. 2. & pass. ff. cod. tit. de iur. delib.* sicut & intra centum dies bonorum pos-

sessio ex edicto prætoris erat admittenda, præterquam in liberis & parentibus, quibus tanquam ad bona penè propria venientibus erat annus in eam rem præstitus *leg. 1. §. largus & seq. D. de success. edict. i. vlt. l. vit. D. qui ord. in bon. poss. servit. leg. pon. D. rat. rem hab. §. ita que viuo esse potest ut heres institutus decedat ante aditam hereditatem superstitibus liberis qui non fuerint viuo testatore concepti, possitque id euenire multo facilius in fideicommissaria substitutione, cui condicio illa adscripta esset, si heres gratum quandoque sine liberis moreretur, cum possit heres multis post aditam defuncti hereditatem annis uxorem ducere, liberos suscipere, tum his superstitibus mori, nullis scilicet temporis angustiis eo casu coarctatus. Denique tametsi ponas in specie huius legis nullos ex fratre filios viuo testatore conceptos fuisse, non eò minùs tamen verum est, quod vult Scauola prudens animaduerti consilium testantis, qui non tantum fratrem suum, sed etiam fratris liberos prætulit substitutis. Relatione scilicet facta ad id, quod euenire potuit, potius quam ad id quod euenit. Nec proinde quicquam causa est cur eum interpretibus contraria sententia astrictioribus dicamus liberos in conditione positos, ceteri debere hoc casu vocatos, ut præferantur substituto. Cum abundè sit satisfactum & verbis conditionis & voluntati testatoris, si excludant substitutam quomodo excludunt proculdubio omni casu, licet ipsi non admittantur. Neque enim defendi potest quod aliquando, vir quidam alioqui non in subtilis, dicebat, in specie huius legis singulari quodam iure admittendum esse ut patruo possint ab intestato succedere, illi quoque fratris liberi, qui non nisi mortuo iam auo fuerint concepti, si modò eo tempore concepti reperiantur quo incipiat ex lege deferri legitima hereditas. Quæ in proposito sicuti non prius deferri potest quam testator fecerit exitum intestati: Ita nec prius quam frater heres institutus excludus sit per mortem ab adeunda hereditate. Nam etsi in id usque tempus pendet causa testati, quam penitus extinguam esse necesse est, priusquam de legitima successione queri possit, *l. si is ad quem 22. l. quando 39. D. de acquir. hered.* non id eò tamen fit ut capax sit succedendi ab intestato is qui non fuit conceptus viuo patrefamilias cui succedere velit. Vnde illud etiam est, quod quamuis in suis sit successio vno illo casu quo post testatoris mortem delatio legitime hereditatis ex aliqua causa manserit in suspensio (sufficit enim ut alij nulli ante hunc, qui ab intestato succedere vult delata sit legitima hereditas, *l. 1. §. sciendum D. de suis & legit. l. si quis filio 6. D. de iur. rupt. & irrit. fact. testam. l. scripto 7. D. vnd. lib.*) non alij tamè possint succedere, quam qui mortis tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel saltem concepti, *d. §. sciendum in fin. d. l. Titius & seq. D. de suis & legit. m.* Sed illud multò minùs ferre possum, quod alij voluit apud Scauolam, qui de vulgari tantum, ut diximus, substitutione loquitur, non fuisse liberos positos in conditione fauore patris cum positi fuerint in eum casum, quo pater ipse ante aditam hereditatem moreretur, sed ipsorum liberorum intuitu ut substitutis præferrentur, à quibus alioquin exclusi fuissent: indeque fieri consequens, ut eo saltem casu intelligantur ipsi vocati ex testamento, ut quamuis non possint admitti tanquam heredes directò instituti, tamen admitti debeant iure fideicommissi cum habeant claram voluntatem defuncti, qui eos proprio ipsorum non alterius fauore posuit in conditione. Non nego quod illi aiunt, non posse videri liberos in hac specie positos in conditione*

fauore patris, quomodo viderentur utique si de fideicommissaria non de vulgari substitutione tractaremus. Sed nego fuisse ideò vocatos, cū nihil prohibeat fuisse positos in condicione ad excludendum substitutū, vt ei ab intestato praeferrentur, vtque causa intestati praeceperet hoc casu causam testati: quemadmodū & in specie d. l. si ita quis. † Illud verò multò magis nego, vocatos illos esse tanquam ex fideicommissio, non solum quòd fideicommissi verba nulla proponantur, Sed etiam quia nec fideicommissum vllum comminisci possumus, quin persona aliqua sit, à qua relinqui darique potuerit. A quo autem in proposito datū præstandūque dicemus? An à patre qui nunquam heres fuerit? Minimè. Fiūt. n. fideicommissa in casum agnitæ hereditatis, nec aliter valere possūt quàm si hereditatis ex testamento adita proponatur, quoties fideicommissū testamento relictū fuit, l. si nemo 9. D. de testam. tucl. l. ea quam 14. C. de fideic. An verò à substitutis? At ne hoc quidem dici potest, cū exclusi sint vulgares substituti per defectum condicione, sub qua fuerant vocati. Neque verò si semel admissi essent, fieri vnquam possēt vt ad liberos in condicione positos bona recurrerent, siue testamentaria, siue legitima successiones, aut fideicommissi iure. An deniq; à legitimis heredibus? At qui ponimus, non alios fuisse testatori legitimos heredes agnatōsve proximiores, quàm hos ipsos fratris instituti liberos positos in condicione, quos etiā dicimus prælatos fuisse ab intestato. Concludendum igitur est, Nullos prorsus casu liberos positos in condicione, vocatos dici posse ex testamento, neque directò, neque per fideicommissum, siue directa substitutio facta sit, siue precaria.

CAPVT XX.

Ad §. ex facto l. ex facto 17. ff. ad SC. Trebel.

SVM MARI A.

- 1 Ex hoc §. probari, liberos in fideicommissi condicione positos, non censeri esse in dispositione.
- 2 Species eius §.
- 3 Distinctionis in h §. proposita effectus.
- 4 Quid sibi velit ICtus in d. §. quum ait, liberos in condicione positis ante deportationem concepti bona deportati non nisi cum sua causa fisco esse vindicanda?
- 5 Quomodo Interpretes accipiant quod d. §. ait Liberos ante deportationem susceptos efficere vt fideicommissi condicio deficiat?
- 6 Ex Vlpiani sententia liberos post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos fisco non prodesse.
- 7 Ante deportationem conceptos in hoc fisco ex eiusdem Vlpiani sententia prodesse vt fideicommissi condicione deficiere faciant.
- 8 Fideicommissi condicione deficiente fisco, omnia deportati bona retinere.
- 9 Clausulam illam d. §. cū bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda, ad superiorem casum non pertinere.
- 10 Vlpianum in d. §. nullo modo dubitasse an liberi in condicione positi vocati censerentur, & otiosam huius §. quaestione fore, si in condicione positi vocati censerentur.
- 11 Clausulam illam, maximè cum bona cum sua quodammodo causa &c. non bene collocatam fuisse.
- 12 Deportati an bona omnimodo & perpetuo cum omni causa sua & onere ad fisco deuolui.
- 13 Superiorē illam clausulam imò & totum illud eius §. responsum Triboniani esse.
- 14 Liberos in specie d. §. non minus post quàm ante deportationem conceptos ad extinguendam fideicommissi condicione prodesse debere.

- 15 Verum esse non posse quod sub Vlpiani nomine Triboniani in d. §. dicit, liberos post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos non prodesse.
- 16 Condicionem illam si sine liberis decesserit, in d. §. propositam defecisse videri, superstitibus ex iusto deportati matrimonio liberis, licet post deportationem conceptis.
- 17 Aliam esse deportati rationem, aliam eius qui pœna seruus factus est.
- 18 In specie §. si quis. d. l. ex facto necessariam esse distinctionem an liberi eius qui seruus pœna factus est ante vel post pœnam patri suo irrogatam concepti sint.
- 19 Hanc distinctionem superuacuum esse post Iustiniani constitutionem que hominem liberum pœna seruum per sententiam fieri vetat.
- 20 Distinctionem de liberis ante vel post deportationem conceptis reuocandam esse.
- 21 Iacobi Cuiacii de hac quaestione sententia refellitur.

Quoniam † huius loci mentionem aliquam fecimus in præcedentibus, de ipsius quoque sententia dicendum nobis est. Nam & occurrit inter ceteros, de quorum interpretatione tractant nostri, cū disputant, Vtrum liberi in fideicommissi condicione positi, sint etiam in dispositione, Ex eoque mouentur qui nobiscum negant esse, nec malè meo iudicio. Idipsum enim probat, nisi fallor, apertissime. † Rogauerat quædam mulier filium suum, vt si sine liberis decederet hereditatem restitueret fratri suo. Is postea deportatus, in insula liberos susceperat. Quærebatur apud Vlpianum, an fideicommissi condicio defecisset. Placet Vlpiano, Conceptos quidem ante deportationem licet postea edantur efficere vt condicio deficiat, post deportationem verò quasi ab alio susceptos non prodesse. Maximè, inquit, cū bona etiam cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda. † Quis verò huiusmodi distinctionis effectus est? Vnus ille, quòd cū fideicommissi condicio deficit, propter liberos ante deportationem conceptos, bona omnia deportati ad fisco pertinent ex sententia deportationis, quæ bonorum omnium publicationem semper comitem habet. Ad quem tamen pertinere non possent, si fideicommissi condicio extitisset, quia in bonis fideicommissio subiectis fideicommissarius fisco præfertur, & cū nō possint ad fisco peruenire bona cuiusquam nisi cum suo onere, necesse est, vt perueniant cum onere fideicommissi, si quod debitum esse proponatur, l. vnic. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib. 10. tit. 7. † Atqui si liberi positi in condicione hoc ipso vocati intelligerentur, dicendum esset eos, qui ante deportationem concepti fuissent, non magis fisco prodesse ad augendum publicationis emolumentum, quàm si post deportationem concepti probarentur, quia ipsi non modò fideicommissarium excluderent tanquam defectum condicione, sed etiam fisco, hæctenus saltem, vt si fisco vniuersa deportati bona ante susceptos liberos occupasset, fideicommissum tamen ad quod illi vocati essent, iisdem restituere teneretur. Id enim est quod lex ait, bona deportati non nisi cum sua causa fisco esse vindicanda. Et ita Bartolus locum hunc intelligit, ac post eum ceteri veteres ferè omnes qui nec dubitarunt, quin positi in condicione liberi nullo modo vocati viderentur. At illi quibus contraria sententia placet, negant rectam esse interpretationem. † Volunt enim hoc ipsum, quod lex ait, Liberos ante deportationem susceptos efficere, vt deficiat condicio fideicommissi, sic accipi debere, vt ipsi commodum sentiant ex fideicommissio illo tacito, quod in bonis testatoris post patris mortem iis relictum intelligatur: Propterea quod non potuerint fisco

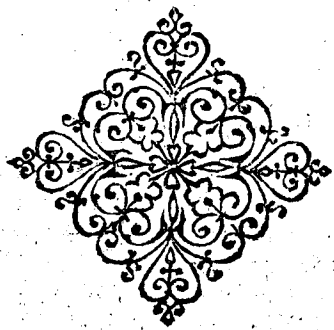
fisco deferri nisi cum sua causa. Huncque sensum esse illorum verborum, maximè cum etiam bona quodammodo cum sua causa fisco sint vindicanda. Clausula enim illam in sine responsi positam, ad omnia præcedentia referri debere ex leg. talis scriptura 30. in fin. de legat. 1. Quomodo illi contra Bartolum ratiocinantur. Sed parum subtiliter si quid video. † Nam quod Vlpianus ait, filios post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos non prodesse, nullum penitus alium sensum habere potest, quàm vt non prosint fisco, De quo enim alio Vlpianus sensisset? An fortè verendum erat, ne quis putaret eos prodesse patri deportato ad euandam pœnam, quæ iam inde antequam suscepti essent fuerat irrogata non solum per sententiam, sed etiam per subiecutam sententia executionem? Nimis verò ridiculus ille esset, qui vel per somnium id putaret. Ergo cū Vlpiani sententia manifestissima illa sit, vt liberi post deportationem concepti, quasi ab alio suscepti, non prosint fisco. In liberis verò ante deportationem conceptis licet post editis, aliud constituendum putauerit. † Prorsus consequens est vt non dubitauerit, quin liberi ante deportationem concepti fisco prodesse deberent. In quo autem prodesse? Nisi in eo vt facerent deficere fideicommissi condicione. Contra quem igitur, nisi contra fideicommissarium ad eum excludendum? Atqui non prodesse fisco, si ius ita esset, vt illi ipsi qui fideicommissarium excluderent per defectum condicione, ad fideicommissum inuitati censerentur. Quid enim propter eos lucraretur fisco, qui in vtrumque casum aut fideicommissario fratri heredi rogati, eiusdemque deportati, aut ipsius liberis fideicommissum restituere deberet? Aut quid eius potest interesse, an illi an iis fideicommissum restituat? † Igitur vt verū sit quod Vlpianus ait, prodesse fisco liberos qui ex deportato ante deportationis sententiam concepti sunt, licet postea sint editi, omnimodo sic intelligi debet, vt deficiente propter eorum existentiam condicione fideicommissi, quod à deportato relictum fuerat sub ea condicione, si sine liberis mureretur, fisco vniuersa deportati bona retineat, quæ alioquin fideicommissario restituere debuisset, si aut sine liberis ille decessisset, aut eos tantum liberos reliquisset, qui post deportationem concepti fuissent. † Nam quod in contrarium obicitur, clausulam illam quæ habet bona deportati quodammodo cum sua causa fisco esse vindicanda, referri debere ad omnia præcedentia, ideò quòd in sine responsi posita sit, prorsus improbabile est. Nec enim ad alium casum referri potest, quàm quo relictū fuerit fideicommissum ad deportato. Vlpianus verò non aliud fideicommissum ab eo relictum supponit, quàm quod condicione illam habuerat, si is sine liberis mureretur. † De ipsis autem liberis an vocati essent nullo modo dubitauit, at ne quidem de ea dubitatione cogitauit, quæ in illa vsque tempora nulli vnquam ex prudentibus veniat in mentem. Immodè verò prorsus ociosa esset quaestio, & inanis si liberi positi in condicione vocati censerentur. Nam siue ante, siue post deportationem suscepti essent liberi, siue non deberent, utique semper facerent, vt in omnem casum fisco omnimodo excluderetur: Solaque inter liberos in condicione positos, & fideicommissarium, quaestio superesset, An pro liberis haberi deberent ad extinguendam fideicommissi condicione, liberi illi qui ex deportato editi fuissent, siue ante, siue post deportationem concepti. Atqui non potest negari quin Vlpianus de iure fisci disputet, concludatque liberos in condicione positos, si modò concepti sint ante de-

portationem fisco prodesse, non sibi, vt iam probauimus. Probat ergo hic locus apertissime, Liberos in condicione positos, licet ab ascendente non censeri vocatos, ne quidem quòd magis est ad fisco excludendum, tamen si fideicommissarium excludant: † Illam certè clausulam, maximè cum etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda, fatebor primum accommodatè his verbis conceptam esse subiectamque ei quod proximè dictum erat, susceptos post deportationem liberos, quasi ab alio susceptos, fisco non prodesse. Nam etiam si bona non nisi cum sua causa peruenire ad fisco possint, non eò minùs tamen prodesse fisco liberi ad fideicommissarium excludendum, bonaque retinenda, si ante deportationem concepti proponerentur. Itaque nihil commune habet ratio illa cum dicto: Et contrà, illo etiam casu quo liberi ante deportationem concepti, prodesse debeant fisco, nō eò minùs verum est ad fisco deuoluta fuisse bona illa deportati omnia cum sua causa. † Nec rursus video cur in ea ratione interseri debuerit ea dictio quodammodo. Quasi verò non omnimodo & perpetuò verissimum sit bona deportati ad fisco deuolui, cum sua omni prorsus causa, & cum suo onere, vt Paulus loquitur, in l. in factis 60. §. fisco. de cond. & demost. l. cum fisco 9. D. ad SC. Silan. l. 2. §. vlt. D. si quis aliquid rest. prehib. l. si seruus 50. §. si quis de legat. 1. l. 2. de aliment. & cibis. legat. l. 3. in fin. l. recusare 6. §. si fisco. D. ad S. C. Treb. l. fisco 6. l. dicitur 14. & pass. D. de iur. fisco. † Indèque nimirum coniciebam aliquando, quòd nūc ferè ausim adfirmare Triboniani esse potius quàm Vlpiani clausulam illam, paulatimque in illam quoque suspicionem veniebam, vt Triboniano totum responsum adscriberem, ab illis saltem verbis, non igitur hoc dicemus. Neque enim sic Vlpianus loqui solet, præsertim qui de se in singulari numero prius fuerat locutus primis illis verbis. Ex facto tractatum memini. Sed nec præcedentia illa redolent Vlpianum, Quærebatur igitur an in fideicommissi condicio defecisset. Maximè verò subiecta statim & insulsè repetita eadem dictione igitur in iis sequentibus, non igitur hoc dicemus, quæ tamen omnia Triboniano, cæterisque compositoribus suam in omnibus autoritatem & sententiam vltro audacterque interponentibus, excidere facile potuerunt. Quamquam parum referret cuiusnam esset responsum, Vlpiani an Triboniani, si distinctio illa, de liberis ante vel post deportationem conceptis, rationi iuris conueniret. † Sed me illud magis mouet, quòd abhorret à iuris ratione. Constat enim matrimonium non solui deportatione, vel aquæ & ignis interdictione l. sed si alia 5. §. 1. D. de bon. damn. l. res vxoris 24. ver. sin autem. C. de don. inter vx. & vx. Nou. 22. de nupt. cap. 8. Nimirum si casus in quem maritus incidit, non mutet vxoris adfectionem, vt eleganter & aperte scriptum est in l. i. C. de repud. Alioqui si mariti fortunam sequi mulier nollet, proculdubio matrimonium dissolueretur, leg. si quis sic stipuletur 56. D. solut. matrimon. quæ sic omnino accipienda est. Cū igitur post deportationem quoque matrimonium, si vxoris consensus daret, ac proinde idem numero matrimonium sit & maneat quod fuerat ante deportationem, planè non video cur liberi ex eo matrimonio quamuis post deportationem concepti, non debeant prodesse ad extinguendum fideicommissi condicione, haud fecus ac si ante deportationem concepti essent, cū fieri nequeat, vt veri liberi & legitimi non sint, qui sunt ex vero matrimonio, nec rursus vt ex alio homine suscepti videantur, qui ex eodem matrimonio suscepti sunt. † Quomodo enim idem matrimonium

dici posset, si mariti persona per pœnam deportationis mutata esse intelligeretur? Aut quomodo nouum & aliud matrimonium dici deberet, quod in eo statu, id est, post deportationem cum eo contrahi amplius non posset? Multa siquidem facta durant, quæ fieri prohibentur, & longè difficilior est contrahi matrimonium, quàm quod iam contractum fuerat retineri, *leg. patre iuriso. §. ff. de his qui sui vel alien. iur. sum.* Matrimonium enim non nisi inter ciues Romanos contrahitur. *§. primo, Institut. de nupt.* Contractum tamen inter eos quoque retinetur, qui ciuitatem Romanam amiserunt, dummodò retinuerint libertatem, quam certè retinet deportatus. *dict. leg. §. de ben. damnat.* Ergo non potest verum esse quod sub Vlpiani nomine Tribonianus vt hanc suam distinctionem adstrueret, ita scripsit, *post deportationem vero susceptos, quasi ab alio non prodesse.* † Cùmque certissimum sit, quod iam sæpius alibi monuimus, conditionum verba naturaliter non ciuilitate esse accipienda, *leg. qui heredi 44. leg. Manius. 55. de condic. & demonstr. leg. hereditas 77. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Planè non video cur huiusmodi condicio, si sine liberis, non deficiat superstitibus ex iusto deportati matrimonio liberis, licet post deportationem conceptis. Nam si naturales quoque liberi, id est, à natura sola non etiam à lege cogniti faciunt, vt fideicommissi sub eadem condicione relicti condicio defecisse intelligatur, quomodo in §. præcedente Vlpianus ex Papiniano scribit, vtique sunt isti plus quàm naturales, qui etiam legitimi nascuntur, licet non in patris potestate. † Fefellit Tribonianum quod in ea specie, quam Vlpianus tractat in §. sequenti, talem distinctionem videtur probare iis verbis, *sed si seruus pœna fuerit constitutus nullo ante concepto filio.* Verùm debuit animaduertere quod ex eodem illo §. probatur optimè & apertissimè, aliam esse rationem deportati, aliam eius qui seruus pœna factus sit. Deportatus enim licet amittat ciuitatem, retinet tamen libertatem, vt diximus, & consequenter matrimonium. At is qui seruus pœna factus est, puta in metallum damnatus, cum ciuitate amittit etiam libertatem, & ideo cum exinde pro mortuo habeatur, quia seruitus assimilatur morti, *leg. intercidit 59. in fin. de condic. & demonstrat.* non magis retinere matrimonium potest quàm contrahere, *dicta lege quinta, de bonor. damnat. dict. leg. res uxoris 24. Codice de donatio. inter vir. & vxor.* † Itaque in illo, qui

seruus pœna factus liberos reliquit, cùm esset rogatus hereditatem restituere, si sine liberis moreretur, necessaria est illa distinctio, An liberi concepti sint ante pœnam irrogatam ex condemnatione, an post, quoniam qui postea concepti sunt non possunt videri concepti ex eo homine, qui non modo matrimonium liberisve habere non potuerit, sed nec vitam habuisse intelligatur. † Sed hoc inspecta iuris veteris ratione. Nam hodie post Iustiniani constitutionem *Novell. 22. de nupt. dist. cap. 8.* nulla hac parte differentia est inter deportatos & in metallum damnatos, postquam placuit Iustiniano neminem bene natum fieri posse seruum pœnae per sententiam. Consequens enim est, quod ibidem Iustinianus constituit, vt nec matrimonium quod antea bene contractum fuerat per huiusmodi pœnae irrogationem dissoluatur, atque ita vt siue ante, siue post sententiam concepti ex eo liberi, profint fisco ad excludendum fideicommissarium tanquam defectum condicione, si fideicommissum petere quandoque velit. † Ex quo magis intelligimus, quàm verum sit, quod nos contra Tribonianum disputamus, in eo herede rogato qui deportatus tantum non etiam in metallum damnatus fuisset, huic distinctioni De liberis ante vel post deportationem conceptis, locum esse nunquam potuisse, quia nunquam ita ius fuit, vt deportatione matrimonium dissolueretur, si modò casus mariti non mutasset vxoris affectionem, quam porrò mutata non fuisse necesse est, quoties post deportationem quoque mulier ex eodem marito liberos concepisse proponitur. † In eoque miror errasse virum doctissimum Iacobum Cuiacium, qui supradictas leges quasi pugnantes non aliter sibi visus est conciliare posse, quàm si diceret, matrimonium deportatione non dissolui iure gentium, sed iure Quiritium dissolui, quod falsum esse constat satis ex superioribus, sed constabit etiam apertius ex iis quæ de tota illa questione pluribus tractaturi sumus in prima parte operis nostri nondum editi, nec absoluti, cui titulus erit *Iurisprudentiæ scientia.* Cuius absoluendi eundemque studio mirabiliter vrgemur, nec labori vlli parcimus, vt quod semper satagimus, nouo docendi iuris, scribendique genere, studiosorum commoda & diligentiam, DEO OPTIMO MAXIMO annuente, quantum in nobis erit adiuuemus.

ANTONII



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CON-

SILIARI AB INTIMIS, ET IN SVPREMO

SABAVDIAE SENATV PRÆSI-

dis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber decimus octauus.

CAPVT I.

Insignis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l. quamuis. 8. §. si mulier. D. ad Senatusconsult. Velleian.

SVMMARIA.

- 1 Muliere apud Primum pro Secundo, mox pro Primo apud creditorem eius interueniente duas intercessiones ex Iuliani sententia factas censeri.
- 2 Marcellum distinxisse virum hoc actum fuerit vt mulier initio in Primo locum subdat, an verò quasi debitor delegetur.
- 3 Primo distinctionis casu ex Marcelli sententia vnicam intercessionem esse.
- 4 Marcelli sententia contra Bartolum asseritur.
- 5 Quis sit huius questionis & distinctionis effectus?
- 6 Iuliani inductio in d. §. ex sententia sua quænam fuerit.
- 7 Quænam è contrario fuerit Marcelli sententia eo casu, quo non nisi vnam intercessionem à muliere factam existimauit?
- 8 Primo distinctionis casu nullam pro Secundo apud Primum intercessionem esse, nec proinde vllam actionem Primo aduersus Secundum restitui posse. (fefellerit.)
- 9 Quid in sententia Marcelli interpretatione Interpretes
- 10 Muliere à Primo eius creditori delegata, licet duplicem intercessionem fingamus, vnam tantum dari ex Velleiano exceptionem.
- 11 Delegatione debitoris ritè facta obligatione ex qua delegatus, deleganti tenebatur, & delegantis qui proprio creditori obstrictus erat, iure nonationis euanesce.
- 12 An Marcellus eo casu quo vnam duntaxat intercessionem à muliere factam existimauit, nullam mulieri daturus fuerit exceptionem aduersus Primi creditorem ex delegatione agentem.
- 13 Quis sit sensus horum verborum d. §. Exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret?
- 14 Primam visionem in d. §. hanc esse, quum mulier quasi debitor delegata est.
- 15 Versiculum, sed condemnata, vsque ad finem d. §. si mulier à Triboniano Marcelli notam non intelligente perperam additum fuisse.
- 16 Reprehenditur quod in d. v. Tribonianus ponit, mulierem condemnatam, aut omnino condemnandam esse creditori cui à Primo fuerat delegata.
- 17 Inaudium quoque, esse quod ibidem tradit, mulierem condemnatam ei condicere posse à quo delegata fuit.
- 18 Mulieri potius succurrendum esse aduersus eum cui obligata est, quam aduersus eum à quo fuit delegata ac proinde liberata.

- 19 Mulieri contra Senatusconsultum obligatae tunc demum conditionem dari aduersus eum cui obligata est, quum vel iam soluit, vel pro eo haberi debet ac si soluisset.
- 20 Vlpianum in d. §. si conditionem dandam potuisset aduersus Primi creditorem cui mulier erat delegata daturum fuisse.
- 21 Marcellum eo casu quo vnam tantum intercessionem à muliere factam putauit, non id egisse, vt mulieris conditionem duriorerem faceret.
- 22 Velleianam exceptionem ei cui delegatio facta est perinde atque deleganti obijci posse.
- 23 Verba illa, vbi quasi debitor delegata est; post hæc verba, in prima visione ab aliquo Interprete addita fuisse.
- 24 Visionis nomen veteribus Ictis prorsus insolens & nunquam usurpatum fuisse.



VLPIANVS in l. quamuis. 8. §. si mulier. D. ad SC. Velleian. refert ex Iuliano lib. 12. Dig. Si mulier apud Primum pro Secundo interuenit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas esse, vnam pro Secundo apud Primum, Alteram pro Primo apud creditorem ipsius, ideoque & Primo restitui obligatione & aduersus eum. † Subiicit autè eam Iuliani sententiam à Marcello, qui ad Iulianum notas scripsit, notatam fuisse, quasi in proposita questione distingui oporteat, V. rum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum subdat, & onus debitoris à quo transferre obligatione creditor voluit, suscipiat, an verò quasi debitor delegetur. Scilicet, inquit lex, vt si quasi debitor delegata est, vna sit intercessio. Hæc verò interpretatio, vt hinc exordia. mur, vera esse meo iudicio non potest. Nam si ponas mulierè hanc quasi debitorem Primi propter interuentionem quam apud Primum pro Secundo fecerat, delegatam esse creditori Primi, fatendum necessarium est duplicem esse mulieris intercessionem, Vnam ex qua parte delegata est à Primo creditori eius (intercedit n. mulier, quæ patitur se delegari ab eo cuius verè debitor antea non fuit, *l. debitor 24. D. eo. l. 2. C. eo.*) Alteram, ex qua parte, quasi debitor Primi, quia non potuit Primi debitor esse tẽpore secundæ delegationis, nisi quatenus apud Primum iam interuenerat pro Secundo. Et namque interuentio fecerat debitoricem Primi, vt mox creditori Primi quasi debitor delegari posset,

3 † Neq; tamen negari potest quin Marcelli Iulianum reprehendentis mens illa fuerit, vt probaret altero distinctionis casu vnicā duntaxat intercessionē esse. Iulianus. n. scripserat indistinctē duas factas intercessiones. Et certē ita est, vt vna tantum intercessio facta videri debeat, si, vt habeat prima pars distinctionis, hoc actum proponatur, vt ab initio mulier in Primi locū subderetur, & susciperet in se onus debitoris. Primi videlicet, à quo creditor trāsferre volebat obligationem, & consequenter, vt subtilior ita vterior est Marcelli sententia, quā Iuliani, licet contrā Bart. putet.

4 † Et si. n. ponimus vtroq; casu intervenisse mulierem etiā apud Primum pro Secundo, & quidem antequā interueniret pro Primo apud creditore eius (alioqui non esset Marcelli ad Iulianum nota satis accommodata:) non tamen facit ea interuentio vt omnimodo pro Secundo apud Primum intercessisse videri debeat. si nec habuit animum intercedēdi, quomodo non potest videri habuisse cum id egit vt ab initio intercederet pro Primo, .i. priusquā de suscipēda Secundi apud Primum obligatione cogitaret. Siquidē nō tā quid factū quā quid actū sit inspicere debet. quoties de illo quaeritur, An in fraudem senatuscōsulti aliquid gestū sit, necne: Videturq; prima illa interuentio mulieris pro Secundo apud Primum non aliā causam habuisse quā vt subsecuta delegationi color quaeretur, ne cōtra Primi creditore cui mulier delegabatur, posset illa iuuare se equitate Senatuscōsulti, non secus ac si reuera Primi debitor fuisset. Cū tamen id omnino ageretur, vt nō Primi debitor fieret, sed eius qui Primum habebat sibi obligatum. † Quis vero huius quaestionis & distinctionis effectus esse potest, ne frustra Marcellus à Iuliano dissenserit, vnaq; hoc casu non duplicē scripserit factā esse intercessionē: is nimirū, si bene conuicio, qui sit ei contrarius, quem Iulianus inducebat ex sua illa duplicis intercessionis aīseruatione. † Inductio illa erat, vt quia duae essent intercessionēs, duplex quoq; fieret restitutio veteris & pristinae obligationis. Vna in fauorē Primi aduersus Secundū. Altera in fauorē praecipui creditoris aduersus Primum. Id. n. est q; ex Iuliano Vlp. scribit & ideo & Primo res sui obligationem, & aduersus eū. † Ergo à cōtrario sensu Marcelli sententiā illā fuisse fatendū est, vt quo casu non nisi vna intercessionē à muliere factā existimauit, vnicā quoq; duplicem veteris obligationis restitutionem fieri crediderit. Cuiusnā autē? An illius fortasse quae Primo competierat aduersus Secundū? Minimē vero. Neq; n. hac parte intercessionē vllā à muliere factam esse Marcellus existimauit, nisi altero illo casu quem nos nō tractamus, quo mulier tanquā Primi debitoris creditoris eius fuerit delegata. Alioqui nō possis dicere, quid ille sibi voluerit, cū vnā duntaxat intercessionē factā esse scripsit, quādoquidē negari nequeat, quin reuera intercesserit mulier pro Primo apud creditore, cui se delegari passa est pro debito alieno, cum primo nihil ipsa deberet. † Vt proinde fatendū necessario sit, vel duas semper esse intercessionēs, quod Iulianus dicebat, vel nullā in proposita specie pro Secundo apud Primum: cui planē consequens est, vt nec vlla actio restitui possit Primo aduersus Secundum: quoniam ea demū actio per praetore restituitur quae propter mulieris intercessionē profus extincta esset, nec vnquā resuscitanda si mulier senatuscōsulti auxilio nō adiuuaretur. Estq; omnino inauditum, vt vbi mulieris intercessio nulla est, restitutio aliqua fiat, quia necesse est, at ne quidem, vt ita dicā possibile restitui actio, quia nunquā fuerit perempta. Nam & oh eā causam restitutio illa actio dicitur etiam rescissoria in l.

l. si mulier 16. C. ad SC. Velleian. quod non nisi rescissa mulieris intercessione competat, & propter ipsam rescissionem. Adeo, vt si cum nulla prederet obligatio, mulier nihilominus id egerit intercedendo, vt quam obligationē alius contracturus erat ipsa in se susciperet, restitutio actio creditoris nulla dari possit, sed ea potius quae instituat magis quam restituat actionem, vt perinde obligetur is cuius futura obligationē mulier suscepit, & eodem obligationis genere quo ipsa mulier est obligata: quemadmodum idem Vlp. noster tractat eleganter §. si cum essem pen. d. l. quamuis. † Atq; ita ni fallor Marcellum interpretati fuissent omnes, si ab illis verbis, an vero quasi debitor delegetur, aliam planēq; diuersam interpretationē in ipso Vlpiani cōtextu obseruassent. Sed ne Marcelli & Vlpiani sensū sanē perquam subtilē esse qui potuerint, Obstitit primum clausula & interpretatio illa quā nos falsam esse iam docuimus, scilicet vt si quasi debitor delegata est, vna sit intercessio. Tum & multo magis quod sequitur, Proinde secunam hanc suam distinctionem in prima visione vbi quasi debitor delegata est, exceptionem ei senatuscōsulti Marcelli non daret. Contra quem verō non daret? An contra Primum agentem ex interuentione facta pro Secundo? Atqui de exceptione quod ad Primum: attinet, tractari nullo modo potest, quia neq; actio vlla est quae Primo competat ex interuentione illa facta pro Secundo, nec proinde quae possit elidi per exceptionem. † Ponimus. n. eandē mulierem mox à Primo delegatam fuisse creditori, atq; ita per delegationem defuisse debitoricem esse Primi, factamq; debitoricē creditoris, qui à Primo ad mulierem transferre voluit obligationē. Itaq; tamen secundū Iulianū duplex sit intercessio, non tamen in ea Iulianus fuit aut esse quicquam possit sententia, vt duplex etiā sit exceptio, quae ex Velleiano detur aduersus duplicem illam intercessionē, cū vnā tantum sit actio, nimirū ex delegatione facta pro Primo apud creditorem eius, quae sicuti mulierē obligauit Primi creditori, ita & à Primo eam liberauit. Fieri siquidē nequit, vt idē sit debitor delegantis & eius cui delegatur, imò verò per delegationē transfertur obligatio à delegante ab eo in cuius commodū fit delegatio, l. delegare est. 11. & duob. seqq. D. de nouat. † Cūq; delegatio nouatio sit, l. si quis absente 22 eod. nemo dubitat quin delegatione personarū facta, iure nouationis vetustior cōtractus euauerit l. 2. §. vl. & pass. C. eo qui. n. debitorē suū creditori delegat pecuniā dare intelligitur, l. qui debitorē 18. D. de fideiuss. & cōsequēter eā ipsam pecuniā quasi breui manu à debitore suo accipere. Vnde fieri necesse est, vt vtriusque tollatur obligatio & delegati ex qua parte delegati tenebatur, & delegatis qui proprio creditori obstrictus erat, solāq; super sit obligatio illa, quae per delegationem nunc primum contrahitur à delegato in eius fauorē cui delegatio fit. Id. n. est quod in §. interdum d. l. quamuis, idē Vlp. noster subiicit, Soluere eū quoq; qui re delegat: & Paulus in l. inter causas. 26. §. abesse. D. mandat. abesse intelligi pecuniā fideiussori etiā si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is soluendo non fuerit, quia inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. † An ergo supradicta Vlpiani verba sic intelligemus, vt non fuerit Marcellus mulieri daturus exceptionē Velleiani aduersus creditorem Primi agentē ex delegatione, nimirū illo casu quo vnā duntaxat intercessionē à muliere factā esse existimauit? At ne hoc quidem dici potest. Nullus. n. omnino casus est in quo Marcellus credere potuerit non intercessisse mulierē, quae à Primo se delegari passa est, cū fateatur omni casu saltē vnā

vnā esse intercessionē. Nam illa vel profus nulla, vel si qua est, ea est quae inducitur ex delegatione. Quod si intercessio est, ergo admittit exceptionē senatuscōsulti quod de feminarū intercessionib. factum fuit. † Nec proinde dici potest quo sensu donari queat verba illa exceptionem ei SCti Marcellus non daret. Multo minus verò si ea retineas quae praecedunt, in prima visione vbi quasi debitor delegata est, cū sit verissimū quod iam diximus & probauimus, eo casu quo mulier quasi debitor à Primo delegata fuerit duplicē haud dubiē factā esse intercessionē. Huic. n. cōsequens est vt quāuis nō idēco duplex exceptio mulieri cōpetere possit, quoniam prioris intercessionis causa per subsecutam delegationē tota perēpta est, tamen vna saltē exceptio cōpetat, scilicet aduersus obligationē & actionē illā, quae tota superest ex causa factae delegationis. Igitur vel nullo casu, vel hoc vno debuit Marcellus exceptionē mulieri accommodare. † Taceo quod si verba illa in prima visione sic intelligas vt significant primā partem illius distinctionis quā Marcellus probabat, nō possunt cōuenire sequētia illa vbi quasi debitor delegata est. Ita enim Marcellus scripserat differentiam aliquam esse vna hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum subdatur, & onus debitoris à quo obligationē transferre creditor voluit suscipiat, an vero quasi debitor delegetur. Secunda itaq; nō primavisiō & species illa Marcellus fuit si mulier tanquā debitor delegetur: essetq; hic error ei per similes quē nos obseruauimus lib. 1. c. 3. in l. Marcio. 4. 1. §. 1. de leg. 2. quo locoverba illa, vbi vir uxori delegat, monimus addita esse ab imperito interprete, distinctionē quā Iulianus eo respōlo tradit, malè ac perperam accipiente, & ad primā distinctionis partē referente, quod referre debuerat ad secundā. Neq; tamē similiter possum persuaderi vt errorē hinc quē nunc primū patefacio, adscribam interpreti. Quis enim interpres quantumuis audax & imperitiosus tot verba, tamq; longā interpretationē textui inserere ausus vnquā fuisset? † Tribonianus potius succēdeo, qui cū Marcelli notā nō intelligeret, eamq; sic acciperet, quasi mulieri dānosa esset in eo quod senatuscōsulti exceptionē Marcellus mulieri dare nollet, fauens ille more suo lōgē plus æquo feminis. putauit scilicet vir bonus aut corrigendā, aut certē temperandā Marcelli notā: addita etiam tota illa clausula quae sequitur, & ex qua tantō manifestius fiet, quod volumus neq; Vlpiani, neq; Marcelli esse interpretationē hanc quā nos damnamus. Sic. n. subiicit, sed condemnata vel ante condemnationē condicere vniue ei à quo delegata est poterit, vel quod ei abest, vel si non abest, liberationē. Quid obsecro dici potuit insulsius, adeoq; mulieri ipsi damnosius? † Ponit mulierem cōdemnatam, aut omnimodo condemnandā, scilicet creditori cui à Primo fuerat delegata, quasi secūdū Marcelli sententiā altero saltē distinctionis casu non fuerit illa Velleiani exceptione adiuuanda: Cū tamen neq; Iulianus, neq; Marcellus, neq; Vlpianus, nec deniq; alius quicquā ex prudentib. dubitare vnquā potuerit, quin aduersus eam intercessionem quā pro Primo mulier fecisset, patiēdo se delegari, iuuanda esset æquitate senatuscōsulti, non condemnanda. Nemo autem negauerit longē vtilius fore mulieri si nō condemnaretur quā si cōdemnata aut condemnanda accommodemus cōditionem, praefertim aduersus alium, qui fortasse nō sit soluendo: quo saltē casu fatendū est illuoriū & inane auxiliū illud fore, quod mulieri praestat Tribonianus. † Quod verò idem ille vult, posse mulierem ei condicere à quo fuit delegata profus nouū est, & inauditū. Perinde itaq; est ac si quis diceret posse illā ei condicere à quo fuit liberata: cū per de-

legationem vt diximus contingat ipso iure liberatio. Atq; fieri nō potest vt debitori qui delegatur nō sit vtilis delegatio ex qua parte liberatur à primo creditore. Nec igitur fieri vlla ratione potest vt aduersus eum creditorem à quo liberatus fuit vllā eo nomine acquirat actionem, multo minus verò cōditionem quae nec alij dari solet q̄ ei qui est aut aliquando fuit creditor, nec aduersus aliū q̄ debitorem, ipso iure potius q̄ ex æquitate vlla liberatū. Fatcor mulierem quae delegatur, ita liberari à proprio creditore, vt tamen noua obligationē cōtrahat, & creditori creditoris sui fiat obnoxia, Ex eaq; causa nō nego æquissimū esse vt nil obstante illa liberatione ipsi succurratur. † Sed hoc cōstante succurrendū ei esse aduersus illum cui obligata est, nō aduersus eū à quo fuit liberata Nā & proditum est his solis condicendū esse quib. quoquomodo solutū fuit nō quib. solutio proficit, l. his solis. 49. ff. de cond. indeb. Et rogo quānā causa satis iusta esse potest ppter quā succurrendū sit mulieri per cōditionē siue aduersus delegatē, siue aduersus eū cui fuit delegata, nisi quia p alieno debito intercessit? At inducit ea res exceptionē senatuscōsulti, & quidē contra eū solum, cui mulier obligata est, nō etiā cōditionem: † cui vtiq; locus esse nō potest nisi vno illo casu, quo mulier contra senatuscōsultum obligata vel iā soluerit, vel p co haberi debeat ac si soluisset, puta si debitorem suum delegauerit, vt idē Vlpianus subiicit in d. l. quamuis. §. interdum, vbi quod ait interdum mulieri intercedenti etiā cōditionē dandā esse, an nō ostendit apertissimē nullā eouq; ab Vlpiano tractatum esse casum, in quo existimauerit cōpetere mulieri cōditionem? Tantum abest vt in eo ipso §. qui proximē praecedit, cōditionem ille mulieri accommodauerit aduersus delegantem. Nā & illo casu quo dat mulieri cōditionem, dat vtiq; cōtra eum ipsum cui mulier fuit obligata & cui soluit ipsa aut soluisse intelligitur. † Ergo & in pposita specie si mulieri cōditionem dandā Vlpianus putasset, dedisset vtiq; contra Primi creditorem cui erat illa delegata, & qui per delegationem solus mulieris creditor factus erat, non contra Primum à quo iam erat liberata. Sed & in eo grammaticum mendum est quod Tribonianus ait mulierem cōdicere posse quod sibi abest: sibi enim scribendū erat non ei. Duo sunt q̄ Tribonianum videntur fefellisse. Vnum illud, quod putauit Marcellū nō aliā ob causam à Iuliano dissensisse, q̄ vt eo casu quo vna tantum mulieris intercessio esset, Senatuscōsulti exceptionē mulieri denegaret. † Cū e contrario non id egerit Marcellus vt duriorē faceret mulieris conditionē, sed potius vt negaret restituendā Primō actionē in Secundū, quam tamen restituendam esse dixerat Iulianus, in quo nullū mulieris damnū est, cuius nec quicquā interest an ea actio Primo restituatur necne, cui nimirū sufficit quod nequea Primo conueniri potest interuentione facta p Secundo, quandoquidē ab eo liberata est per delegationē, & si liberata non esset, haberet nihilomin⁹ exceptionē Velleiani, neq; à creditore cui delegata est, ppter exceptionē perpetuā, quā habet ex senatuscōsulto aduersus intercessionē. † Itq; secūdus Triboniani lapsus fuit, quod existimauit fortasse exceptionē senatuscōsulti quā obicere mulier poterat aduersus Primum agentē ex interuentione apud se facta pro Secundo, non posse obici creditori cui facta est delegatio, ex l. si quis delegauerit. 12. ff. de nouat. Nec animaduertit differre hac parte exceptionem Velleiani, ab exceptione doli, Macedoniani, & ceteris huiusmodi, haec tenus vt perinde possit obici ei cui delegatio facta est atq; ipsi deleganti, quoniam in delegatione quoq; & secunda pro-

missione perinde ac in prima intercessio est, ut Paulus eleganter tractat in *l. doli. 19. §. diuersum cod. vbi* subiicit eandem causam esse mulieris & minoris qui circūscriptus delegatur, quia, inquit, si etiā nūc minor est rursū circūuenitur. Aliter quā si excefferit etatem viginti-quinque annorū, quāuis adhuc possit restitui aduersus priorē creditorē. † Etsi autē videtur mihi tota illa additio Triboniano potius interpreti, ut iā dixi, adscribenda, probabile tamē est post ea Triboniani verba, in prima visione subiectam esse ab interprete imperitiorē hanc interpretationē, vbi quasi debitor delegata est, ne alioqui fatendū sit non solū cū Iuliano, Marcello, Vlpiano & Iuriscōsultis omnibus, pugnasse Tribonianū, sed etiā cū seipso, qui ad primā visionē retulerat, non ad secundā, quod de Velleiani exceptione mulieri deneganda tanquā ex tacita Marcelli sententia diuinauerat. Non enim prima visio illa fuit Marcello, sed secunda, si mulier quasi debitor delegetur. † Vt verō Triboniani manū agnoscā mouet me etiam hoc ipsū visionis nomē quod Triboniano familiare, prudentibus verō profus insolens est, & nūquam quod sciam usurpatū. Nā quod in *l. sed et si lege. 25. adeo autē ff. de pet. hered. scriptū legimus tribus visionibus relatis*, itēmq; in *l. si fideiusor. 29. §. pen. ff. mandat. & l. cū de indebito. 25. §. pen. ff. de probat.* mihi æquē suspectū est, facitq; ut illos quoque locos nō minus, quā hūc à Triboniano corruptos esse existimē. De quo dicā c. seq. Sanē eo visionū nomine Tribonianus vsus est in constitutione *De confir. D. §. si quid autē. 14.* in illis verbis, & in his partibus in quibus perfectissime visiones exposte veterum fuerant Visiones latinē vocans quas græca cōstitutio *θεωπιας* appellat. Holander malē hūc legebat diuisione. Pessimē Iōānes vetus glossator *fidei visione*, ut refert Azo, ex cuius glossa magna, si quis eā legere volet, facillē perspiciet quā parum sibi vterque satisfecerit in obscurissimi & corruptissimi loci huius? interpretatione, nec ferē dubitasse Azonem quin Vlpiano aliquis manus intulisset, ab iis ipsis verbis quæ nos Triboniani esse contēdimus.

CAPVT II.

Indicantur aliæ Triboniani additiones in *l. sed et si lege. 25. §. adeo. D. de pet. hered.*

SVMARIA.

- 1 *Eum qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide possedit & consumpsit non nisi in quantum locupletior factus est hereditatis petitione teneri.*
- 2 *An. si quis se ex asse heredem putans quum non nisi ex parte esset, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpsit nec locupletior factus fuerit, de ea parte coheredi vel coheredibus teneatur?*
- 3 *Dubitandi ratio in illa questione quenam fuerit?*
- 4 *Triboniani esse quicquid in d. §. adeo. ab illis verbis sed in proposita questione, usque ad finem eius §. legitur.*
- 5 *Visionum nomen in illa Triboniani additione pro opinionibus accipi.*
- 6 *Tres in proposita illa questione visiones seu opiniones à Triboniano afferri.*
- 7 *Varis rationibus probatur versiculum supra notatum Triboniani totum esse.*
- 8 *Marcellum in d. §. de tribus coheredibus non de duobus tantum tractasse.*
- 9 *Heredes illos ex aquis & virilibus partibus institutos presupponi.*
- 10 *Speciem à Marcello tractatam non solum ad testamentarios, sed etiam ad legitimos heredes & intestati successores pertinere posse.*
- 11 *Marcellum in dicta specie & questione non adeo hesi-*

- tasse ut eam indecisam relinquere voluerit.*
- 12 *Heredem in proposita specie, si tantum consumpsit quantum ex hereditate pro parte sua ad eum spectabat, totum reliquum restituere teneri.*
 - 13 *Quatenus per SCNUM, quod de hereditatis petitione factum est, bona fidei possessoribus consulatur?*
 - 14 *Contra illud Senatufconsultum factum iri, si ex Triboniani sententia in specie d. §. ex coheredum portionibus decederet quod alius coheres ex hereditate supra partem suam consumpsit.*
 - 15 *Heredem illum licet superiore casu ex hereditate, non ex consumptione locupletior factus sit, eo tamen lucro priuandum esse.*
 - 16 *Gravata ere alieno hereditate, de coheredum portionibus aliquid decedere oportere.*
 - 17 *Ita tamen ut possessor ille ob consumptionem bona fide factam nihil ex hereditate cum damno coheredum retineat.*
 - 18 *Interdum fieri ut possessor hereditatis delata occasione pauperior reuera fiat, nec tamen eo magis quicquam ex hereditate retinere possit.*
 - 19 *Huius rei exemplum petuntur ex §. si quis d. l. sed & si lege.*
 - 20 *Effectus differentie inter casum d. §. si quis & casum §. adeo autem tractatum.*
 - 21 *Marcellum in d. §. adeo autem, pro bona fidei possessore contra coheredes non respondisse.*
 - 22 *Ratio dubitandi à Marcello ibidem proposita diluitur.*
 - 23 *Respondetur ad rationem pro bona fidei possessore aduersus coheredes ab Accursio allatam.*
 - 24 *Reprobatur quod Accursius in proposita questione tradit, mediam viam sequi oportere.*
 - 25 *Quid Tribonianum & Accursium in proposita questione deceperit?*

PVdet sanē iā pigētq; toties Tribonianum accusare, quod tot iuris nostri locos malē corruerit: sed tamē facere non possum quin ex innumeris qui passim occurrūt, eos saltē patefaciā, quorū interpretatio ex ea causa nō solū obscurior, sed etiā profus inexplicabilis facta esse videatur. In eōq; mihi tā opere satisfacio, ut non alia meliūs & feliciūs à me obseruata esse putem, quā in hanc sententiā cōtra Tribonianū sunt à nobis disputata. Insigne exemplū illud est, quod proximo capite ptulimus. Cōuenient ad primē illa etiā quæ nos nūc pferemus. † In *l. et si lege. 25. §. adeo. ff. de pet. hered.* Vlpianus noster tractās de eo qui hereditatē ad aliū pertinentē bona fide possedit & cōsumpsit, quē iā dixerat ex senatufcōsulto in eā rem factō nō teneri petitione hereditatis, nisi quatenus locupletior factus sit, Post varios casus ppositos in quib. dubitari poterat an locupletior factus dici deberet, ut puta si donatione in aliquē collata eū sibi ad remunerandū saltē naturaliter obligasset, ab eōq; postmodū *diuina d. supra* fortassis accepisset, aut an ex hereditate possit deducere quod cōtemplatione delata sibi hereditatis paulo latius de suo patrimonio expēdisset, aut mutuam pecuniā accepisset, pignoriq; res hereditarias dedisset, † subiungit, adeo nō teneri eum qui locupletior factus nō est, ut si quis putās se ex asse heredē cū nō esset nisi ex parte partē dimidiam hereditatis sine dolo malo cōsumpsit, Marcellus tractet, utrū nō teneatur quasi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eū nō pertinebat, sed ad coheredes. † Dubitandi ratio illa erat quā ex eodē Marcello Vlpianus subiicit, q. & si is qui nulla ex parte heres erat totū quod apud se fuisset cōsumpsisset, si ne dubio non teneretur, quasi nullomodo locupletior factus esset. † Sequitur verō, *Sed in proposita questione tribus visionibus relatis, una prima, deinde alia posse dici totum*

quod superest restituere eū debere, quasi suā partē cōsumpsisset, et utriq; quod consumpsit est docedere, aut utriq; nihil restituere. De illo tantū dubitat, utrū totū an partē restituendū dicat. Puto tamē residuū integrū non esse restituendū, sed partē eius dimidiā. Hæc ego omnia Triboniani esse dico nō Vlpiani, aut Marcelli. Primū ppter niani esse dico nō Vlpiani, aut Marcelli. Primū ppter verborū contextū quē video profus inconcinnum & parū elegatē more profus Triboniano. † Nā ut motū superiore capite & ex sequentibus quoq; apparebit, quæ nos disputauimus c. vlt. huius libri nomen illud visionis nunquā à prudentibus nostris usurpatū est, neq; theoria & speculatione, quomodo Antonius Augustinus interpretatur, neq; p opinionē, quomodo Accursius interpretatur, ad Triboniani sensum, cursum, & logē accommodatū ad Triboniani sensum, qui pculdubio ille est, ut circa ppositā quæstionē tres occurrant opiniones. † Prima illa quæ supra relatis Marcelli verbis expressa est, ut cōsumpta pars hereditatis tota coheredū portionib. imputetur. Secūda huic p tota coheredū portionib. p rata decedat id omne quod ex tota hereditate consumptū fuit. Secūdo, mouet me verba illa, *una prima*. Quid n. dici potuit ineptius, præsertim si iūgas quæ statim sequuntur, *deinde alia posse dici*, & c. quid solutius, & negligētius? † Quare nec dubitat Accursius, alioquin satis malus Latinitatis magister, quin supplendū aliquid sit, & post ea verba, *deinde alia*, interserendū, *qua continetur*, aut aliud quid simile. Debuit sanē Tribonianus in præcedētibus scribere, *una proxima, nō prima*, ut nō solū elegantius, sed etiā apertius & enucleatius loqueretur. † Tertio mouet me quod sequitur, *Tertia utriq; quod consumpsit est decedere*, Præferūt n. hæc verba ppter dictionē *utriq;* quæ binarium denotat numerū cōplectitur, de duab. tantū portionib. tractari, cū tamen fatendū sit tractasse Marcellum saltē de trib. Nimirū de portione bonæ fidei possessoris qui se putabat ex asse heredē cū haberet coheredes, Itēmq; de portionibus coheredū quæ nō nisi plures esse poterāt, & cōsequētē saltē duæ, sicut & plures coheredes, de quib. in plurali numero Marcellus locutus fuerat in pponēda quæstione. Sic n. scripserat *quasi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eū non pertinebat sed ad coheredes*. Itaq; scribendū erat *omnibus portionibus quod consumpsit est decedere*, nō, ut scriptū est *utriq;*. Inde etiā fit, quod Triboniani manū & inscitia pdit apertius, ut in definiēda quæstione, mētio facta sit dimidiæ partis, in illis verbis, *Puto tamen residuū integrū non esse restituendū, sed partē eius dimidiā*, cū tamē pars illa non nisi tertia esse possit, † si ponas ut in dubio ponendū est, ex æquis & virilib. partibus fuisse heredes. Nā quæ ratio faceret ut si bonæ fidei possessor qui se ex asse heredem putabat vnum duntaxat coheredem habuisset, partem duntaxat dimidiam coheredi restituere deberet, eadem facit ut si duos coheredes habeat bessēm iis restituere debeat, vnicuique scilicet trientem. Etsi enim fieri potuit ut is bonæ fidei possessor, ex semelle heres institutus esset, alij autē coheredes siue duo siue plures ex alio tantū semisse. In dubio tamē pluribus heredibus scriptis sine partibus, aut ita ut quænam illæ partes sint sciri nō possit, nō alia partes quæ viriles & æquales factæ intelliguntur. *l. quoties. 9. §. coheredes. D. de heredi. §. si plures. Inst. eo.* Est etq; diuiniatio illa, profus improbabilis, si quis vellet dicere in specie à Marcello tractata bonæ fidei possessorē ex semisse solū scriptū fuisse, coheredēs verō plures ex reliquo. † Sed neque potest ea diuiniatio cadere in aliā speciē quæ in qua tractatur de heredibus testamentariis, cū ab intestato fieri

nunquā possit ut nō sint æquales portiones eorum omnium qui succedūt, siquidē in eodē gradu succedēdi & æquē proximos omnes eos esse necesse est, aut saltē si quis representationi locus sit, puta inter descendētes, iure vetere inspecto, ex illorū persona succedere qui in eodē gradu fuerūt. Atqui cōstat Senatufconsultum quod de hereditatū petitionibus factū est, de quo in *l. item veniunt. 20. §. præter hæc. D. de pet. hered.* licet de heredibus testamentariis locutū sit, cōtra quos tantū leges caducariæ locū habere poterant, tamē ad legitimos quoque heredes & intestati successores pertinere, *d. l. sed et si lege. 25. §. si res*, sicut & ad priuatorū petitiones, *l. 1. C. eo. licet in publica causa factū sit, ut Vlpianonem in d. litem veniunt, §. in priuatorū* Vbi addit etiam pertinere ad peculium castrensē & quālibet aliā vniuersitatē, tāetsi non loquatur nisi de hereditate. Et verō multo facilius potest euenire in legitima successione quæ in testamentariis, ut quis bona fide putet se heredē ex asse, qui tamē habeat coheredē, aut ut se putet heredem ex maiore portione quā ei sit delata. Proinde nulla ratio est, cur credere debeamus, Marcellū de testamentariis heredibus concepsisse quæstionē quæ in legitimis non minūs accommodatē aut vtiliter pponi poterat. † Mouet me quartō quod nō possum mihi persuadere Marcellū in pposita quæstione adeo hæsitasse ut eā indecisam reliquerit, nec rursū quid ille tandē concludendū putaret, prætermittit ab Vlpiano fuisse. Cui tamē si adscribes versiculū illum, *Puto tamen residuū integrum non esse restituendū, sed partem eius dimidiā*, nō solū facies, ut macus fuerit in referēda Marcelli sententia, sed etiā ut contrā quā Marcellus senserat, sensisse ipse videatur. † Deniq; ne putes aut dissensisse prudentes in hac quæstione, aut dissentiendi pbabilem causam vllā habuisse, me illud maximē & postremo loco mouet, quod nō existimo posse defendi, vsq; adeo fauendū & indulgendū esse bonæ fidei possessori in hac specie, ut nō nisi partē residuæ hereditatis restituere teneatur. Imò verō magis esse puto ut totū restituere debeat si tantū consumpsit, quantū ex hereditate ad eū p sua parte spectabat. Cur nō enim credēdus sit suā potiūs portionē quæ ex alienis quicquā cōsumpsit, quantūuis bonæ fidei possessor pponatur? Aut quoniam iuris vel æquitatis colore possit recusare, quominus suis coheredibus nihil nisi portiones suas petētibus restituat quicquid superest ex hereditate, si coheredū portionibus id ipsum respōdeat? Illud nāq; nemo negauerit ex iuris ratione respondendū fore, si bonæ fidei possessoribus p spectum non fuisset Senatufcōsulto, quod utriq; nō fuerat necessariū, si nō antea ius tale erat, ut quisquis alienā hereditatem nullo iure tenuisset, siue bona fide siue p prædone, condemnatus esset ad plenissimā restitutionē omniū quæ perceperat, ut pote nullo profus iure perceptorū, tametsi ea perceptione nullatenus locupletior factus pponeretur. Quæ res cū possessoribus omnium magnū adferret damnum, ppter eā quod solent iij quibus hereditas aliqua obtigit, tāquam ditiores facti grauioribus expensis se onerare, dum re sua se abuti putant, putauit Senatus consulendum iis saltētem qui bonæ fidei possessores fuissent. † Quatenus verō consulendum? An ut etiam lucrū aliquod vel tātillum ex hereditate ad alium pertinētē consequi aut retinere possent? Minimē. Sed hæc tenus tantum, *ne in totum damno afficiantur, sed in id tantum teneatur in quo locupletiores facti sunt*. Sic enim idem Vlpianus noster loquitur in hac lege, *§. consuluit*. Abundē igitur senatusconsulto satisfactū est, si bonæ fidei possessor qui hereditatem, siue in solidum, siue p parte alienā consumpsit totam aut ex parte non verteret in damno. li-

cet nec lucri quicquā retineat. Atqui in pposita quaestione, tamen si mecum sentias, & bonæ fidei possessore ad totius residui restitutionem cōdemneris, nullo tamen eum damno affeceris, sed tantum ei lucrum abstuleris, quod alioqui ex hereditate sibi pro parte delata & acquisita consecutus erat: quod certè valde diuersum est, longèq; ista differētia, non in lucro versari & damnum subire, in prin. *D. de vi & vi armat. l. 14. quod autem. 6. D. qua in fraud. cred. cum similib.* † At si è contratio velis cum Triboniano coheredum quoque portionibus decedere quod hic ex hereditate malè consumpsit, vt non totum residuum, sed eius partem duntaxat siue dimidiam, siue maiorem aut minorem restituat, facies vt versetur in lucro, & aliquid ex ea hereditate retineat, ex qua tamē tantū consumpsit, quantum partem suam faceret, si nihil consumpsisset.

15 † Dices fieri quidem eum locupletiorē, sed ex hereditate ipsa quæ superest, non ex consumptione, Senatusconsulti autem propositum illud fuisse, vt de consumptis ita demum bonæ fidei possessore teneretur, si locupletior factus esset ex ipsa consumptione, quasi consumptum videri non deberet quod in proprii patrimonij corpus versum esset vt Papinianus loquebatur in *l. adem seruandum. 72. de leg. a. 2. l. pater. 23. D. de adm. legat.* Fateor, sed hoc contendo nihil absurdi fore etiam si lucrum illud omne quod ex ipsa quoque hereditate retinere velit, ei auferatur. Ne coheredū dāno cedat quod ipse ex hereditate malè consumpsit, sed ipsius potius qui consumpsit, deoque ad eam vsq; partem consumendi ius habuit. Debet enim illi sufficere quod nullum idcirco damnum sentiat, non modò ex consumptione, sed ne quidem ex hereditate. † Ponimus enim non esse alieno aere grauata hereditatem, neque ex alia causa obligatum hunc coheredē eundemque bonæ fidei possessorem, vt quicquam de suo præstet occasione hereditatis. Alioqui tanto minùs ad eum ex hereditate peruenisse dicendum esset *l. quis concubinam. 20. §. cum uia 2. de leg. a. 3.* libenterque admitterem eo casu de coheredum quoque portionibus tantum decedere oportere quā tum detracta primū absumptaque huius portione detrahi necesse esset, ne in damno moraretur. † Sed vt lucrum retineat ex hereditate cum damno & dispendio coheredū qui ob dilapidationem ab eo quantumlibet bona fide factam, portiones suas imminutas, tantòque minores consecuturi sint, id verò ferre ego nullo modo possū. Effētque multò conuenientius tantò pauperiorē fieri hunc bonæ fidei possessorem ex totius residui restitutione, quantò locupletior ex hereditatis acquisitione factus esset, vt in summa neque pauperior, neque locupletior factus dici posset, vt in specie *l. quod bonis. 15. §. ex donationibus. D. ad l. Fal.* in illis verbis, *nam uia fit locupletior, vt tantò pauperior esse videatur.* † Quinimò quod magis est, fieri etiam interdum potest vt occasione delatæ hereditatis non solum non locupletior, sed etiam reuera pauperior fiat hereditatis possessor, nec tamen eò magis retinere quicquam ex hereditate possit, tamen si futurum sit vt moretur in damno. Finge lautius eum re sua vsū contemplatione illius hereditatis sibi delatæ, nec tamen hereditatem attigisse. An deducet ex hereditate quod plus impendit quam fuerat impensurus, si non existimasset eam sibi delatā fuisse hereditatem? † Nequaquam, vt hac ipsa lege ex eodem Marcello Vlp. scribit in *§. si quis re sua.* Finge mutuum eum pecuniam accepisse quasi ditiores factum. Solent enim qui ditiores sunt, non solum faciliùs inuenire creditores, sed etiam faciliores esse ad pecuniam mutuum accipiendam, quam faciliùs quoq;

se reddituros & exoluturos sciant. An si pecuniam illam mutuum malè consumpsit, tantundem deducet ex hereditate, ne alioqui propter hereditatem eatenus pauperior factus existimetur? Minimè, sed ipse se deceperit, vt Vlp. indubitanter concludit in seq. *ver. simili modo.* Quid deniq; si non solum pecuniam mutuum acceperit, sed etiam eius nomine res hereditarias pignori dederit? An non saltem hoc casu tantundem ex hereditate deducet? Id quoque negat Vlp. propterea quòd nec hoc casu videatur attigisse hereditatem cū ipse sit obligatus: non aliter autem deducere quicquā potest ex hereditate, quam si eam attigerit. Quantò minùs igitur permittendum ei est, vt ex coheredum portionibus quicquam deducat, quamdiu aliter, id est, sola propria portione cōsumpta, indemnis seruari potest? Quid enim aliud, obsecro, possit obtendere, nisi illud fortasse, minùs se ex hereditate fuisse cōsumpturum si non eam totam suam esse credidisset? Ac qui iudex propitiis auribus eum audiat si hanc suam credulitatem falsamque opinionem velit nocere coheredibus, non se sibi noceat, sed vt sibi etiam proficit, lucrumque etiam post consumptionem non tam ex hereditate, quàm ex coheredum incommodo consequatur? Aut quænam maior ratio est, propter quā hoc casu subueniendū ei sit in præiudicium coheredū, quàm si opinione, & vt lex loquitur, contemplatione hereditatis, licet eam nullo modo attigerit: nec eo magis tamen, vt ex Marcello & Vlp. diximus, deducere aliquid ex hereditate potest † Quòd si pro eo respondeas, differētiā inter hos casus illā esse quòd superiore casu hereditatem non attigit, quam attigit utique & ex parte consumpsit in ea specie quā nūc tractamus, Replicabo differētiā huius effectū illum esse debere, vt in hac specie possit deducere ex hereditate quod consumpsit, nec proprii patrimonij iacturam inde vllam subeat, quā subire cogetur, si hereditatē nō attigisset, quamuis non nisi opinione delatæ sibi hereditatis proprium patrimonium diminuisset. Sed nō similiter illud etiam consequens esse, vt hoc solo quod hereditatem attigerit, ac ex parte consumpsit, debeat ius habere deducēdi ex coheredum portionibus, id quod ex propria deducendo possit assequi, vt neque sibi neque coheredibus damnum vllum inferat, sed sua tantum commoda minuat, cuiusque lucri quod ex delata hereditate sperabat, occasionem amittat, quam factio suo sibi ipse præripuerit. † Et verò si prima illa Vlpiani verba ponderes *Ad eò autem is qui locupletior factus non est non tenetur, vt si quis putans se ex asse heredem partem hereditatis (sic enim lego, sublata dictione dimidiam, tanquam irreptitia ex glossa interpretis quæ finis §. sefellert, secundum ea quæ supra diximus) sine dolo malo consumpsit, Marcellus tractet, num non reuocatur, facile animaduertes, Vlpiano visum fuisse nimirum quod Marcellus quæstionē hanc proposuerit, quasi quod dubitationē vix vllam haberet. Tantum abest vt credendum sit Marcellum pro bonæ fidei possessore contra coheredes respōdisse de residui dimidia duntaxat portione iis restituenda, aut si aliter Marcellus sensit, Vlpianū à Marcello dissensisse. † Illa enim ratio dubitandi quā Marcellus pposuit, quod si is qui nulla ex parte heres erat, totū quod apud se fuisset consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi qui nullo modo locupletior factus esset, facillimè dilui potest ex eundēti ratione diuersitatis, quā nec Accursius ignorauit. Cū enim is qui nulla ex parte heres fuit aliquid vel tantillum*

tantillum ex hereditate consumpsit, alterutrum euenire omnimodo necesse est, vt vel ex hereditate ipsa deducatur totum id quod consumptum est, vel in dāno moretur bonæ fidei possessor, si quantum consumpsit tantundem de suo patrimonio petitori sarcire & restituere compellatur. Quod non perinde contingit, restitueret heres erat, existimans, se solum eum is qui ex triente consumpsit. Is enim non heredem, totum trientem consumpsit. Is enim non solum si bestem residui, sed & si totum residuum redere cōdemnetur, damnum nullum sentit, cū nihil aliud amittat nisi portionem illam suam hereditariā quam consumpsit, & quam in lucro habiturus erat, si nihil consumpsisset. Cōtrā verò si totius residui dimidiam duntaxat, aut quam aliam portionem restituat, non modò in damno non morabitur, sed etiam lucrum sentiet, quia quantum ex coheredum portionibus deducet, tantundem ille sibi habebit & retinebit, tantum ex hereditaria sua portione, quasi quod solus ipse consumpsit, coheredes omnes simul consumpsisse intelligantur: quo neque absurdus, neque iniquus, meo iudicio, dici quicquam potest. † Nam quod Accursius placet rationem illam facere pro bonæ fidei possessore, quòd cū sit ex parte heres, incertum est verum de suo, id est, de sua duntaxat portione consumpsit, an de portionibus coheredum, ideòque meritò constitutum esse vt ex omnium portionibus pro rata decedat id quod consumptum est. Non puto satis probabiliter dici, quia imò verò certum est consumptum esse ex hereditate, non secus ac si possessor sciuisset hereditatis partem duntaxat suam esse: nec potest videri consumptum ex proprio patrimonio possessoris pro vlla parte, tamen si fuerit ille fortassis minùs impensurus, si non nisi partem hereditatis ad se pertinere credidisset. Nec enim sola illa opinio facit quo minùs verum sit ex hereditate consumptum. Cur non ergo ex sola cōsumptis portione potius quàm ex iis quæ spectabant ad coheredes quibus nihil penitus imputari possit? Nam & pars hereditatis hereditas est, *l. in singulis. 77. D. ad legem Falc. §. & cum questum. Inst. eod. quæ admodum & pars fundi rectè fundus appellatur, l. plane. 34. §. vlt. de leg. 1.* nec eò minùs verum erit consumptum ex hereditate quod habebitur pro consumpto ex sola cōsumptis hereditaria portione. † Quòd verò Accursius addit, mediam viam sequendam esse, ridiculum est. Solet enim dici, nec illepidè minùs quàm verè id esse iudicium rusticorum & imperitorum, nisi ratio iuris mediam illam viam eligi suadeat, quod interdum euenit vt in *l. vlt. D. de iur. sig.* In proposito autem non maior ratio est, vt bonæ fidei possessor residui partem quam vt totum residuum retineat. Neque puto Marcellum de eo dubitasse, quamuis sub Vlpiani nomine ita referat Tribonianus. Cui nimirum familiare est, vt suis opinionibus in Iureconsultorum responsa obtrudendis fenestram patefaciat, ea corrumpere, & quod illi pro certo habuerunt, sic exprimere, & immutare, quasi de eo dubitasse existimetur, vt videre est ex tot Tribonianismis à nobis iam antehac obseruatis. Sicut & vsitatum ei est mediam viam sequi, & mediocritatis laudem ambire in temperamenti plerisque inducendis, quæ tanquam à iuris ratione prorsus abhorrentia prudentibus placere nūquam potuissent, vt in *l. filio 7. ff. vt lega nom. caueat. de qua scripsimus lib. 12. cap. 17.* & aliis penè in numeris iuris nostri locis. † Fefellit haud dubiè Tribonianum, vt & Accursium, quòd ex rescripto Diui Marci scriptum & constitutum legimus in *l. Titius. 54. ff. ad S. C. Trebell. de faciendā deductione in illius legis specie tam ex hereditate quàm ex patrimonio heredis. Quasi ve-*

rò rescriptum illud Diui Marci quid simile aut commune habeat cum proposita quaestione. Quod tamen quàm alienum sit, apparebit facile ex iis quæ proximo capite differemus, vt ab eiusdem Triboniani inscitia vindicemus Vlpianum nostrum, cuius etiam præclarum responsum corruptit ille in alia quaestione de qua in *§. quod autem*, immediatè seq. Vlpianus tractat. Tanto enim clariùs apparebit, non sibi temperasse hominem, cui hac re licebat quicquid libebat, quin hic perinde ac illic impias & prurientes manus Vlpiano inferret.

CAPVT III.

Alia Triboniani additio in ead. l. sed et si lege §. quod autem quis.

SUMMARI A.

- 1 An quod bona fidei possessor ex hereditate erogauit ex hereditate totum decedat, an verò pro rata patrimonij possessoris?
- 2 Ex ratione in d. §. quod autem. allegata satis apparere quid Vlpianus ad propositam quaestionem responderit.
- 3 Verba illa nam & Diuus Marcus vsque ad finem eius §. non Vlpiani sed Triboniani esse.
- 4 Herede rogato quicquid ex hereditate supererit restituere, erogationes ex hereditate factas non ad solam fideicommissi deminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij quod heres habuit distribui oportere.
- 5 Rescriptum Diui Marci ad hanc rem pertinens nihil commune habere cum ea quaestione quam Vlpianus in hoc §. tractat.
- 6 Heredem rogatum restituere quicquid ex hereditate supererit, quadrantem illibatum fideicommissario ex Iustiniāni constitutione seruare teneri.
- 7 Post eam constitutionem heredis ita grauati conditionem in quibusdam duriorē, in quibusdam verò meliorem quam antea esse.
- 8 Ad quas alienationes illud D. Marci rescriptum pertinuerit?
- 9 Summam fuisse eius rescripti equitatem.
- 10 Non tam equitatem quàm stricti iuris rationem facere, vt in specie d. §. possessor, quod ad victum quotidianū sumptusque in eam rem necessarios erogaturus fuerat petitori restituere debeat.
- 11 Ratio ab Vlpiano allata quomodo sit accipienda?
- 12 Alia diuersitas inter speciem huius §. & illam que in superiore Diui Marci rescripto tractatur.
- 13 Totum illud §. quod autem Triboniani, non Vlpiani esse.
- 14 Nimis generaliter conceptam esse quaestionem initio d. §. propositam.
- 15 Eam quaestionem prout concepta est contradictionem, aut euidētē absurditatem implicare.
- 16 Exemplum de penu hereditaria ebibita subiectum ad propositam quaestionem non pertinere.
- 17 Penam in masculino aut neutro genere nec ab Vlpiano, nec à quoquam alio præsentem usurpatam fuisse.
- 18 Verba illa statutis sumptibus Triboniani manum prodere.
- 19 Gracianus Triboniano aliis familiaris ibidem notatur.
- 20 Alia eiusdem §. verba constructionem non recipere.
- 21 An in versic. & nunc igitur noua quaestio proponatur?

- 22 *Exemplum de penu hereditaria exhibita ad secundam eamque specialiolem questionem pertinere.*
- 23 *Quo sensu autor secundam questionem specialiolem & strictiolem dixit?*
- 24 *Quomodo deductio facienda sit, quum equalis est hereditatis & proprii patrimonij possessoris aestimatio?*
- 25 *Questionem in versic. & nunc igitur propositam dubitatione carere.*
- 26 *Frustra à Triboniano Diui Marci rescriptum in d. S. ad superiores questiones affertur.*
- 27 *Ex rescripto sumptus factos ab herede rogato restituere quod ex hereditate supererit, ex patrimonio heredis saltem pro rata, non autem ex sola hereditate deduci.*
- 28 *Reprehenditur quod in fine d. S. Tribonianus respondit & conclusit.*
- 29 *Ea que possessor ex hereditate erogauit, quaque etiam si heredem se non putasset erogaturus fuisset, non quasi ex ipsius patrimonio sed velut ex hereditate deducenda esse.*
- 30 *Aliud esse, sumptum expensum ferre patrimonio possessoris, aliud de ipsius patrimonio deduci.*
- 31 *Cur in fine d. S. fieri non possit ut qua possessor ex hereditate erogauit ex ipsius patrimonio deducatur?*
- 32 *Quid Tribonianum impulerit ut eum Vlpiani locum interpolaret?*

Caput hoc interferere cogimur, non solum ut qua proxime disputauimus, appareant probabiliora, sed etiam ut nobis tam sapè Triboniani audaciam simul & incitiam accusantibus tantò maior adhibeatur. Præter id quod hic §. & ex eadem lege est, ex qua is quem superiore capite emendauimus, & quod magis est eadem ferè orationis ferie illi coniunctus. † Querit Vlpianus, An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris. Ut putat, inquit, penum hereditarium ebibit, vtrum hereditati totum expensum feretur, an aliquid & patrimonio eius? Ut nimirum in id locupletior factus videatur, quod solebat ipse ante delatam hereditatem erogare: Id est, ut si quid lautius contemplatione hereditatis impenderit quasi iam ditior, in hoc non videatur factus locupletior. In statutis verò suis sumptibus, hoc est, qui constitutam ac penè taxatam habent quantitatem, ut in familia bene composita & ordinata fieri solet, videatur locupletior factus. Vtique enim etsi non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. † Qua ex ratione apparet non obscure, Vlpianum ad propositam questionem respondere, ut prudentibus nostris plerumque moris est sententiam suam tacitè quoque insinuare, sola expressione rationis, propter quam ita sentire quisque debeat. Neque puto aliud quicquam eum subiunxisse quod ad propositam questionem pertineret, quia nec fuit necesse. † Itaque quicquid in hoc §. sequitur, dico Triboniani esse, non Vlpiani, quod & contextus ipse verborum facile indicabit, & ratio ipsa iuris, nisi me fallo. Verba hæc sunt, *Nam & Diuus Marcus in causa Pythodori qui rogatus erat quod sibi supersuisset ex hereditate reddere, decreuit ea que alienata erant, non minuendi fideicommissi, nec precium in corpus patrimonij Pythodori reddisse, & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantum ex hereditate.* † Idem sanè rescriptum Diui Marci à Papiniano relatum est in *l. Titius. 54. D. ad S. C. Trebell. vbi tractans de fideicommissis quo quis rogatus est restituere, quicquid ex hereditate supererit, scribit Diuum Marcum credidisse huiusmodi fidei-*

commissi vel bis bonam fidem inesse, & arbitrium boni viri, quod & ab eodem Papiniano scriptum est *l. 3. §. nonnunquam. D. de v. s. iur.* & ideo iudicasse erogationes quæ ex hereditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij quod heres proprium habuit, distribui oportere. Quod non tantum æquitate ratione, sed exemplo quoque motum Imperatorem fecisse Papinianus ait. Cùm enim, inquit, de bonis ab emancipato filio conferendis fratribus quaereretur, præcipuum autem quod in castris quaesitum fuerat militi, relinquere placeret. Consultus Imperator sumptus quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio quod minus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniæ decedere oportere constituit. † Sed quid habent ista commune cum ea questione quam Vlpianus tractat? Nam rescriptum Diui Marci rationem præcipuam habet ex bona fide, cui certè non conuenit nec arbitrio boni viri, ut quicquid impendit heres rogatus de restituendo omni eo quod ex hereditate superesset, videri debeat ex solo fideicommissis impeditisse, ne alioqui eueniat facile ut fideicommissi utilitas tota pereat fideicommissario. In quo etiam nihil fieret contra testatoris voluntatem, si ita nulla interveniret, ita scilicet ferente conditione fideicommissi, & ipsa verborum quibus relictum est, conceptione, non tamen satis bona fide videtur facere heres qui sumptus omnes à se factos fideicommissario imputare vult, sibi nullos. Præsertim verò si per eam imputationem futurum sit ut fideicommissum illusorium fiat, & ad nihilum prorsus aut penè redigatur. † Quod ne eueniat, visum tandem est Iustiniano constituendum esse ut quisquis rogatus est reddere quod supererit ex hereditate, non nisi ad dodrantem vsque alienare possit, quadrantem verò illibatum fideicommissario seruare omnimodo teneatur, præterquam si ex causa dotis vel donationis propter nuptias, vel redemptionis captiuorum, vel denique sumptuum ad alimenta necessariorum quadrantis quoque diminutionem fieri necesse sit *Novellæ 108. de rest. vnde sumpta est Aulben. contra cum rogatus. C. ad S. C. Trebell.* Qua in constitutione meminit Iustinianus supradictæ Papiniani sententiæ, itémque rescripti Diui Marci, sed ita ut & prudentissimum Iureconsultum, & Imperatorem optimè ridere videatur. Etsi enim laudat Papiniani dictum tanquam sapientissimum in eo quod heredi sic, ut diximus, grauato permittit alienationes, reprehendit tamen quod is velut ex studio in ænigmate proposuerit, ut tunc solum oporteret prohiberi alienationem, cùm ad soluendum fideicommissum ex studio fierent ab eo qui esset oneratus, quasi hac in re nimis difficile sit probare, adeoque inuestigare qua mente & quoniam accedat heres grauatus ad alienationem, an bona fide, an gratia interuertendi fideicommissi. De Diuo autem Marco sic Iustinianus ibidem subiicit, *Et tanquam philosophatus inter Imperatores Marcus tali quodam proposito casu viri boni arbitrium videri inesse talibus verbis disposuit.* † Proinde dubitandum non est quin post eam constitutionem nullus rescripto Diui Marci, aut Papiniani sententiæ locus relinquatur, duriorque hodie sit conditio heredis ita grauati, quam olim esset in eo quod vsque ad dodrantem duntaxat ius alienandi habet. Et contra, eiusdem quoque melior in eo, quod vsque ad dodrantem liberam habet alienandi facultatem, nec facti aut iuris questionem pati potest an ex arbitrio boni viri alienatio facta sit necne. Cui consequenter euenit ut sumptus omnes quos ex fideicommissis erogauit, dum ne dodrantem

excedant imputandi sint fideicommissis in solidum, nec ut antea pro rata patrimonij quod heres habuit, distribuendi. Quod ius nonnum et si neque ratione aliterque iuris nititur, neque testatoris voluntate, quæ si fideicommissi verba inspicias potius repugnat, mihi tamen non reprehendum idcirco videtur, quod certè quam plures, ne dicam innumeras dirimit facti questiones. vt de quadam Iuliani sententia Vlp scribit in *l. si heres. ad S. C. Trebell. †* Quamquam non puto ea Nouella Iustinianum Papiniani Marciq; mentem satis percipisse: non enim ad eas alienationes rescriptum Marci pertinebat, quæ interuertendi fideicommissi consilio factæ essent, quas utique constabat fideicommissario nocere non debere, ne ex parte quidem. *l. demissa 58. §. vlt. d. S. C. Trebell.* Sed ad eas quæ sine dolo malo factæ proponerentur, propterea quod cessante quoque fraudis consilio & studio, ut loquitur Iustinianus, id tamen adhuc bona fides exigere videretur, ut ex vtriusque patrimonij quantitate erogatum dici deberet quod bona fide per heredem grauatum erogatum fuisset. Quod & verba illa nostri §. demonstrant, *ea que alienata erant non minuendi fideicommissi.* Cæterum negari non potest, quin Marci rescriptum à Papiniano per laudatum, summa æquitate niteretur, ne grauatus heres tam facile iniret alienandi consilium, quod videret tametsi ex bona fide rem gereret, non minus sibi quam fideicommissario captiuorum fore. † Suoma verò strictaque iuris ratione non nitebatur, quia si nihil nisi fideicommissi verba inspiceret, non poterat videri rogatus de vlla re restituenda is, qui non aliud restituere rogatus erat quam quod ex hereditate superesset, si tota hereditas alienationibus exinanita fuisset, dū ne quid dolo malo factum probaretur. † At in ea specie quam nos ex Vlpiano nunc tractamus, id est, cum bona fidei possessor erogauit ex hereditate penum aut quid aliud quod etiam si nulla delata hereditatis opinio superuenisset, de suo tamen aliquatenus erogare debuisset, non tam æquitas quam stricta iuris ratio facit, ut quod ad victum quotidianum sumptusque in eam rem necessarios erogaturus fuerat restituere debeat petitori, cui & reliquum omne quod ex hereditate percepisset restituere deberet, si non aduersus nimium hunc iuris rigorem, auxilium ei propter bonam fidem porrigeret æquitas senatusconsulti, quæ hæcenus consuluit omnibus bonæ fidei possessoribus, ut non nisi in quantum ex hereditate locupletiores facti sunt restituere teneantur, quemadmodum superiore cap. dicebamus ex §. *consultus*, eiusdem legis. † Itaque ratio illa quam Vlp. adfert, quod possessor hic in tantum locupletior factus videatur quantum de suo erogaturus erat ad victum quotidianum, si hereditatem non possedisset, non sic accipienda est quasi strictum ius hoc propter quod debeat ille teneri (strictamque iuris ratio ob quam tenetur vna illa est, quod quicquid ex hereditate ad se non pertinente erogauit, ex re aliena erogauerit) nec rursus ita interpretanda ut nuda æquitate ratio sit, tanquam deficiente, ut aliis plerisque casibus, summo iure, sicut in specie *l. §. item Varus, ver. quaquam. D. de aqua & aq. plu. ar. cend.* (neque enim æquitate auxilio indiget petitor, qui ipso iure tutus est, & securus) Sed eo pertinet, ut appareat possessorem hunc conuentum petitione hereditatis ad restitutionem eius totius quantitatis, quam ex hereditate erogauit, tametsi æquitate senatusconsulti possit implorare, ne in damno veretur: ad est, ut non in plus condemnatur, quam quo locupletior factus est, pro ea tamen parte quam de suo erogare omnimodo debuisset, senatusconsulto iuuare

se non possit, cuius quippe æquitas potestatisque deficiat, propterea quod eatenus saltem locupletior factus ille sit: Qua porò senatusconsulti æquitate ac potestate deficiente, illud vnum superest, ut eatenus quoque possessor non solum summo iure, sed vituliter quoque & efficaciter possit conueniri: petinde ac si quod ad hanc petitionis partem attinet senatusconsultum nullum extaret. Ex quo alia etiam diuersitas, eaque longè maioris momenti colligi potest inter hæc speciem & illam, de qua Marcus rescripsit. Nam ex rescripto Diui Marci quod erogatum est ex bonis fideicommissariis quantumlibet bona fide, non solum fideicommissis decedit, sed etiam proprio heredis patrimonio pro rata vtriusque patrimonij quantitate, ut Papinianus tractat in *d. l. Titius*. Itaque si ponas, ut exemplo res sit illustrior, æqualem esse vtriusque patrimonij aestimationem, æqualiter quoque decedet ex fideicommissis, & ex patrimonio heredis, id quod fuit alienatum. Finge mille esse in fideicommissis, mille in bonis heredis, alienatum verò fundum qui dignus fuerit aureis centum. Quinquaginta ex fideicommissis, quinquaginta ex patrimonio heredis deducuntur. At apud Vlp. nec fit, nec fieri, aut summo iure aut ex æquitate potest eiusmodi distributio pro rata patrimonij quod habuit bonæ fidei possessor. Eadem namque specie retenta, quod ad æqualem vtriusque patrimonij aestimationem, si fingas possessorẽ consumpsisse ex penu hereditatis ad centum vsque aureos, qui si non lautius contemplatione delata hereditatis re sua vsus fuisset, viginti duntaxat de suo impendisset. Nego debere ex eius patrimonio deduci quinquaginta. Sic enim fieret ut contra verba, mentem & æquitate senatusconsulti teneretur de consumptis, supra quam locupletior factus esset. Quid ergo? Viginti tantum deducuntur, quoniam eatenus tantum locupletior effectus dici potest, cùm non plus de suo patrimonio fuerit impensurus. Idque ex primis ipsius §. verbis tam aperte sequitur, ut nihil meo iudicio dici possit apertius. † Vnde facile nec inuitus in suspicionem venio, prima etiam illa verba, totum denique §. Triboniani esse non Vlpiani. Non enim nisi ineptè ita concipi questio potuit, An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris. † Primum, quia sic proposita generaliter questio, non tantum ad hunc casum pertineret, sed ad omnes etiam cæteros in quibus hereditatis petitione ageretur. Dicendumque esset si exemplum rescripti Diui Marci ad rem faceret quicquid bonæ fidei possessor ex hereditate quam ad se pertinere crederet, expendisset partim hereditati, partim proprio eius patrimonio decedere oportere: quod tamen neque vltquam constitutum legimus, neque alio loco in dubitationem deductum. Obstat enim authoritas Senatusconsulti: quo, ut dixi, succursum est ex æquitate bonæ fidei possessoribus contra summi iuris asperitatem, ne nisi quanto locupletiores facti sunt restituere teneantur, ut proinde non iam de illo quaerendum sit quid & quantum sit in hereditate aut in patrimonio heredis, sed in quantum factus sit locupletior is cui hereditas euincitur. † Deinde non ita scribendum erat, *an totum decedat ex hereditate, an pro rata patrimonij possessoris, sed sic potius, pro rata hereditatis, aut si mauis, an verò pro rata ex patrimonio possessoris.* Implicat enim contradictionem, aut certè peruidentem absurditatem, ut dicamus fieri deductionem ex hereditate pro rata patrimonij bonæ fidei possessoris. Distributio illa dicenda esset non deduc-

quoquoque momento vitæ nostræ, nec quod vera illa & realis separatio animæ à corpore fit tardius, quæ nec nisi semel fieri potest, facere debet, quominus prudentis cuiuslibet, præsertim verò Christiani hominis sit, sic viuere assidue vt se in singulas horas cogitet non modò mori posse, sed etiam moriturum.

¶ Proinde ne à proposito longius aberremus, qui post mortem suam hereditatem restituere rogatus est, si eam hodie restituat, non alio die restituit, quam quo rogatus est, quia & hodie non potest, quamuis fortasse non nisi post annum aut decennium sit moriturus. Nam neque si verba & vim fideicommissi inspicias cogitur ille expectare vt sit mortuus, ne alioqui fideicommissum inutile fiat si à mortuo relictum videatur. Sed tum quoque cum post mortem relictum est perinde habetur, ac si relictum esset in id tempus quo grauatus moreretur, aut, vt quibusdam locis scriptum est, cum mori inciperet, vel etiam *pridie quam moreretur, leg. scrupulosam 11. Cod. de conu. & commu. stipul.* Nihil enim prorsus inter hæc interest, & siue his, siue illis verbis testator vsus sit, fideicommissum vires accipit, & radices in persona grauati, *leg. coheredi 41. §. cum filia*, *verf. quod si heredem*, vbi Bartolus & alij *de vulg. & pupill. substit.* quia & tempus ipsum instantique mortis vitæ computatur non morti, *leg. ultim. Digest. de condic. institut. leg. qui duos 18. §. 1. Digest. de manum. testam.* Siquidem fieri non posset, vt iam mortuus homo moreretur. Cum ergo possit fideicommissum restituere pridie quam moriatur, Cur non hodie potest restituere qui planè nesciat an cras victurus sit, an moriturus? ¶ Illud enim semper memoria repetendum est, nos eum casum tractare, in quo non alterius quam ipsius heredis grauati aut fideicommissarij inter sit vt fideicommissum tardius vel citius restituatur: Nam si alterius interesset, puta eius qui si mortis tempore solus superesset, solus quoque ad fideicommissum admitti deberet, nullus his nostris rationibus locus relinqueretur, sed ex aliis quas in contrarium supra disputauimus, mortis naturalis diem expectari oporteret, ne ob præmaturam fideicommissi restitutionem alius admitteretur, quam qui à testatore vocatus fuisset. Potest enim quilibet quod ad se quidem attinet, sic viuere & tractare omnia, quasi aut hoc ipso die aut cras moriturus sit, sed non quod ad alios, aut vt iis noceat, quorum interest eum viuere mortisque naturalis tempus expectari. ¶ Fideicommissi in diem certam relictæ alia ratio est. Sicuti namque diem certam omnimodo venturam esse certum est, ita & non prius venturam esse quam totum tempus medium præterierit, vnde fieri necesse est, vt si interim restituatur hereditas quæ ad diem restitui debuit, præmaturè restituta intelligatur, & alio tempore quam quo testator voluit, atque ita per consequentias nulla ex Trebelliano actionum translatio fiat, quæ sit commodissimè quoties statim restituatur hereditas per fideicommissum relictæ sub conditione quæ & omnimodo extitura sit, & quandoque possit existere, dum ne alterius tertij cuiusquam inter sit. ¶ Neque obstat quod Papinianus scribit in *l. si patroni 55. §. primo ad Senatufconsultum Trebellianum*, rescriptum esse ab Antonino Pio in tempus directò data libertate non esse repræsentandam hereditatis restitutionem, quia non sit cui restitui possit. Ita inueniens à contrario sensu, Posse igitur representari si fideicommissaria libertas in tempus data sit. Nam id rationem illam habet quod eo casu non tam restitutioni hereditatis tempus dictum sit, quam fideicommissaria libertati, quam porro nihil impedit quominus

representare possit heres, cuius gratia tempus illud adiectum fuisse credendum est. Porro repræsentata libertate, nihil quoque vetat hereditatem statim restitui, quia tunc purè ac sine vlla temporis præfinitione relictæ reperitur, idèoque nec repræsentari debita potest, cum imputare sibi debeat heres qui ante tempus libertatem præstitit, cui seruum manumittendo dedit ei petendi à se fideicommissi facultatem, *argument. l. filio 7. D. vt legat. nom. caueat.* Cum libertas directò data est in tempus, non potest illa per heredem repræsentari, sicut nec hereditas, quia non competit directæ libertas nisi ex potestate sola legis, quæ porro subsequitur testatoris voluntate vt Vlpianus in Titulis scribit *titul. 1. leg. si cui 31. Digest. ad S. C. Trebellian.* Accurrit in verb. in tempus pessimè locum illum explicat.

CAPVT VI.

Ad l. mulier quæ in duobus 22. in princip.
D. ad Senatufconsultum Trebellianum.

SVM MARIA.

- 1 Species & quæstio in principio dictæ legis proposita.
- 2 Responso præmittitur D. Marci decretum.
- 3 Decretum illud cum specie initio propositâ nihil commune habere.
- 4 In ea specie fieri non posse vt fideicommissum quod post mortem patris filijsfam. relictum fuerat, bene eis viuo adhuc eorum patre soluatur.
- 5 Ratio quæ eius fideicommissi representationem impedit.
- 6 Non aliud iuris in dictâ specie fore etiam si verba illa vel ei qui eorum superesset adiecta non essent.
- 7 Superius Diui Marci decretum à specie ab Vlpiano propositâ in multis differre.
- 8 In decreto Diui Marci eam matris voluntatem fuisse, vt statim atque filij patria potestate soluti essent, ad fideicommissi petitionem admitterentur.
- 9 Ex verbis illis si morte patris sui iuris fuissent effecti, colligi in specie eius decreti fideicommissum non tam præcisè in tempus mortis paternæ, quam in id tempus quo sui iuris effecti fuissent colatum fuisse.
- 10 Eam matris voluntatem probatam non præsumptam fuisse.
- 11 Cur in specie ab Vlpiano propositâ rogatus Tuij filijs post mortem patris eorum hereditatem restituere, ante diem mortis fideicommissum præstare non possit?
- 12 Differre fideicommissum relictum post mortem patris ab eo quod confertur in tempus quo filij sui iuris erunt, licet mortis patris interiecta mentio fuerit.
- 13 Filiosfamilias quibus post mortem patris eorum fideicommissum relictum est, ad fideicommissum illud statim post emancipationem admitti posse, si eam testantis voluntatem fuisse consueverit.
- 14 Probationem hoc casu non simplicem præsumptionem exigi.
- 15 Brocardicum ex hac lege ab Interpretibus elicium rescribitur.
- 16 Cur in specie ab Vlpiano propositâ casus mortis ad casum emancipationis trahi non possit?
- 17 Ratio diuersitatis inter eam speciem & Diui Marci rescriptum.
- 18 Admissis in specie decreti D. Marci post emancipationem

- tionem & ante patris mortem filijs, nullum amplius mortis casum superesse.
- 19 Non idèo tamen inficiens emancipationis pro instanti mortis habendum esse.
 - 20 Ad fideicommissum pluribus filijsfamilias post mortem patris eorum, vel ei qui tum ex ipsis superesset, relictum, nullos alios imitatos videri quam qui mortis tempore supererunt.
 - 21 In tantum mortis tempus spectari, vt in casu non dissimili mutata quoque persona tempus tamen præstandi fideicommissi mutari non possit.
 - 22 Concluditur in specie ab Vlpiano propositâ restitutionem fideicommissi ante mortem patris filijs post eorum emancipationem factam inutilem esse.
 - 23 Eam restitutionem si patris vel si autum superstitum consensu non confirmari.
 - 24 Diuersam esse hanc speciem & quæstionem ab ea quam ad §. duo fratres. l. qui Romæ. 122. de verb. obli. Interpretes tractare solent.
 - 25 Multum in specie decreti D. Marci ad fideicommissi representationem facere filiorum voluntatem, qui fideicommissum non expectat a patris morte in iudicio petierunt.
 - 26 Apud Vlpianum vitro & sine iudice fideicommissum illud ante mortem patris restitutum fuisse, ac promde minus valere eam restitutum.
 - 27 Nec idèo favorabilior esse debere quod tunc incertior erat fideicommissarij persona.
 - 28 Verba hæc in d. l. mulier. Scauola refert. vsque ad §. 1. Triboniani non Vlpiani esse.
 - 29 Scauolam à quo decretum D. Marci Tribonianus relictum dicit, ante D. Marci tempora decessisse.
 - 30 Cur Scauola nomen potius quam alterius ICI Tribonianus supposuerit?
 - 31 Imperatores pronuntiare aut ius dicere, non iudicare dicebantur.
 - 32 Decreti contextum ab Vlpiani breuitate & elegantia longè abesse.
 - 33 Mortalitatatis nomen quomodo à Iurisconsultis accipitur?
 - 34 Vltima ratio propter quam verba superius notata Triboniano potius quam Vlpiano adscribenda videntur.

¶ Legans † species est, & digna, de qua quid Vlpianus scribit, id est, quid ex iuris ratione sentiendum sit, inuito etiam Triboniano inuestigemus. Mulier quæ duobus filiis in patris potestate relictis, alij nupterat, posteriorem maritum heredem instituerat, eumque rogauerat liberis suis post mortem patris eorum hereditatem suam restituere, vel ei qui ex ipsis superesset. Eisdem emancipatis à patre suo vitricus hereditatem restituisse dicebatur, mox alter ex filiis viuo patre decessisse. Quærebatur an is ex filiis qui supererat, partem fratri suo restitutam petere posset quasi præmaturè datam. † Sed priusquam ad quæstionem hanc respondeatur, subiungit Vlpianus, si nos Tribonianus non fecerit, Scauolam referre Diuum Marcum Imperatorem in auditorio de huiusmodi specie iudicasse, *Brasidas*, inquit quidam Lacedæmonius vir prætorius, cum filiis suis ab uxore diuortio separata, si morte patris sui iuris effecti fuissent, fideicommissum relictum esset, eos emancipauerat. Post emancipationem fideicommissum petebant, Decreuisse igitur Diuum Marcum refert, fideicommissum eis repræsentandum, intellecta matris voluntate quæ quia non crediderat patrem eos emancipaturum distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem si eum e-

mancipaturum sperasset. Sequitur *secundum hæc dicebam & in proposita quæstione Diui Marci decretum esse trahendum, & rectè fideicommissum vtriq; solutum.* † Ego verò ausim dicere decretum illud Diui Marci nihil cum proposita specie habere commune, neque videri posse fideicommissum rectè solutum vtriq; pendente conditione fideicommissi, propter euiden-tem rationem diuersitatis inter eam speciem de qua consultus fuit Vlpianus & illam de qua Diuus Marcus pronunciauit. Nam apud Vlpianum proponebatur rogatus vitricus, idèmq; heres institutus à matre, non solum vt testatris filijs post mortem patris eorum restitueret hereditatem, sed hoc etiam addito *vel ei qui eorum superesset*: quibus verbis facta erat vulgaris substitutio in fideicommissum inter fratres, vt si alter eorum præmoreretur, tota hereditas ad solum superstitem ex fideicommissum perueniret, *ex leg. vt hereditibus 50. leg. cum proponebatur 64. de legatis secundo. leg. Scauola septuagesima sexta ad Senatufconsultum Trebellianum.* † quæ res faciebat vt quoad pater viueret, incertum esset cuiusnam ex liberis fideicommissum quandoque restituendum foret. Cum euenire posset, quod & eueniat, vt alteruter eorum viuo patre præmoreretur, atque ita soli superstiti totum fideicommissum iam inde ab initio relictum videretur. Vt promde non posset dici ex testatris voluntate, & ita vt oportuit restitutum fideicommissum quod repræsentatum esset, solutumque ante diem cedentem. Puto autem apparere satis superque ex superioribus, in ea specie de qua Vlpianus consultus fuit fieri non posse vt fideicommissum quod non nisi post mortem patris relictum fuerat filiisfamilias, bene iis solui potuerit viuo adhuc eorum patre, licet iam tum emancipatis, † quia quamuis emancipatio faciat, vt ex eo tempore non magis ius personæ quam persona ipsa substituti variari possit (quod diuersum esset si durante adhuc patria potestate fideicommissum repræsentaretur *d. §. Diui.*) Illa tamen ratio superest, quæ fideicommissi representationem semper impedit, quod fideicommissum hoc non solum sub conditione relictum est, sed in id etiam tempus quo fieri possit, vt non plures sint fideicommissarij, sed vnus duntaxat, qui porro quis futurus sit, planè ignoretur. † Is enim futurus est qui morietè patre solus eo tempore superstes inuenietur, propter verba illa fideicommissi, *vel ei qui eorum superesset*, quæ tamen etiam si non essent adiecta, nõ aliud iuris fore putarem, quia semper verum esset relictum fuisse fideicommissum sub conditione cuius euenientis tempore, si vnus tantum filius superesset, is quoque solus admitti deberet. *d. §. Diui in fin.* Quid enim refert an condicio illa adscripta sit, *si nauis ex Asia venerit*, an quæ ex incerto die mortis patris constituatur? Itaque cum hoc casu dici non possit factam esse restitutionem eo modo quo testator voluit, saltem pro ea parte quæ præmortuo filio soluta est, & quam & ex euentu apparet nunquam ei debitam fuisse, nec illud etiam fieri aut verum esse potest, quod sub Vlpiani nomine concluditur, fideicommissum rectè vtriq; solutum fuisse. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus quid antea in rei veritate fuerit, non nisi ex euentu sciri potest, vt Paulus tractat *in l. qui res 98. §. rem autem. D. de solu. leg. quadam sunt 15. de reb. dub. l. huic scriptura 15. §. 1. Digest. ad leg. Aquil. & Solùm igitur illud videndum superest, quid responderi possit ad rescriptum Diui Marci quod ad propositam speciem trahi posse & debere Tribonianus voluit. Iam enim non ausim Vlpiano adscribere responsum quod putem à recta iuris ratione tanto*

norum siue tacite siue expresse consenserit, ut reliqua pars fratri restitueretur. arg. l. Titia 34. §. Lucia de legat. 6. Iam diximus in superioribus nullius momenti esse consensum illum qui & contra senatusconsulti autoritate, & contra testatis voluntatem præstitus sit ex d. §. Diui, in illis verbis, ne quidem ex voluntate eorum quia mutuus fratrum consensus facere non potest ut alius sit fideicommissarius, quam qui testamento vocatus fuit. † Longeque diuersa est hæc quæstio ab illa quam nostri tractare solent ad l. qui Roma 122. §. duo fratres De verb. oblig. de fratribus fideicommissis per dimensionem renunciatis. Tractant enim casum illum quo fideicommissarius certus sit siue iam impleta siue adhuc pendente fideicommissi condicione: In qua specie licet fideicommissum condicione quod nondum competit repudiari nequit, fieri tamen potest variis ex causis, ut vel expresso vel tacito consensu remissum esse censeatur. At nos eum casum tractamus quo propter pendentem condicionem non solum euentus ipse fideicommissi incertus sit, sed incerta quoque persona fideicommissarij, quam tamen nemo negauerit certam esse debere priusquam fieri possit locus quæstioni. An fideicommissio renunciatum sit necne.

† Quod si voluntas filiorum ex testamento vocatorum bonam posset facere restitutionem, siue ipso iure, siue opposita doli niali exceptione, adhuc dicendum esset, in specie Diui Marci multo magis id euenturum, quam in specie Vlpiani. In illa enim filij omnes statim post emancipationem nec expectata patris morte fideicommissum petebant, ut lex ait, id est, ut ego interpretor, & simul & in iudicio, atque ideo fortior erat ille consensus, non solum tanquam mutuus, sed etiam tanquam qui & expressus esset & iudicialis, cum in iudicio quasi contrahatur, l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. l. maioribus. 3. C. commun. vir iudic. l. liberum. 16. C. de fideiuss. Secutaque tandem sententia de fideicommissio omnibus representando siue à supremo Principe lata esset siue à magistratu etiam inferiore à quo appellari posset, securus utique est heres qui fideicommissum utriusque soluerit si non colluserit, nec ei potest imputari cur non appellauerit l. ait prætor. 7. §. 26. I. verus puo autem. ff. de minor. † At apud Vlpianum proponebatur fideicommissum omnibus solutum vltro & sine iudice, quod etsi non nisi scientibus omnibus qui viriles tantum accipiebant, fieri potuit, minorem tamen vim habet ad inducendum consensum etiam tacitum, quia dici potest omnes ideo tacuisse quod scirent ius suum durare, arg. l. sent. 8. §. non videtur. D. quib. mod. ius vel hypoth. soluit. d. l. Titia 34. §. Lucia Titia de legat. 2. † Nec est quod quis dicat tanto fauorabiliore esse huiusmodi fideicommissi tacitam remissionem quanto incertior tunc erat persona fideicommissarij, cum nesciretur an vterque ex liberis aut vter patri superstes futurus esset, arg. l. 1. C. de pact. l. de fideicommissio. 11. C. de transa. ob idque minus esse audiendum superstitem si post patris fratrisque mortem dicat vni tantum fuisse fideicommissum relictum, ut ille vnus ipse sit, quod viuo patre fratrem non fuerat dicturus arg. l. si pater 12. C. de inoff. test. l. pen. C. de solut. Possit. n. hæc obiectio vires aliquas habere si personæ fideicommissariorum certæ fuissent, solus autem fideicommissi euentus incertus, ut in d. l. 1. & d. l. de fideicommissio. Vel si in fratrum potestate fuisset ut fideicommissarium facerent eum, quem testator non fecisset. Sed his omnibus cessantibus quæ nec ex facto, nec ex iure sumi poterant, apparet nihil prorsus interesse an fratri præmortuo restituta sit pars hereditatis inuito fratre qui solus superstes fuit, an eo consentiente. V-

troque .n. casu & iuris stricti ratio & voluntas testatrix & consequenter rei æquitas irritam facit pro ea parte restitutionem. † Sic explicatis iis omnibus quæ ad huius loci interpretationem pertinent, restat ut ex ipsis verbis legis probemus, Tribonianum legem esse non Vlpiani. Primum autem colligi id potest ex eo quod textus habet decretum illud D. Marci à Scæuola relatum fuisse. † Constat. n. apud me, Scæuolam decessisse ante tempora Marci Imperatoris, nec ad eius ætatem peruenisse. Quæ in re videnda sunt, quæ scripti li. 14. cop. 4. Quare nec liber vllus Scæuolæ relatus est in quo ita scripserit, sed, quod verò prudentes facere solent, præsertim cum Scæuolæ auctorē laudant, sic simpliciter scriptum est Scæuola D. Marci, &c. Sed nec poterat Vlp. Scæuolæ auctoritate moueri ut præmaturam fideicommissi restitutionem haberet pro bona eo casu quo fideicommissarij persona tunc certa non esset. Neque .n. ignorabat contrarium Scæuolæ responsum à nobis supra citatum, quod in d. l. uxorem 41. §. Scæuola marit. de leg. 3. quo ipso loco longè accommodatius poterat decretum D. Marci à Scæuola referri, si Scæuolæ notum fuisset quam ab Vlpiano factum sit in d. l. mulier. Quod si quis iam miretur, † Cur ergo Scæuolæ nomen Tribonianus hic supposuerit potius quam alterius Iureconsulti qui post Marci tempora floruerit, duplex impræsentiarum ratio mihi occurrit. Illa primum quod magni & post Papinianum fortasse præcipui inter omnes nomen erat Scæuola, nec immerito sanè, tãquam qui & perspicacissimus fuisset, & supra ceteros, quod mihi mirum in modum placet, iuris religiosissimus, nec poterat decreto Diui Marci maior laus & fides accedere quam si à Scæuola referretur & probaretur. Altera quod meminerat fortasse Tribon. (ut mendacem memorem esse oportet) alio Pandectarum loco corruptum à se quoddam Scæuolæ responsum, ut aliud eiusdem Marci rescriptum protraheret ad speciem longè dissimilem, de qua fuerat Scæuola consultus. Locus est in l. Pamphilo 39. de legat. 3. de cuius etiam sententia & interpretatione scripsimus eo lib. 14. ca. 3. Vt .n. verisimile fieret quod falsum erat, Scæuolam ad ea vltima tempora peruenisse, in quibus Marcus solus imperasset, faciendum fuit ut qua alia iuris parte rescriptum aliquod vel decretum Diui Marci aut à Scæuola referretur aut ab eo relatum diceretur. † Mouet me secundò hiatus ille Vlpiano ceterisq. prudentibus insolitus, quem video in illis verbis, Scæuola Diuum Marcum in auditorio de huiusmodi specie iudicasse refert Brasidas quidam &c. Tertio quod ait iudicasse, Verbum .n. est indignum Imperatoria maiestate. Dicebatur namque Imperator pronunciare aut ius dicere, non etiam iudicare, quod nec magistratibus maioribus licebat salua dignitate, ut probat locus ille Marci Tulij ad Quintum fratrem, Quid? Prætor solènt iudicare debent? † Quarto reliquis ipse cõtextus verborum & abundans & intercisus, longè alius quam soleat esse Vlpiani, maxime verò in libris disputationum, in quibus videtur ille Papinianeam & breuitatem & elegantiam affectasse, ut ostendunt leges omnes quæ in Pandectis extant iis ex libris desumptæ, quamquam nobilius exemplum nullum proferri potest quam quod obuiam est in eleganti illo §. cum proponeretur, alijque §§. eiusd. legis. † Quinto suspicionem auget dictio mortalitatem, quæ etsi Iureconsultis nostris non est incognita, diuerso tamen sensu ab iis accipitur, scilicet in abstracto potius, ut ita dicam quam in concreto, ut in l. illud quoque 40. Digest. de post. hered. & in l. nam et si 15. in princ. De inoffic. testam. quomodo & idiomate Gallico sunt ista separata morte & mortalitate † Denique

† Denique ne nimius Aristarchus videar si verba singula persequar, mouet me postremus ille versic. Secundum hæc dicebam, & in proposita quæstione decretum Diui Marci esse trahendum. Vlpianus enim proculdubio scripsisset ad propositam quæstionem, aut potius ad propositam speciem propter vim & constructionem verborum trahendum, non autem ut Tribonianus in proposita quæstione, sicut & in sequentibus illis, & rectè fideicommissum utriusque solutum scripsisset multo elegantius utriusque non utriusque. Neque rursus credibile est Vlpianum tam breuiter & ieiunè de Diui Marci decreto ad eam speciem protrahendo quæ tantoperè dissimilis esset sententiam suam expositurum fuisse, sed rationem aliquam allaturum quæ tot obiectionibus quas supra fecimus aliqua saltem ex parte satisfaceret, ne quid temerè vel audacter & contra iuris rationem respondisse videretur, quod ipsum tamen parum curandum fuit Triboniano, cui satis erat semel monuisse in constit. 2. de confirm. Digest. §. tanta autem. 10. mutatas à se plerasque leges si quid vitæ sunt habere non rectè, transpositumque in melius etiam si quid aliqua imperiali antiquorum Imperatorum constitutione in aliam dictum fuerat formam, solis Iureconsultorum nominibus seruatis, veneratione, ut ait, antiquitatis, sed legum veritate ut ipse gloriatur sub Iustiniani nomine facta sua, ut quicquid in Pandectis & in Codice legimus, sic accipiamus, quasi ex folijs Iustiniani ore prudentiæque profectum.

CAPVT VII.

Ad §. vtrum autem l. apud Iulium. II. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMARIA.

- 1 Rescriptum Diui Pij in §. vtrum d. l. apud Iulianum ad dissimilem planè speciem à Triboniano tractum fuisse.
- 2 Quæstionem in d. l. propositam cum §. proxime præcedente nihil commune habere & dubitatione carere.
- 3 Absentis procuratori, si id desideret hereditatem ex Trebelliano restitui posse.
- 4 Non ob stare quod per liberam personam alteri acquiri nihil possit.
- 5 Procuratorem hoc casu cum mandato esse oportere.
- 6 Cautionem de rato ab eo exigere quum de mandati iure & potestate dubitatur.
- 7 Procuratorem hic intelligi merum & simplicem, non qui in rem suam constitutus est.
- 8 Triboniani responsonem in d. §. ad hanc quæstionem proculdubio pertinere, an absente fideicommissario heres per eius procuratorem cogi possit hereditatem, quam volebat, adire & restituere.
- 9 Quum de fideicommissarij mandato & voluntate dubium nullum est, heredem equè per fideicommissarij procuratorem ac per fideicommissarium ipsum cogi posse, ut hereditatem adeat & aditam restituat.
- 10 Heredem qui a Prætoris coactus adiit, & absenti procuratori restituit, nullo in damno morari, sed planè securum esse.
- 11 Heredem quum absenti voluntas minus euidentis est, ne quidem si locupletissime ei caueatur adire cogendum.
- 12 Rationem illam d. §. nec vereri heredem oportere ne in damno moretur, accommodatorem esse ad persuadendum heredi ante coactionem ut sponte adeat, quam ut post coactionem vllum ex aditione periculum vereatur.
- 13 Tribonianens Grecismus in d. §. iudicatur.

- 14 Species rescripti Diui Pij in d. §. relati.
- 15 Prima dubitatio in specie eius rescripti.
- 16 Seruo libertatem nondum consecuto licet hereditas restitui non possit, permitti tamen adire Prætorum ut ad aduendam hereditatem cogat.
- 17 Quid in specie dicti rescripti obstaret quominus heres per Albina filiam ad aduendam hereditatem compelli possit?
- 18 Si seruus non à legatario, sed ab altero ex heredibus libertatem, ab altero fideicommissariam hereditatem accepit, neutro ex heredibus adire volente nullas partes Prætoris in compellendo esse.
- 19 Superiore tamen casu eum à quo relicta hereditas fuit ad aditionem & restitutionem interdum compelli.
- 20 In specie dicti rescripti, quia ad compellendum heredem Prætoris fideicommissarij nullas partes erant, aduendum Imperatorem fuisse.
- 21.22.23. Triplicem in illa specie æquitatis rationem suadere ut ad aduendam hereditatem scriptus heres cogatur.
- 24 Tres illas rationes multo fortiore & iuris & æquitatis ratione superari.
- 25 Remedium in dicta specie nouum excogitandum fuisse ne heres adire coactus ex ea aditione damnum vllum sentiret.
- 26 Remedium illud à Diuo Pio excogitatum quodnam fuerit?
- 27 Eius rescripti casum specialissimum esse & ad aliam speciem vix trahi posse.
- 28 Alia species ponuntur in quibus Diui Pij rescripto locum non esse contenditur.
- 29 Nihil Diuum Pium à iuris regulis alienius constituisse potuisse, quam ut bona de iuncti heredem habentis quasi non habentis venderentur.

Quod † à Triboniano circa decretum Diui Marci factum esse ostendimus in l. mulier. 22. in prim. D. ad SC. Trebell. ut quamuis specialem haberet rationem ex probata testantis voluntate deriuatam, ad aliam tamen prorsus dissimilem speciem protrahendum id esse diceret sub nomine Vlpiani: Idem ab eo nunc factum esse probabimus citra rescriptum Diui Pij, de quo in §. vtrum autem l. apud Iulianum. II. eod. tit. qui locus Vlpiani quoque nomen præ se fert, licet meo iudicio totus sit Triboniani. † Quæstio illa proponitur, vtrum præsentem etiam absentem restitui possit hereditas procuratore aduente prætorum. Proponitur verò his verbis vtrum coniunctim superioribus quasi commune aliquid habeat cum iis in §. prox. præced. Idem Vlp. ex Iuliano tractauerat de confirmandis patris tabulis ut ex substitutione pupillari possit heres cogi adire & restituere hereditatem. Quod tamen quam dissimile & disparatum sit nemo videt. Hinc namque mihi faciendum visum est nostræ contra Tribonianum disputationis exordium. Ipsa autem quæstio, qualis sit & quam habeat dubitandi rationem non facile animaduerto. † Nemo enim vnquam ex prudentibus dubitauit, quin etiam absenti procuratori si id desideret restitui posset hereditas ex Trebelliano, saltem præstita per procuratorem cautione de rato si minus euidentis absenti voluntas proponeretur ut ex Iuliano Paulus tractat in l. qui iia. 66. §. etiam absenti eod. tit. Nihil enim refert an nobis an alij ex voluntate nostra restituatur hereditas siue mandauerimus siue ratum habuerimus, sicut & aliàs contingit quoties tractatur de solutione eius quod nobis debetur, l. soluitam. 49. & pass. D. de solut. Restitutio enim hereditatis solutio debiti est, licet etiam successio sit cum ex ea

tionem suam repudiaverit, vel condicione exclusus sit, ita ut portio eius ad alterum pervenerit. cum nihil intersit quo iure debitor & libertatis & hereditatis idem esse coeperit, ut Papinianus ibidem subiungit, aut si in superiore casu data libertatis à legatario decesserit legatarius viuo testatore, quod cum evenit, ià in heredis potestate est, ut manumisso restituit hereditatem *d. l. non est cogendus in fin.* Sed & si ponas eum ex coheredibus à quo data libertas fuit, & admissè hereditatem & libertatem dedisse, priusquam coheres portionem suam adisset, de qua restituenda grauatus esset. Cum enim hoc casu iam liber sit is cui hereditas fideicommissaria debetur, nihil prohibet quominus grauatam coheredem qui adire non vult cogat & adire & restituere *d. l. cogit. §. vlt. vbi & rescriptum aliud diui Pij refertur*, quo hoc ipsum constitutum est, sed ita tamen ut non tam nouum ius & extraordinarium eo rescripto inductum, quàm quod ex certissima iuris ratione iam obtinebat, confirmatum fuisse videatur.

20 † At in ea specie de qua nunc disputamus, & ad quã aliud eiusdem Pij Imper. rescriptum pertinet, de quo *in d. §. vtrum*, data erat libertas filia Albina, eidemque fideicommissariae, non ab vno ex coheredibus qui portionem suam agnouisset, ac testatoris voluntati satisfecisset (vnus enim tantum heres scriptus erat, qui præterea suspectam dicebat hereditatem) sed ab Albina matre eademque libertatis suae legataria, quae ipsa tamen, neque dum libera erat, neque libertatem consequi poterat ante quàm adita esset hereditas; neque rursum heredem cogere ut adiret, cum ut supra dixi ex Papiniano nunquam compellendus sit heres ut adeat, seque actionibus hereditariis adstringat propter legatum. Ob idque ut puto, cum Prætoris fideicommissarij nullae partes essent, ut heredem compelleret, ad eundem fuit Imperator, qui nouo casu extra ordinem prouideret, ac rei aequitate motus, nimiam hanc iuris asperitatem aliquo remedio temperaret. †

21 Occurrebat autem triplex aequitatis ratio, quae suaderet ut ad hereditatem ad eundem scriptus heres cogere-
retur. Prima illa, quod duplicis libertatis fauor in hac specie versabatur, vnius directae quae ipso iure competitura erat Albinae statim atque adita foret hereditas. Alterius fideicommissariae, quam Albina facta libera, propriae filiae debitura erat statim atque filiam sibi ab herede ex fideicommissio traditam accepisset. Duplicis autem libertatis iacturam fieri siue ex pertinacia, siue ex meticulosa cunctatione heredis durius sanè erat, quàm si de solius fideicommissariae libertate tractandum fuisset. † Secunda, quod minùs verendum erat, ne adita hereditate maneret heres implicitus oneribus hereditariis propter legatum, si fortè mora fieret præstandae libertati fideicommissariae, atque inter moras decederet Albinae filia, cui hereditas restitui debuisset: qua vna ratione mouetur Papin. *in d. l. non est cogendus*, ut neget cogendum adire heredem, cum ab eo hereditas duntaxat, à legatario verò libertas relicta est. Quis enim crederet futurum ut Albina mater moram facere vellet in præstanda filiae libertate? Nam si libertatis fideicommissariae præstationem illud retardasset, quod in filia ipsa matri ex fideicommissio præstanda heres prior moram fecisset, imputare sibi deberet ille, postmodum defuncta interim filia ante restitutam hereditatem, cur non fuisset diligentior in præstando fideicommissio, sicut nec heredi succurri solet; quoties in eius potestate est ut fideicommissarius ad libertatem perveniat, eique postea hereditas restituatur. *d. l. non est cogendus in fin.* Certum namque est heredem qui moram faciat in filia ex fideicom-

missio tradenda matri quae fideicommissariam libertatem dare debeat, moram quoque libertati fideicommissariae facere videri, & consequenter restitutioni hereditatis fideicommissariae, quae pendeat ex libertate. *l. si quis seruo. §. 4. de leg. 2. l. si cui legatum. §. 2. in fin. de condic. & demor. §. 1.* Heres autem qui est in mora præstandi fideicommissio planè indignus est cui subueniatur, si non ex iusta causa distulerit restitutionem, *d. l. postulante in princ.* Itaque cum in casu proposito non posset fieri mora restitutioni fideicommissio nisi per heredem ipsum, non erat cur hunc prætextum causaretur heres, ne hereditatem adire cogere-
retur. † Tertia & præcipua ratio aequitatis, & quae diuini Pij mouisse præcipuè videtur, illa erat. quod Albinae filia, cui per fideicommissum restituenda erat hereditas, pupilla proponeretur, ideòque tãto fauorabilior & dignior cui prospiceretur, cum sibi illa propter ætatem prospicere non posset, quae si pupilla non fuisset fortassis aut precibus, aut qua alia ratione impetrasset ab herede ut sponte adiret hereditatem. Nanc enim potissimam rationem fuisse quae Pij rescriptum expresserit, non obscure innuit Papin. *in l. seq.* cum scribit de eo rescripto tractans, licet in alia specie rogato heredem ex parte instituto de portione sua restituenda sub condicione, constitutum esset ab eodem Imp. non esse constitutioni suae locum, neque pupillum extra ordinem iuandum, si nouum beneficium cum alterius iniuria postularetur. De quorum tamen verborum sententia, quoniam paulò obscurior est, dicendum nobis erit latius cap. 9. infr. † Sed has omnes aequitatis machinas, illa multò fortior & iuris & aequitatis ratio prosternebat, quod nulla quoque mora facta, neque per heredem in fideicommissio præstando Albinae, neque per Albinam in manumittenda filia, facile tamen fieri poterat ut ante manumissionem filia eademque fideicommissaria moreretur, atque ita maneret heres adstrictus oneribus hereditatis, quem non nisi coactus adisset. Non enim ex eo solo onerari posset, quod per eiusmodi aditionem libertas Albinae obtigisset, cum neque Albinae hereditatem restituere iustus esset, neque Albina postulante adire coactus fuisset, quae nec ob solam libertatem sibi datam cogere illum potuisset. *l. si patroni. §. 5. qui fideicommissam. vers. nec ad rem pertinebit. D. eo.* Quis verò æquum putet aut patiat, morari in damno heredem quem inuitum prætor adire coegerit? † Fuit igitur ob eam causam aliquod medium excogitandum ne ius nouum & extraordinarium ei captiosum esset cui nihil posset imputari. Parum enim erat violari iuris rationem & regulam, in eo quod postulante Albinae filia quamuis nondum libertatem consecuta cogere-
retur heres adire, si modò indemnitati eius prospiceretur, ne damnum vllum ex aditione sentire posset, si fortè interim fideicommissaria decederet, cum nec aliam ferè ob causam ius hoc ita constitutum sit, quàm huius periculi metu: postquam fauore libertatis placuit, ut qui spem libertatis & hereditatis habet, licet interim seruus sit, aditum tamen & per se habeat ad prætorem, *d. §. non est dubitatum*, possitque heredem cogere ut adeat, & libertatem præstet & hereditatem restituat. Nimirum si heres idem & libertatem debeat & hereditatem. Vix enim ratio alia reddi possit, quàm hæc ipsa quae à Papiniano reddita est in *d. l. non est cogendus*, si quaeratur, quamobrem hoc casu non etiam illo quo libertas à legatario & hereditas ab herede relicta sit, permittatur seruo ut cogat heredem. † Remedium autè à Diuo Pio excogitatum illud fuit ut perinde permittatur venditari bona Antistiae testatricis, ac si nullus ei heres fuisset.

fuisse. Sic enim sit ut neque Albina, neque Albinae filia iniuriam patiantur, quibus singulis libertas cuique sua conferatur, Albinae directae, filiae fideicommissariae cum fideicommissio hereditatis, neque damnificatus heres qui ut prætoris imperio pareret coactus adiret, neque oneretur existimatio defunctae cuius bona veniunt, quoniam idem contigisset, si hereditatem quam suspectam diceret heres adire compellitur non fuisset. Vtique autem non compellisset eum prætor vel Imperator, si aliquo casu vel tantillum dani aut incommodi ex coactione ipsi accidere posse credidisset. Satisque fuit hæc tenus fauori defunctae inducitur contra iuris rationem ut aliquo saltem casu posset illa heredem habere etiam inuitum, quem alioqui nullum prorsus habuisset. Neque verò aliud quicquam erat quod D. Pius constituere posset, aut melius, aut æquius ut inuita iuris ratione, & inuito heredem voluntatem defunctae, & libertates testamento relictas, sine cuiusquam iniuria tueretur. † Sed nemo non facile iudicabit ex superioribus quam specialis hic casus sit, quamque proprias, & planè suas habeat rationes, ut non facile ad aliam speciem vllam trahi possit. Finge Albinae filiam non matri legatariae libertatis propriae, sed extraneo relictam esse per fideicommissum, & ab extraneo illo legatario datam ei fideicommissariam libertatem. Non erit locus rescripto, quia nec duplicis libertatis fauor tunc concurreret, nec tam facile sperandum erit manumissum iri Albinae filiam à legatario, cuius tamen moram in manumittendo, sicut non esset æquum nocere heredi, si post aditionem decederet illa in seruitute, ita nec ius nouum extorquere in fauorem fideicommissariae, cui ius commune & ordinatum sufficere deberet. Atque ita Papinianum sensisse apparet, ex *d. l. non est cogendus*, quae vnicuique esset delenda, si ad eam speciem rescriptum D. Pij trahi posset: quod tamen à Papiniano ignoratum fuisse dici non potest, cum eius expressim meminerit in *d. l. sed cum ab herede. 12. eod. tit.* quae sumpta est ex eodem libro Papiniani, quo & *d. l. non est cogendus*, scilicet ex vicefimo quaestionum. Nec sanè minùs in ea specie quàm in hac de qua tractamus, remedio locus esse posset, ne propter legatum maneret heres adstrictus oneribus hereditariis, permittatur nimirum venditione bonorum defuncti, ac si heredem non habuisset, si eadem ratio aequitatis facere posset, ut à iuris regulis distedere liceret ad necessitatem remedij vltro inducendam. † Finge plures fuisse scriptos heredes, & ab vno datam libertatem, ab altero fideicommissariam hereditatem. Idem Papinianus in *d. l. si res §. 1. eod. tit.* negat vllas esse partes prætoris, in compellendis ad eundem heredibus, aut altero eorum si neuter adire velit, ut iam diximus. Negat igitur in ea quoque specie locum esse rescripto Diui Pij, ex quo scilicet dicendum esset cogendum vtrumque heredem & adire & restituere, tunc permittendam distractionem bonorum defuncti, si ante restitutam hereditatem fideicommissarius moreretur. Quid enim obstare posset: Finge denique tractari de fideicommissario qui non sit pupillus, ut in *d. §. 1. l. si res, & d. l. non est cogendus*. Tantus non erit fauor fideicommissarij, ut inuita iuris prudentia cogendus sit heres adire suspectam hereditatem, aut ut post aditam quoque hereditatem, quod à iure non minùs abhorret defuncti bona perinde distraherentur, ac si hereditas adita non fuisset, *arg. d. l. sed cum ab herede. † Nam cum hereditatis aditio sit facti, l. pro herede. 20. & pass. D. de acquir. hered.* indeque fiat, ut qui semel heres fuit, nunquam defi-

nere possit heres esse, *l. an prætor. 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. ei quis solvendo. 38. D. de her. inst. nihil potuit Diuus Pius constituere, quod à iuris regulis alienius esset, quàm ut venderentur bona defuncti heredem habentis quasi non habentis: ut ex eo apparet quod in hac ipsa leg. apud Iulianum in princ.* scribit Vlp. nosse ex Iuliano, si legatum fuerit heredi instituto relictum hac condicione, si heres non erit, & ob hoc suspectam dicat hereditatem ne perdat legatum, non esse illud admittendum, ut quasi hereditatem non adierit quam adire coactus, sic legatum à coherede suo petat (adire enim, inquit lex, licet coactus, & coacta voluntas verè voluntas est, ut ad eum locum Accurs. notat ex *l. si mulier. 21. §. pen. D. quod met. caus. l. si pare cogente. 22. D. de rit. nupti.*) sed magis probandum esse ut offerri ei oporteat, præstarique quantitatem legati à fideicommissario, tum eo facto adire compellatur: Quod & Paulus, respondit in *l. debitor. 59. in fi. prin. D. eod.* Nec quod scriptum est in *d. l. si mulier. 21. §. pen.* Ei qui per vim vel metum coactus adire hereditatem, hæc tenus per prætorem subueniendum esse, ut habeat abstinenti facultatem, & consequenter bona defuncti venire necesse sit, quasi non adita hereditate, ut & in *l. cum hereditate. 55. D. de acquir. hered.* ad casum de quo tractamus porrigi potest, in quo licet coactus heres adierit, non tamen per vim & metum, sed vigente imperio prætoris, cuius certè dignitati non conuenit, ut quod ipse fieri iussit, eodem loco habeat, ac si per illicitam vim & coactionem factum esset: quod eueniret si pro non herede haberet illum quem inuitum heredem fieri coegisset.

CAPVT VIII.

Ad vers. vlt. d. l. apud Iulianum, & ad l. ille à quo. 13. in princ. eo. tit.

SVM MARIA.

- 1 Verba illa dicti versiculi, restituatur fideicommissaria hereditas cum negatione legenda esse.
- 2 Emendantur illa eiusdem versiculi verba, ei qui compulit adire & restituere sibi hereditatem.
- 3 Accursij interpretatio ad verbum restituatur.
- 4 Heredem in diem vel sub condicione de restituenda hereditate rogatum, si coactus à Prætoris ante diem vel condicionem restituerit, non remedio rescripti Diui Pij, sed Pegastiani SCti auctoritate indemnem seruari.
- 5 Sententiam l. ille à quo. 13. ff. ad SC. Trebel. cum l. sed et si. 9. eod. tit. coniungendam esse.
- 6 Heredem alio loco adire iussum, licet Reipub. causa ab sit, a quo cogendum adire & restituere vbi abest.
- 7 Præsentiam illorum contra quos decernitur tunc esse necessariam, quum eo decreto ladi possunt.
- 8 Heredem de restituenda hereditate rogatum, si adire iussus antequàm declarauerit, dicat se deliberare, non eo minùs statim adire cogendum, etiamsi sit in legatione.
- 9 Rogatum sub condicione vel in diem, si ante diem vel condicionem coactus adcat & restituat, actiones ex Trebelliano SCto in fideicommissarium transmittere.
- 10 Vera ratio propter quam per illum heredem adire cogendum ante diem & non expectata condicione hereditatis restituenda est.
- 11 Verba illa d. l. à quo. secundum ea quae ostendimus. Tribonianus potius quàm Ulpiani esse.
- 12 Fideicommissariam hereditatem in specie dicti rescripti filia relictam quum nubilem ætatem compleue-

- rit, non ex illo rescripto sed ex iure communi concessim & ante conditionis euentum restitui posse.
- 13 Heredem rogatum, si sub conditione scriptus sit, non ante conditionis euentum restituere cogi.
 - 14 Suspectam hereditatem dicere effectu nihil aliud esse, quam repudiare.
 - 15 Repeitur ratio propter quam heres de restituenda hereditate sub conditione grauatus, ante conditionem restituere cogatur?
 - 16 Differentia inter conditionem qua institutioni, & eam qua fideicommissio inseritur.
 - 17 Necessesse non esse in specie d. §. vtrum l. apud Iulianum distractionem bonorum hereditarium permissi.
 - 18 Speciem in princip. d. §. vtrum, propositam in omnibus & per omnia acusu rescripti ibidem relati diuersam esse.
 - 19 Non eo magis in dicta specie necessarium fore D. Pij rescriptum quod praetor ait falsis a Praetore intrauerit ut heredem cogere possit.
 - 20 Casus quo in ipsa eius rescripti specie extraordinarium illud remedium de bonis post aditam hereditatem distrahendis necessarium non est.
 - 21 Cur Diuus Pius in ea specie rescripserit heredes haecenus subueniendum ut Antistia bona per hereditarios creditores distrabantur?
 - 22 Verba haec ex quibus casibus solet euenire in §. sed si quis 6. l. i. ff. de separat. Triboniani esse.
 - 23 Rescriptum Diui Pij locum habere quum fideicommissary persona nec ulla est, nec unquam fuit.
 - 24 Sententia Triboniani in verbis illis d. §. vtrum, cum possit euenire, & c. reprehenditur.
 - 25 Multa in specie eius rescripti facienda esse vel saltem à Triboniano proponi facienda priusquam ex fideicommissio restitui possit hereditas.
 - 26 Quum de permittenda in specie, eius rescripti, bonorum defuncta Antistiae distractione queritur, distinguendum esse, an ante, an vero post manumissionem fideicommissaria decesserit.
 - 27 In primo rescripti capite, quod est de cogendo herede ad adeundum ut libertates conseruentur, nullam distractionem adhibendam esse.
 - 28 Peculiare SCtum necessarium fuisse, ut seruus cui libertas & fideicommissaria hereditas relicta est heredem ad hereditatis aduentionem & restitutionem cogere possit.
 - 29 Hereditate restituta manumisso qui coactionis tempore seruus erat, hereditarias actiones in eum ex dicto SCto transire.
 - 30 Eo SCto manumissum ianum non autem eius heredem comprehendi.
 - 31 Totum illum §. vtrum, Triboniani esse.

Haec cum ita sint quae hucusque contra Tribonianum disputauimus, fateor ingenuè me non intelligere quid sibi velit vir bonus in vlt. illo versic. qui sic habet, Cum igitur demonstrauerit Diuus Pius succurri heredi instituto, qui compulsus adijt, dici potest etiam in ceteris causis exemplum hoc sequendum, sicut venerit, restituitur fideicommissaria hereditas ei qui compulsi adire & restituere sibi hereditatem. Primùm autem non dubito quin scripserit ille aut scribere voluerit, ne restituitur fideicommissaria hereditas. Nam cum restituitur hereditas ex fideicommissio, quae nam obsecro, tubelle potest aequitas aut necessitas inducendae constitutionis D. Pij? Aut quis ex tempore vsus esse potest SC. Trebelliani, si in casibus omnibus restituendae vel restituae hereditatis rescriptum Diui Pij locum habere debuit. Sed neque id esset sequi exemplum rescripti,

vt Tribonianus loquitur, cum in ea specie de qua Diuus Pius rescripserit, non fuerit restituta hereditas, eaque ratio sola remedij necessitatem induxerit, quod defuncta ante restitutionem fideicommissaria Albinæ filia futurum alioquin erat vt heres qui compulsus adierat, oneribus hereditariis mergeretur. Secundum quod non debuerat in sequentibus ita scribi, ei qui compulsi adire & restituere sibi hereditatem. Implicat enim contradictionem, vt hereditas non sit restituta ei qui compulsi adire ad restituendam sibi hereditatem. Fecitque is error fortasse vt negationem illam quam nos reponimus, sustulerit imperitus quidam interpres, vt verborum contradictionem effugeret, non animaduertens ita futurum, vt quod est longè indignius, sententia ipsa contradictionem haberet. Bonus verò Accursius non parum laborat vt se expediat, ac primùm verbum illud restituatur, sic interpretandum esse ait, restitui postuletur, suppledo quod necessariò suppleri debere sensit, nec tamen restituatur, quod prorsus improbabile fuerit. Deinde magis probat, vt proprie accipiatur de hereditate restituta, sed ante diem aut conditionem fideicommissario postea mortuo ante diei vel conditionis euentum, quasi sensus sit, Vbiunque vnus heres solus & purè institutus est, idemque rogatus hereditatem restituere in diem vel sub conditione, si ante diem vel conditionem restituat fideicommissario, qui ante diei quoque aut conditionis euentum decedat, indemnem heredem seruari oportere. Nimirum permisa distractione bonorum hereditariòrum, ac si nemo heres fuisset. Sic enim Accursium sensisse necesse est, vt accommodata sit interpretatio ad textum in quo scriptum est, In huiusmodi causis omnibus sequendum esse rescriptum Diui Pij. Et ob id, vt puto locutus est de eo herede qui solus fuerit institutus, ne pugnet quod in l. seq. Papinianus scribit ab eodem Diuo Pio rescriptum fuisse, non esse locum suae constitutioni, si ab herede pro parte instituto fideicommissum sub conditione relictum proponatur. Et tamen aperte falsa est haec interpretatio. Et si enim heredem qui in diem vel sub conditione rogatus hereditatem restituit ante diem vel conditionem, coactus à praetore, indemnem seruari debere verum est, non tamen id fit eo remedio quod Diuus Pius induxit, vt defuncti bona perinde distraherentur, ac si adita hereditas non fuisset, sed autoritate senatusconsulti Pegasiani, quo sicut inductum est, vt cogi heres possit ad adeundum, ita & eo ipso prouisum ne ex eiusmodi coactione damnum vllum sentire debeat, sed transeant actiones omnes ex Trebelliano in eum qui coegit, d. l. quia poterat. 4. l. cogi. 16. §. eadem Marcianus querit eod. Qui sensus est Vlpiani in l. ille à quo 13. in princ. eod. cum ait illum à quo sub conditione fideicommissum hereditatis relictum est non posse quid causari ne condicio deficiat & hæreat actionibus, id est, non posse eo pretextu reculare quominus ad adeundum cogi se patiat, cum, inquit, nullum damnum sit futurum secundum ea quae ostendimus. Est enim illa lex desumpta ex Vlpiani lib. 4. fideicommissorum, ex quo & d. l. quia poterat, itemque lex sed etsi alio loco. 9. cod. tit. in qua etiam tractat de herede suspectam dicente, & adire coacto: & cum qua potius videtur prima illa sententia l. ille à quo, coniungenda. Non ob id solum quod in §. vlt. d. l. sed etsi, tractatur de herede scripto sub conditione. At in d. l. a quo, de herede grauato sub conditione, sed etiam propter versic. qui sequitur in d. l. ille à quo iam igitur non desideratur heredis praesentia. Est enim id omnino alienum à praecedentibus,

cedentibus, nisi referatur ad d. l. sed etsi, in qua idem Vlp. scripserat, si heres alio loco iustus sit adire & restituere causa abest, æquè cogendum cum & adire & restituere vbi abest, ac proinde non esse necessariam praesentiam, neque in loco vbi hereditatem, & ipsius praesentiam, neque apud praetorem adiri & restitui defunctus voluit, neque apud praetorem ex cuius imperio & iurisdictione fiat coactio. Nam sicut hereditatem reculare heredes non solum praesentes, sed etiam abentes, & per epistolam postulant, ita & aduersus abentes eos postulant decreuerunt, siue certior sit eorum voluntas recusantium adiurum, siue incerta, vt idem Vlp. & restitueret hereditatem, siue incerta, vt idem Vlp. scribit in l. recusare. 6. in princ. cod. quae ex eodem quoque libro quarto fideicommissorum deprompta est, adeò inquit, praesentia eorum non est necessaria. Nè pe quia tum solet decernitur, cum ex eo decreto contra quos aliquid decernitur, cum ex eo decreto legi possunt, l. nam ita. 39. D. de adopt. l. vlt. D. de natal. rest. l. de vnoquoque. 43. D. de re iudic. At extra omne damni periculum est is qui per praetorem adire compellitur. Quidni ergo aduersus eum licet absentem & ignorantem decretum impetrari poterit? Nec enim faciet decretum quominus sponte adire possit si velit, quando non adit coactus, saltem quando suspectam non dixit, cum etsi suspectam dixisset, ac pendente fideicommissi conditione adire coactus fuisset, Falcidiam penitendo posset inducere, vt Papin. loquitur in l. §. si parvoni. 55. §. quid ergo, si non alij cod. tit. quamuis non etiam si vel purè rogatus vel post impletam conditionem dixisset suspectam, & adire coactus fuisset, l. nam quod. 14. §. qui compulsus eod. l. 4. in fin. C. eod. Vnde illud etiam est quod si adire iustus antequam voluntatem suam declarauerit, dicat se deliberare, non sit audiendus, nec eò minus cogendus vt statim adeat, etiam si sit in legatione, sed cum hoc tamen temperamento vt non statim restituat, sed vt reuersus domum si putauerit sibi expedire, commodo falcidiae vel testamenti utatur, vel si non putauerit, restituat totam hereditatem onera patiat, si legatus. 30. eod. tit. vt apparet non tam ad auferendum heredi beneficium iuris deliberandi coactionem hanc fieri, quam ad collocandū in tuto fideicommissum re ante aditionem decedens heres fideicommissarium decipiat, vt Vlp. loquitur in §. d. l. ille à quo. Eademque ratio facit vt quamuis non nisi in diem vel sub conditione fideicommissaria hereditas relicta sit, heres tamen statim cogi possit ad adeundum, ne alioqui fideicommissum facile intercederet si dies aut condicio expectaretur, atque interim heres moreretur Nec eò minus tamen verum est transire ex Trebelliano actiones. Nam quod dici solet, siue ante diem, siue ante impletam conditionem restituta sit hereditas, siue denique aliter quam quomodo testator voluit, impediri translationem actionum, d. leg. sed etsi ante, l. si mulier. 59. §. ex asse D. de iur. dot. tunc verum est cum heres sponte adit, & restituit, non etiam cum coactus. Cur n. aut quomodo possit translationem impedire coactio, quae & senatusconsulti Pegasiani autoritate fit, & imperio praetoris, nec ad aliū finem quam vt actiones transferantur? Nam siue Senatusconsulti Trebelliani verba inspicimus, propter quae potissimum id ius constitutum est, vt disputauimus in praecedentibus, non possunt illa obstare restitutioni, quae fiat ex alio Senatusconsulto, id est, ex Pegasiano per quod Trebelliani forma & potestas hoc casu immutata fuit, siue testatoris voluntatem attendimus, ad quam maximè verba Senatusconsulti Trebelliani videntur respectisse, non potest videri quicquam fieri contra voluntatem, tametsi hereditas purè restituatur, quam

in diem aut sub conditione restitui voluit, cum si ea co actio non esset, tota voluntas intercederet destituito testamento. Quamquam si quaeratur, cur per heredem adire coactum restituenda sit hereditas ante diem, & non expectata condicione, verior ratio illa est, quod frustra expectaretur condicio cuius euentus aut defectus nihil operaretur, l. qui fundum. 87. §. si in ex parte ad leg. Falci. l. aliquando. 13. §. vlt. in illis verbis, quo criminum bonum est expectare conditionem vel diem cum in ea causa sit prior iste debitor vt omnimodo ipse debeat suscipere actionem? Dig. ad SC. Velleian. l. si quis ita scripserit. 33. ff. de her. inst. Atquin etiam si deficeret condicio sub qua restituere rogatus fuit is qui adit coactus, nõ eò magis tamen hereditas remanere posset penes eum qui coactus adisset. Ergo neque quod condicio possit deficere, facere debet vt restitutio differatur, neque quod postea condicio defecerit, potest eum effectum habere, vt ex restitutione iam facta non possint videri tractatae actiones, d. l. ille à quo in princip. cuius verba illa, secundum ea quae ostendimus, nequeas referre ad ea quae de rescripto Diui Pij proximis disputata sunt in d. §. verum, quin adscribenda sint Triboniano potius quam Vlpiano nõ enim aut necessarium, aut conueniens est, vt ad eam speciem qua heres rogatus sub conditione coactus fuerit hereditatem adire, statimque restituere, rescriptum Diui Pij accommodetur, vt diximus, praesertim ex qua parte permittit distractionem bonorum hereditariòrum, tanquam non adita hereditate. Nã in ea ipsa rescripti specie placuit hereditatem confestim restitui ex fideicommissio, quae ex verbis testamenti non aliter restituenda erat, quam si Albinæ filia, eademque fideicommissaria nubilem ætatem compleuisset: Quod ipsum non tam rescripto nouo quam iuri communi & ordinario tribuendum est, siue namque fideicommissi dies incerta sit vt illa, cum nubilem ætatem compleuerit, ea obtinent, quae modò diximus, quia pro conditione est, l. si cui legeretur. 49. de leg. 1. l. si Titio. 22. ff. quando dies legat. ced. Siue sit certa, non potest deficere, tantòque facilius permittendum est, vt restitutio fieri possit cõtemporis, quorum lucrum non magis retinere potest heres qui adit compulsus, quam aliud vllum commodum quod ex eo testamento proficiscatur, l. ita tamen. 27. §. qui suspectam, d. l. si parvoni. 55. §. quid ergo in fi. ad SC. Trebell. Planè si heres sub conditione scriptus sit, aliud est, & quamuis suspectam hereditatem dicat expectandus est euentus conditionis, si casualis illa sit aut mixta, sin promiscua, vt Iureconsulti nostri loquuntur, aut vt interpretes, potestatiua, cogendus est heres vt eam impleat, si neque difficultatè habeat, neque turpitudinè. Alioquin ab initio remittenda est, vt Caius scribit in l. facto. 63. §. si sub conditione. cod. vbi ratione reddit, quod absurdum sit plus à praetore tribui ei qui fideicommissum petit, quam testator voluerit. Vtrique autè testator, nisi expleta condicione, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit neque per hunc voluit illi restitui hereditatem. Prius siquidè est vt heredi delata sit hereditas, quam vt eam adire possit, siue sponte, siue coactus, l. delata. 15. de verb. signif. aut etiã repudiare, l. nec is 17. in fi. de acquir. hered. quia vt in l. seq. Paulus ait, is repudiare potest qui & acquirere. Quid porrò aliud est in effectu suspecta dicere, quam repudiare? nisi quod repudiatio sit solenniùs, quam nuda recusatio? Illa enim fit in iure duntaxat, l. 3. & 4. C. de repud. her. hæc quoquomodo d. recusari. 97. ff. eo. l. 16. ff. ad Trebell. aut quo modo hereditatem restituere potest is qui nondum potest adire, d. l. sed etsi alio loco. 9. §. vlt. ad Trebell. Dices, Hanc ipsam rationem facere debere vt ne pos-

fit heres cogi restituere statim hereditate, de qua fuerit rogatus sub condicione, tamen si coactus adierit, quoniam cum hoc fit plus tribuitur fideicommissario quam voluerit testator. At respondeo, quod supra iam attigi, fieri hoc ex necessitate, propterea quod nihil profit expectari euentum condicionis, quæ etiam si deficeret non inde tamen fieret, vt fideicommissum intercederet, cuius conseruandi gratia heres adire coactus fuisset, aut vt lucrum ex eo aliquod penes heredem remanere deberet, qui suspectam dicendæ fideicommissi omnem sibi praripuisse, si non ante condicionis euentum pœniteret *d. s. quid ergo*, quo loco quod Papinianus tractat de herede qui pendente condicione adire coactus sit, certum est ad eum pertinere, qui sub condicione non institutus fuerit, sed rogatus: quæ & vna est ex Accursij expositionibus. † Denique cõdicio adiecta institutioni, suspendit aditionem & repudiationem, quousque impleta sit si non remittatur, iis nimirum casibus, quibus placuit ab initio remitti. At condicio inserta fideicommissio, nihil nisi fideicommissi petitionem & acquisitionem suspendit. Cui porro suspensioni locus nullus relinquitur, cum heres adire coactus planè indignus est, qui ex hereditate, adeoque ex testamento retinere quicquam possit. Imò dignus omnino est, cui damnum condicionis infligatur, quomodo idem Papinianus loquitur in alia specie multò dubitabiliore. *l. Imperator. 50. eod. tit.* Quod enim retinere heres non potest, qui iam adit, prorsus necesse est vt in fideicommissarium transferatur, & fit vtrumque eiusdem senatusconsulti Pegasiani autoritate. † Et consequenter vt ad Diui Pij rescriptum redeamus, nil necesse est hoc casu permitti distractionem bonorum hereditariorum, siue is qui sub condicione rogatus fuit, solus & ex asse heres institutus fuerit, siue ex parte cum iuris ratio repugnet, quæ facit vt bona hereditaria per aditionem defierint esse hereditaria, factaque sint patrimonium heredis, *l. vlt. D. si pars hered. per. l. sed si plures. 10. §. filio impuberi, & §. ad substituutos de vulg. & pupil. substit.* nulla verò æquitas nos cogat vt iuris rationem violemus ad succurrendum heredi adire coacto, qui facta restitutione tutus & indemnus est potestate senatusconsulti. Illa namque distinctio, An heres institutus sit ex asse, an ex parte non nisi ad eam speciem pertinet, de qua D. Pius rescripsit: vt sequenti capite dicemus. Alius igitur casus vel vnus saltem quærendus est, in quo possit locum habere quod in fine *dict. leg.* apud Iulianum scriptum est, sequendum esse exemplum rescripti. Præsertim cum verba illa legis, *in ceteris causis*, non obscure innuant eiusmodi casum non vnum aut alterum, sed plures reperiri posse. † An igitur, ne in aliis quærendis frustra laboremus, ille vnus saltem erit, cuius gratia tam longus de rescripto D. Pij nobis habendus sermo fuit? Illum intelligo de quo in primis verbis, *§. vtrum autem*, instituta est disputatio, si heres qui suspectam dixit, coactus sit postulante absentis fideicommissarij procuratore, vt & adiret, & restitueret. At qui casus hic in omnibus, & per omnia diuersus est à casu rescripti. Nam in illo non poterat ad adeundum heres cogi, neque per Albinam, quæ libertatis duntaxat legatum acceperat, neque per Albinæ filiam eandemque fideicommissariam, quamuis pupillam quod status eius ex legato penderet. *d. l. non est cogendus.* Ideoque fuit æquum succurri & duplici libertati, & pupillari ætati quantum citra heredis iniuriam & captionem fieri posset. At in casu nostro si verus procurator sit is, qui absentis fideicommissarij nomine vult heredem cogere, nihil cauæ est, cur non habeat ius cogendi, pe-

rinde ac is ipse cuius est procurator, sin nullo modo procurator est, vel insufficientis, aut obscurum mandatum habeat, nullo modo est audiendus, ne quidè oblatæ cautione de rato, vt supra diximus. Deinde in casu rescripti ea ratio obstat, ne & libertatibus & pupillæ fauere Imperator posset, tamen si vellet, quod euenire poterat vt ante datam fideicommissariæ libertatem fideicommissaria ipsa decederet, atque ita beneficium Principis in concedendo iure cogendi heredis esse captioium heredi. Si non illud quoque remedium excogitatum fuisset, vt eo casu bona defunctæ vendi possent, ac si nullus ei heres extitisset. At in specie, de qua tractamus, nihil tale accidere vnquam potest. Nam si mandatum & idoneum & apertum non habeat is, qui cogit, cum omnimodo repellendus sit nullus quæstioni locus relinquitur. Sin tale habeat, quale habere debet, vt audiri possit, vsque adeò fideicommissarium obligat, cuius est procurator, vt numquam possit ille postea pœniterendo fideicommissi restitutionem recusare. Sed etsi fortè decederit ante restitutionem, nihilo magis periclitari heres potest, quia vel fideicommissarium decedisse ponimus, aliquo herede relicto, vel nullo. Si aliquo, eadem vtique ipsius, quæ autoris ratio erit, vt recusare non possit restitutionem quam defunctus recusare non potuisset. Sin nullo, non idè tamen erit necesse inducere rescriptum Diui Pij, quia non defuncti bona, tanquam defuncti vendenda erunt, sed fideicommissarij peræque ac si post restitutam hereditatem decedisset, *d. l. postulante. 44. leg. si postulante. 67. eod. tit.* Nullo igitur casu potest locus esse rescripto D. Pij, cum heres & adire & restituere coactus est per absentis fideicommissarij procuratorem. Nam si poneret obreptum fuisse prætori, & procuratorem falsum quasi verus esset impetrasse à prætore vt heredem cogere posset (quo casu proculdubio factum falsi procuratoris neque fideicommissario, neque heredi eius nocere deberet vt hereditatis restitutionem ex fideicommissio suscipere compellerentur) non putarè idcirco necessarium fore rescriptum D. Pij ad indemnitate heredi præstandam, quia in promptu esset dicere nullius momenti esse decretum prætoris obreptitium, *l. tres tuores. 55. §. vlt. D. de admin. & peric. tu. l. 1. §. l. magis puto. 5. §. pen. De reb. eor. qui sub tutel. idèque vel pro nõ facto habendum esse ipso iure, vel saltem rescindendum per in integrum restitutionem l. Diuus. 33. D. de re iud. Elset. n. per absurdum & periniquum deficere iuris auxilium ei qui à prætore prius circumuento fuisset ipse circumuentus, eique captioiam fieri necessitatem quam habuit parendi. *l. non videntur. 167. §. qui iussu De reg. iur.* cum is damnum dicatur dare qui iubet, eius verò culpa nulla sit cui parère sit necesse, *l. is damnum dat. 169. eod. l. si quis. 7. §. doli mali D. de iurisd. l. ait. prætor. 7. §. 1. D. de minor. l. quanquam. 4. D. de aqua & aqua plu. arc. l. iniuriarum. 13. §. si quis quod. D. de iur. † Sed & quod magis est in illa ipsa specie de qua Diuus Pius rescripsit (quod nescio an quisquam adhuc obseruarit) facile fieri poterat vt non sit necessarium remedium illud extraordinarium de bonis defuncti post aditam hereditatem distrahendis. Nec si ponas si fideicommissariam Albinæ filiam nondum restituta hereditate decedisset. Nempe si post adeptam ex causa fideicommissi libertatem decederit. Ex eo namque tempore cū incipiat esse capax habendi patrimonij tanquam alia persona quælibet libera sique iuris, habeatque in bonis si non hereditate ipsam fideicommissariam, saltem ius persequendi fideicommissi, desinit esse necessarium auxilium rescripti, quod in id vsque**

tempus

tempus necessarium fuerat ad heredis indemnitate, quoniam sine deede dat illa cum herede non magis heres poterit recusare restitutionem quam ipsa potuisset. Si verò sine herede parata erit actio creditoribus. Si non tantum ipsius fideicommissaria, si qui sint, sed etiam hereditariis in bona omnia per fideicommissariam relicta, in quorum numero etiam illa continebuntur, quæ fuerunt in hereditate restituenda ac si fuisset restituta. *d. l. postulante*, idque non iure aliquo extraordinario, sed communi, quod iam est comparatum vt quisquis heredem hereditati & actionibus hereditariis omnibus, atque si eo ipso instanti facta restitucio fuisset, *d. l. si postulante. 67. in princip. D. co.* Maxime verò, si tale quid contingat quod impediatur ne post aditionem restitui amplius hereditas possit, etsi non video quisnam eiusmodi casus excogitari queat præter hunc ipsum de quo nunc agimus quo fideicommissarius decederit sine herede ante restitutionem. † Itaque si quis quærat, Cur Diuus Pius in illa specie rescripsit subueniendum heredi, hætenus vt Antistia bona per hereditarios creditores distrahantur, nõ illa ratio adferenda est, quod fideicommissaria decederit sine herede, sed quod decederit sine bonis, ac prius quam bona vlla habere posset, nimirum ante adeptam libertatem. Sic enim fit vt non possit permitti creditoribus, hereditariis distractio bonorum, quæ nulla sunt fideicommissarij, qui nec ipse vilis intelligitur, quædiu liber non est, quia quod attinet ad ius ciuile & prætorium, serui pro nullis habentur, *l. quod attinet. 32. D. reg. iur. iunct. l. qui testamento. 20. §. serui quoque ff. qui testam. fac. poss. l. nullo modo. 7. D. ad l. Corn. de fals. extra calum. d. l. mulier. 22. §. non est dubitandum. D. ad SC. Treb.* Idque est quod Vlp. scribit in *l. 1. §. sed si quis suspectam. D. de separ.* vbi de eodem D. Pij rescripto loquitur nõ esse hoc casu personam cui restituatur hereditas. † Quamquam Tribonianum quoque iudicio meo valde redolent in eo §. verba illa *ex quibus casibus solet euenire*, non solum quia scripsisset potius Vlp. *ex quibus casibus*, sed etiam quia, vt probauimus, nullus omnino casus est in quo possit euenire vt postquam heres coactus adit persona non sit cui restituatur, extra casum ipsius rescripti. Cum si iã liber factus fideicommissarius decedat ante restitutam hereditatem habeatur restitutio pro facta *d. l. postulante. & d. l. si postulante*, idèque bona ipsius venduntur non defuncti. Sufficit. n. aliquando fuisse personam licet iam nulla sit. † At rescriptum D. Pij locum habet cum fideicommissarij persona nec vlla est, nec vnquam fuit. Ac proinde cum nõ possint distrahi bona fideicommissarij quæ nulla sunt nec bona quoque heredis distrahi æquum sit qui adit cõpulsus à prætore, illud vnũ relinquitur vt defunctæ bona vendi oporteat quasi nunquam adita hereditate. † In quo seipsu decipisse videtur Tribonianus in *d. §. vtrum*, cum ita scripsit, *cum autem possit euenire vt ante decedat ea cui fideicommissaria libertas & hereditas relicta est, nec oportet damno adfici eum, qui coactus* (sic. n. scribere Tribon. debuit, non rogatus) *adit hereditatem, remedium dedit vt si quid horu contigerit, perinde permittatur, &c.* Scilicet si sic intellexit, vt remediũ necessarium fuit in omni casu quo Albinæ filia ante restitutionem decederit: quomodo eum sensisse probant verba illa *vt ante decedat iunctis iis sequentibus. si quid horu contigerit.* † Nã in præcedentibus, ponit multa faciendæ esse priusquam ex fideicommissio restitui possit hereditas. Primum cogendum heredem adire vt directam libertatem Albinæ possit tibi vindicare, deinde ipsi Albinæ tradendam esse filiam ab herede ex fideicommissio. Tertiò à matre ipsa manumit-

tendam. Quartò tutore filiam impuberi & manumissa dandam, quo autore postea restitui possit hereditas. Postremò vt ea restitutio petatur non per tutore sed per pupillam ipsam tutore autore. *l. restituta. 37. §. vlt. cum duob. Jeqq. co. 11.* In quibus omnibus faciendis, nemo non videt mora opus esse & tempore, præsertim verò in dâdo tutore filiam post manumissionem, petendâque per pupillam tutore autore hereditatis restitutionem. Ideoque facile potuisset euenire vt fideicommissaria decederet ante restitutam hereditatem. † Errauit itaq. Tribon. in eo quod distinctio illa ex mente D. Pij recipiendam esse putauit. An fideicommissaria decederit ante an post restitutionem: cum illa duntaxat distinctio adhibenda fuerit, An illa decederit ante an post manumissionem. i. an persona aliqua sit, cui hereditas restitui possit, an non sit, vt Vlp. loquitur in *d. l. 1. §. sed si quis suspectam. D. de separ.* Nimirum quod attinet ad rescripti remedium reducendum permittendamque distractionem bonorum defunctæ Antistia: † Nam quod ad primum rescripti caput de cogendo herede ad adeundum vt libertates cõferentur, concurrente præsertim fauore pupillaris ætatis in persona fideicommissariæ, nulla distinctio adhibenda est, sed id tantum obseruandum ne rescripti ius tã noui & extraordinariũ ad aliã vllã specie trahatur, quia nec alia vlla species potest occurrere, quæ valde dissimilis non sit, aut in qua etiam maximè similis videatur non aliud ius constitui oporteat, vt apparet ex *d. l. si res. 52. §. 1. & d. l. non est cogendus. 53. eod. tit.* Et sanè non fuisset inducta primo rescripti capite coactio heredis si non fuisset excogitatum remedium alio rescripti capite introductum: Sicut nec fuisset necesse non ius constitui in herede cogendo cuius indemnitate ex solo senatusconsulto Pegasiano consultum fuisset, quia senatusconsulti ius cõmune sufficere potuisset, antedè scilicet autoritate alterius senatusconsulti de quo Marcellus in *d. l. postulante*, quo cautum fuit vt si postulante seruo cui & hereditas & hereditas ab herede relicta fuerit, heres adire coactus sit, non possit manumissus recusare quominus ei restituatur hereditas. † Fuit .n. senatusconsultum illud necessarium, non quod alioqui sit in potestate illius qui cogit heredem adire vt post aditionem recuset accipere hereditatem, aut quod noua ipsius voluntate opus sit ad exonerandum heredem, (nã, vt diximus, quisquis heredem vt adeat cogit siue per se siue per procuratorem, hoc ipso se obligat oneribus hereditariis quandoque per restitutionem suscipiendis, si talis persona sit quæ obligari possit) † sed iure profusus singulari persona manumissi, qui cum coactionis tempore seruus fuerit, nec nisi propter spem consequendæ libertatis & hereditatis aditum habuerit ad prætorem, neque tunc potuit se obligare ciuilitè & efficaciter, quia liberorum hominum adeoque Romanorum proprium ius illud est vt obligentur, quemadmodum vel ipsa obligationis diffinitio demonstrat in illis verbis *secundum nostram ciuitatis iura, Inst. de oblig. in princ. l. nec seruus. 41. de pecul.* neque rursus ex antegesto, id est ex eo quod in seruitute fecisset post manumissionem conueniri posset, *l. 1. & tot. tit. an seruus pro suo fact. post manum. ten. C.* atque ita consecutus libertatem heredi impune illuderet quem hereditariis actionibus herere necesse esset, si non in eam rem senatusconsultum factum fuisset, † Senatusconsultum, inquam, non Trebellianum vt vulgo interpretes sentiunt, aut Pegasianum (fuerunt enim illa generalia, & ad heredes omnes & fideicommissarios pertinentia) sed aliud quod de manumisso duntaxat locutum fuit, adeò vt nec manumissi heredem complexum sit, quemadmodum Marcellus scribit in *d. l. postulante*, vbi & hu-

§ ff 2

vt malè Accursius existimat. Etsi enim heredi adire coactio consulere Diuus Pius voluit & debuit, ne actionibus hereret si ante factam hereditatis restitutionem fideicommissarius decederet; id tamen non fecit nisi per consequentias vt fauore fideicommissarij potest heres cogi ad adeundum, neque iustam illam rationem haberet excludendae coactionis, quod fieri posset vt adita hereditate in alterius commodum ipse oneribus & negotiis hereditariis inuitus mergeretur. Quid enim egebat rescripti beneficio heres, qui suspectam diceret hereditatem? Aut quid aliud fieri poterat per creditores hereditarios, non aduente herede, nisi vt bona defunctae venderentur? Quid denique ob stare, quominus ea venditio fieri posset iure communi, & citra rescripti vilius auctoritatem? Fuit ergo nouum beneficium necessarium, non heredi, sed fideicommissario, vt fauor qui fideicommissario fieret ad heredis iniuriam non porrigeretur. Numquam enim iustus Imp. fideicommissarij gratia induxisset, vt contra iuris rationem cogi posset ad adeundum heres, à quo hereditas duntaxat non etiam libertas seruo quantumuis pupillo relicta esset, nisi proposito quoque remedio per quod heredis indemnitati abundè prospèctum videretur. † Ad eò cauere bonus Princeps semper debet, ne quae vni beneficia & priuilegia concedit, alij cuiquam sint captiosa, vel ad iniuriam occasionem trahi possint, l. 2. §. meruo. & §. si quis a Principe ff. ne quid in loc. publ. l. Papius notat, §. ff. de prat. stip. l. nam quod. 14. §. 1. ff. ad SC. Trebell. vbi scriptum est, si herede repudiante hereditatem quam pupillo restituere rogatus erat bona defuncti venierint, praetorem nec pupillum quidem in integrum restituere debere nisi ex causa, idque etiam à Diuo Pio rescriptum fuisse, nempe quod id fieri non posset citra iniuriam eorum qui res hereditarias publicè ac sub hasta comparassent. † Quo tamen loco vide, vt hoc obiter monèa, ne inepto interpreti potius quàm IC. tribuendum sit quod in prima §. parte aditum est, si iusta causa allegentur. Nam is qui repudiavit hereditatem, perinde cogendus est adire postulante fideicommissario, ac si suspectam tantum dixisset, nec aliam causam à fideicommissario allegari necesse est quàm quod suo periculo hereditatem adiri velit, vt & Accursius ad eum locum bene vidit. Ineptum interpretem fefellit, quod vulgò iactari solet, non posse heredem adire hereditatem quam repudiauerit, l. sicut C. de repud. her. Sed id non pertinet ad hunc casum quo adire cogatur alieno, & lucro & periculo, sicut nec quod aequè vulgare & verum est, non esse quenquam cogendum vt adeat hereditatem sibi delatam, siue lucrosam, siue damnosam l. 4. ff. ad SC. Trebell. l. nec emere. 16. C. de iur. de iur. Sed hoc obiter, vt praemonui & ferè extra rem dictum sit. † At si hac prima interpretatio Accursij verbis Papiniani non conuenit, multò minus iuris rationi. Nec enim vlla in integrum restitutione indiget heres siue pupillus, siue alius, vt non cogatur adire propter eum qui libertas à legatario, sola verò hereditas ab ipso herede relicta sit, quia cum fideicommissarij status hoc casu pendeat ex legato, nec prius possit ei hereditas restitui, quàm factus sit liber, non patitur iuris ratio vt heres adstringat se actionibus hereditariis propter legatum, quem admodum in superioribus disputauimus ex Papiniano in leg. non est cogendus. 53. iunct. §. vltim. leg. precedent. ad Senatusconsultum Trebellianum. Et verò quandiu heres non adit, quid obsecro esse potest, contra quod possit petere, in integrum restitutionem? Vtique enim obligationem aliquam subesse necesse est contra quam restitutio postuletur, leg. creditorum

18. Digest. de senatusconsulto Macedoniano, leg. qui contra. 11. Digest. de fideicommissor. Nemo autem dixerit obligatum esse heredem vt adeat, cum pro se habeat regulam iuris quae negat cogendum quemquam adire damnosam hereditatem, leg. nec emere. 16. Cod. de iur. delib. aut suspectam l. quia poterat. 4. D. ad SC. Treb. ne quidem ex Papiniano, si quid sit quod impediatur ne transire possint actiones omnes in cogentem, dict. leg. non est cogendus, leg. nam quod. 14. §. non omnis leg. cogit. 16. d. l. non est cogendus. 53. §. 1. ff. cod. iur. Quod si in herede quolibet hac verè disputantur, quanto magis in pupillo haec tenus saltem vt non sit deterioris conditionis quàm ceteri quibus hac in re ius commune patrocinatur? Quare nec in pupillo tractari hoc casu potest, quod ait Pap. non esse iuuandum pupillum extra ordinem si nouum beneficium postulet cum alterius iniuria, quia non postulat nouum beneficium pupillus, qui iure communi patrocinante negat cogendum se adire. Nec cum alterius iniuria, tamen ex eo futurum sit vt fideicommissus intercidat, quia non videtur fraudè vel iniurià comminisci qui fraudè & iniurià excludit, l. cum p. iur. 77. §. Titio fratri amep. De legat. 2. nec cuiquam interdictum est vt omittat hereditatem sibi delatam si sine fraude id faciat, l. quia autem. 6. §. si paronum in fin. D. si quis cum. ff. de test. l. si postulant. 67. §. 1. D. ad SC. Trebell. quod autem. 6. §. 1. & §. si iuriam D. qua in fraud. credit. Denique constat pupillum vt & alium minorem quemlibet, non aliter in integrum restitui posse beneficio aetatis quàm si laesus proleatur, l. nam postea quam. 9. §. si minor. D. de iur. iur. i. verum. 11. §. iuueniam. l. quod si minor. 24. §. non semper. D. de minor. Quam autem laesio incidere potest in adeunda hereditate priusquam sit adita? Non ignoro minori qui damnosam hereditatem adit succuri solere vt possit abstinere, quia hic deceptus est, inquit Vlpian. in lau. prator. 7. §. sed nisi hereditatem. Sed antequàm adeat, nego posse illum tacti velit restitui cum non sit laesus, adeo vt neque restitutio vlla ei necessaria sit etià si agatur de paterna hereditate, in qua est ille suus heres ipso iure. l. 1. & 2. C. si vt min. ab hered. se abst. in. Nimirum quia citra restitutionem habet minor quilibet beneficium abstentionis ex edicto praetoris quandiu se non immiscuit, l. necessarius. 57. D. acquir. hered. Sed etsi eum casum tractarem in quo potuisset olim necessaria esse pupillo in integrum restitutio ante rescriptum Diui Pij, tamen quid attineret post rescriptum illud quo heredibus omnibus in eiusmodi specie adire coactis iurisdictionem esset disputare de restitutione in integrum, quae heredi maiori annis viginti quinque nec necessaria foret, nec villo aetatis priuilegio concedenda? † Secundus casus vt si vnus ex heredibus pure institutus rogatus fuerit de restituenda hereditate pupillo sub conditione, & is sponte adierit non sit locus rescripto Diui Pij, ex qua parte iubet statim restitui hereditatem non expectato euentu conditionis, neque in ea re iuuari pupillus debeat beneficio restitutionis in integrum quando id fieri non posset, citra iniuriam rogati, què cum sponte adierit hereditatem, aequum non est teneri ad praestandum fideicommissum, cuius condicio vel nondum impleta sit vel iam defecerit. Sed tamen innumera sunt quae nec hanc interpretationem patiuntur. Nam si ponimus heredem sponte adisse, quid interest an solus an ex semisse fuerit institutus? Aut quam dubitandi ratio esse potuit propter quam vel hoc vel illo casu videtur fauendum pupillo haec tenus, vt ei pure restitueretur hereditas quae non nisi sub conditione relicta esset? Siquidem totum illud ius quod etiam ante rescriptum

scriptum Diui Pij obtinuisse supra diximus, vt heres qui compulsus adit etiam sub conditione fuerat rogatus, cogatur statim restituere, non ex alia causa proficitur, quàm quia non aliter satisfieri possit Senatusconsulto Pegasiano, quod non patitur vt penes eum qui adire coactus est, aut lucrum aut damnum vllum remaneat ex hereditate. Deinde quoniam obsecro, colore posset hoc casu pupillus impiorare in integrum restitutionem? cum nihil ipse fecerit, nec in vlla re laesus sit? Aut contra quem, vel contra quid? Siquidem nec aliud quicquam ab herede grauato factum ponimus, nisi quod sponte adit hereditatem. Omnis autem restitutio, siue ex capite minoris aetatis siue ex alia qualibet edicti parte competat, non ad aliud dari non potest, quàm vt vel fiat quod factum non est, vel quod factum fuit rescindatur. An ergo in hoc laesus intelligetur, quod heres sponte adierit hereditatem, quam si coactus adisset, fideicommissum vtique pupillo representare non expectato conditionis euentu debuisset? At quis vnquam audiit cogendum què fideicommissarij gratia, & vt plenior sit fideicommissi restitutio adire coactum, tamen si sponte adire malit? An verò facit dolo, pupillumve laedit heres qui sponte adit hereditatem, in eoque & suo & communi ac perpetuo iure vitur? l. si duorum 42. D. de act. empt. Et è contrario an laeditur pupillus qui similiter iure communi vitur, & hereditatem fideicommissariam sibi sub conditione debitam non recipit ante impletam conditionem? l. vlt. C. de integr. restit. minor. d. l. facta 63. §. si sub conditione. D. ad SC. Trebell. inter eos 51. §. cum inter. D. de fideicommiss. nihil consensit 116. §. non capitur. de regul. iur. Denique cum restitutio in integrum quolibet, vel erroris proprii venia petitionem, vel aduersarij circumuentionis allegationem contineat, vt Hermogenianus loquitur in leg. praefecti 17. D. de minor. quid est quod se, vel de herede conqueri possit pupillus fideicommissarius, cum heres sponte adit hereditatem, eamque non prius ex fideicommissio restituere vult, quam impleta sit condicio sub qua fuit rogatus? † Tertium casum fingit Accursius de pupillo qui fuerit institutus pure, & rogatus sub conditione, quem negat audiendum esse iuuandumque rescripto Diui Pij, si post aditam sponte hereditatem, & defuncto ante conditionis euentum fideicommissario nolit ille teneri creditoribus hereditariis. Neque enim sine iniuria creditorum id ei posset indulgeri. Subinde tamen fateatur Accursius, quod & verum est, posse hoc casu pupillum iuuari per in integrum restitutionem, si damnosam adierit hereditatem ex tut. Cod. si vt ab hered. se abstineat. Sed expositio haec omnium ineptissima est & à Papiniano sensu alienissima. Quid n. hoc casu refert, an ex asse, an ex parte duntaxat fuisset pupillus institutus? Aut quid attinet tractare de rescripto Diui Pij, si pupillus sponte adierit? Cum rescriptum illud non aliud induxerit, nisi vt in sua specie cogi heres posset ad adeundum, quia alioquin cogi non poterat. Itè vt adire coactus indemnitas omnimodo seruaretur, etià si fideicommissarius ante decederet, quàm ei restitui hereditas posset. Denique si verum est quod Accursius in aliis expositionibus scripsit, iuuari tunc pupillum extra ordinem cum in integrum restituitur, an potest Papiniano conuenire interpretatio quae det in integrum restitutionem pupillo, quem Papin. tam apertis verbis negat extra ordinem iuuandum esse? Aut quid effectum ipso interest, an pupillus per in integrum restitutionem, an per Diui Pij constitutionem adiuuetur? † Et error Accursij & ceterorum interpretum in eo fuit quod existimauerunt mutari casum, vt loquuntur in illis ver-

bis, neg. pupillum extra ordinem iuuandum, quasi in precedentibus nihil dum tractatum esset de pupillo: non animaduertens imò verò constitutionem illam Diui Pij, de qua in §. vlt. l. praeced. pertinere ad eam speciem in qua hereditas per fideicommissum pupillae relicta esset. Quod facile obseruare poterant, non ex eo solum quod inter cetera quae rescripto continentur, illud vnum est, de tutore dando fideicommissariae quo tutore posset ei restitui hereditas. Sed ex illo etiam quod fideicommissum sub ea conditione relictum proponebatur, cum ipsa nubilem aetatem compleuisset. † Fatendumque certè est ius illud tam nouum, & vt ita dicam exorbitans quod ex rescripto inductum fuit, niti potissimum fauore pupillaris aetatis, vt in superioribus à nobis dictum est, & hic Papiniani locus mirificè confirmat. † Itaque non alius quaerendus erat casus de quo Papin. intelligi deberet, potèam is ipse de quo rescriptum loquebatur; cuius potètam cessare aequum fuit, eo casu quo fauor pupilli vrgeret in dispendium alterius, non fideicommissarij vel heredis vel creditorum, vt in tribus illis casibus Accursij, sed coheredis cum fideicommissum ab eo relictum fuit, qui non nisi ex parte institutus erat, vt explicauimus. Ex quo apparet manifestius, quàm verum sit quod toties diximus, rescriptum hoc Diui Pij, sicut specialissimam habet rationem, ita suis finibus coercendum, nec ad aliam vllam speciem protrahendum. Aequè verò ridiculus est Accursius cum tantoperè laborat, an sequens l. illis a quo, coniungenda sit cum hac l. an cum §. vlt. l. abud Iulianum, quorum neutrum sanè dici potest. Habet enim separatam sententiam, & cum iis potius coniungendam, quae idem Vlp. eod. lib. 4. fideicommissorum tractauit in l. 4. 6. & 9. eod. tit. secundum ea quae hac de rescriptum in precedentibus.

CAPVT X.

Emendatio & explicatio §. si heres. l. cogi 16. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMARIA.

- Huius loci obscuritas.
- Accursij interpretatio ad verba illa vel legatarius, reuocatur.
- Differentia ab eodem constituta inter speciem huius §. & speciem l. non est cogendus ff. ad SC. Trebell. remouetur.
- Fieri in d. §. non posse vt si vnus heres scriptus fuerit, eum Stichus ad adeundum cogere possit.
- Ponendum esse in specie d. §. si ego, coheredem, datum fuisse qui pro sua portione hereditatem adierit.
- Distinctionem legatarius, e verbis illis vel alius legatarius, delendum esse.
- Quid Accursio in horum verborum interpretatione errandi transactionem praeuertit?
- Etiā verbis illis emendatis dubitationem in d. §. si superesse cur Stichus permittatur, vt me adire & restituere cogat.
- Accursij solutio ad hanc dubitationem examinatur.
- Verba illa eiusdem §. Stichus cogere me possit & c. cum interrogationis nota legenda esse.
- Paragraphum vltimum d. l. cogi ad decisionem questionis in §. si ego, immediate, praecedente proposito pertinere.
- Exemplum decisionem à Triboniano non ab Vlpiano relatum fuisse.
- Ex primis §. vlt. verbis probatur, in specie d. §. si ego, duas heredes scriptas fuisse.

enim si nolint illi se subiicere iurisdictioni? An nulus erit magistratus qui in eos possit ius dicere? Deinde si nihil aliud obstat ne in eos ius dici possit, nisi quod neque par in parem, neque inferior in superiorem habeat imperium, quod prohibebit Consullem tanquam maiorem magistratum ius dicere in prætorem? Nec tamen id quisquam in proposito recte dixerit, quia constat De fideicommissis eorumque restitutionibus in vrbe non fuisse cognitionem Consullem aut alterius magistratus, sed solius prætoris in eam rem constituti, qui & ob hanc causam prætor fideicommissarius dicebatur: ut Tribonianus refert in §. 1. *Instit. de fideicom. hered.* cum Diuus Claudius primum duos prætores creasset qui de fideicommissis ius redderent, quorum alterum postea Diuus Titus detraxit, ut Pomponius memorat in *leg. 2. §. capta deinde Sardinia. D. de orig. iur.* Sed neque videre possumus cur & prætor & consullem cogere nequeat prætor qui de fideicommissis cognoscit, cum si prætor consulve heres institutus sit, de quo eo ad aditionem & restitutionem cogendo tractetur, censendus sit, quod ad hanc attinet tanquam priuatus, non tanquam magistratus. Proinde non potest ad rem pertinere ratio illa quod par in parem non habeat imperium, multoque minus inferior magistratus in superiorem. Id enim tunc verè dicitur, cum prætor tanquam prætor ius dicere vult in prætorem tanquam prætorem aut in consulem tanquam in consulem, non etiam cum vel in hunc vel in illum tanquam priuatum. Quid enim priuati iure vtetur prætor & consul, cum in huiusmodi casus ipse quoque Princeps eo iure vtatur? *l. cum heredes 7. C. qui testam. fac. poss.* Nisi quod plerumque vt principalem maiestatem decet tractant Principes liberalius, nec solum sponte restituunt, sed etiam totum, id est ne retenta quidè quarta quam alius heres quilibet etiam inuito testatore retinere posset, aut si præcepta vel retenta certa re vel summa rogati sint restituere, licet id minus quam quarta pars esset, non patiuntur tamen quicquid amplius vindicari, vt Marcianus scribit, & à Diuis Traiano, Hadriano & Antonino rescriptum esse testatur in *l. si legatus 30. §. vlt. D. ad SC. Treb.* cuius loci non dubito quin hic proprius & germanus sensus sit, ab Accursio quoque bene perceptus. Etsi video clarissimum Iureconsultum Iacobum Cuiacium longè aliter interpretari ad Nouell. *De her. & Falc.* Sic nimirum vt si heres iustus sit sine vlla perceptione hereditatem restituere, nonnumquam condonata ac remissa sit quarta rescripto Principis accedente ad defuncti voluntatem. Quæ interpretatio sanè improbabilis est. An enim dici possent Principes donasse quartam, quæ non iis sed heredi instituto debebatur? An non potius id esset eripere quam donare? Aut quodnam nouum genus liberalitatis videretur id donare fideicommissario quod heredi eriperetur? Denique sine lege ac sine exemplo illud est, vt ante Iustiniani constitutionem potuerit Trebellianica magis quam Falcidia prohiberi: Obstat enim quod ad falcidiam autoritas legis falcidia: quod ad Trebellianicam autoritas senatusconsulti, nec credibile est ei testatoris voluntati quæ contra legem & contra senatusconsultum esset, bonos Principes in dispendium heredis fauere vnquam voluisse. Sed is tractatus ab instituta disputatione alienus est. Nam id tantum nunc agimus vt ostendamus Principem quoque cum heres scriptus est & de restituenda hereditate rogatus ius commune cum cæteris habere, quomodo loquuntur Imperatores in *dict. l. cum heredes.* Multo igitur magis fatendum est & prætorem & Consullem & cæte-

ros quantumuis maiores magistratus si heredes scripti sint & rogati, debere vt iure communi, ac proinde pati vt per heredem fideicommissarium sicut & quilibet alij heredes cogi possint. Quod etiam pertinet, quod in *l. sed & qua 5. cod. tit. ex Marciano scriptum est, eos quoque qui magna præditi sint dignitate, vel autoritate, harenarij quoque vel eius mulieris quæ corpore quantum fecerit hereditatem restituere compelli.* Ad quos enim melius id referre possit quam ad magistratus qui non tantum dignitate magna præditi sunt, sed etiam autoritate: Siquidem qui magistratus non sunt, licet antea fuerint, puta viri consulares, dignitatem duntaxat habent, sed autoritatem non habent. Mouisse Tribonianum illud videtur quod idem Vlpianus noster scribit in *l. 3. §. vlt. De recept. qui arbitri.* arbitrum cuiusque dignitatis cogi per prætorem vt officio quod susceperit perfungatur, etiam si sit consularis, nisi forte inquit in aliquo magistratu vel potestate positus sit, consul forte vel prætor, quoniam in hos (sic enim legendum est non in hoc) imperium non habet. Ratione illa quæ ex Paulo subiicitur seq. quod magistratus superiore imperio cogi possint, at pari nullo modo: Nam & sic locus ille construendus est, & in illis verbis aut pari imperio legendum non aut. Falsum enim est quod alioqui verba sonarent, magistratus non magis superiore quam pari imperio cogi posse, cum eadem lex dicat inferiores magistratus per prætorem cogi posse. Sed obseruare Tribonianus debuit, Interesse quam maxime an agatur de cogendo magistratu vt sententiam dicat, an verò vt hereditatem adeat, de qua restituenda sit rogatus. Arbitr enim quodammodo iudex est, & arbitri sententiam dicimus sicut & iudicis, *leg. diem proferre 27. §. stari & pass. cod. tit.* quia redacta iam olim fuerunt compromissa ad instar iudiciorum, *l. i. l. non distinguemus 32. §. item si quis Roma in fin. cod. l. rem non nouam 14. §. patroni. C. de iudic.* Proinde cum publico officio fungi videatur qui arbiter est, nec sit dubitandum quin sententia à prætore vel à consule reddita licet tanquam ab arbitro multo maioris sit autoritatis quam si à priuato reddita esset, siue ante magistratu, siue in ipso magistratu personæ huiusmodi arbitrium susceperint rectissime constitutum est vt neque prætor neque consul per prætorem cogi possit, vt de compromisso sententiam ferat, quoniam ita fieret, vt eadem autoritas, quæ sententiam corroboratura esset per iubentis prætoris coactionem & imperium quodammodo violaretur. At cum prætor vel consul heres instituitur, & hereditate per fideicommissum restituere iubetur, nihil habet ea res commune cum potestate & autoritate qua præditus ille est iure magistratus, ideòque nihil fit contra decorum, nec magistratus dignitas villo modo ostenditur, tamen tanquam alius quilibet priuatus hereditatem & adire & restituere per prætorem fideicommissarium, cuius propria ea iurisdictionis est, compellatur. Sic dicimus, Consullem si minor sit annis viginti, seruos suos apud se manumittere non posse, cum ipse sit qui ex SC. consilij causam examinat, non possit autem & consullem & priuati vice fungi, ob idque apud collegam suam manumittere debet vt idem Vlpian. scribit in *l. vnic. in fi. ff. de offic. consul.* Et tamen actus ille manumittendi iurisdictionis est, quamuis voluntariæ non contentiosæ, & hoc casu proculdubio ius dicit collega in collegam, at non tanquam in collegam, sed tanquam in priuatum. E contrario dicimus non posse parem aut minorem magistratum restituere in integrum aduersus sententiam patris vel superioris magistratus, *l. presc.*

Ad §. vlt. l. facta 63. cod. tit. l. si non lex 83.
§. i. ff. de hered. inst. l. tractabatur 14. ff. de testam. milit.

SVMARIA.

- 1 Titulum de Senatusconsulto Trebelliano supra alios Pandectarum titulos maxime deprauatum & corruptum esse.
- 2 Species & questio d. §. vlt.
- 3 Responsum ad eam questionem in d. §. vlt. propositum ICI non esse.
- 4 Vera ratio propter quam in specie eius §. libertas seruo competere non possit.
- 5 Legem Aeliam Sentiam ita demum ei qui in fraudem creditorum heres institutus est libertatem conseruare, si nemo alius heres ex testamento esse potest.
- 6 Ad quem casum pertineat quod dicitur, ex pluribus seruis ab eo qui soluendo non erat institutus, solum eum qui primo loco scriptus est hereditatem capere.
- 7 Repetitur ratio propter quam in d. §. libertas Stichus competere non potest.
- 8 Casus singularis, quo ei qui soluendo non est seruus vnus cum libertate heres existit, & alius præterea heres adicitur.
- 9 Ei qui seruus maneat hereditatem fideicommissariam restitui nunquam posse, nec eo postulante heredem ad aditionem compelli.
- 10 Reprehenditur quod in d. §. vlt. responsum est serui cui directa libertas, & fideicommissaria hereditas relicta est perinde haberi ac si solus liber & heres scriptus esset.
- 11 Nouum remedium proponitur quod in d. §. vlt. non solum libertas sed & reliqua defuncti voluntas conseruari possit.
- 12 Obseruantur quedam de SCto quod exprimitur in l. si non lex §. i. ff. de heredibus instit.
- 13 Examinatur versic. idem seruandum, in d. §. i. d. l. si non lex.
- 14 Quid eo SCto actum fuerit?
- 15 Versiculum supra notatum Interpretis alicuius vel Triboniani, non Scaenola esse.
- 16 In quo melior sit serui heredis fideicommissarij conditio ex superiore SCto, quam ex lege Aelia Sentia?
- 17 Cur lex Aelia Setnia de directis tantum libertatibus, non item de fideicommissarijs locuta sit?
- 18 Fideicommissarios heredes non magis seruos quam liberos ad petendam hereditatem restitutionem cogi posse.
- 19 Seruum à domino in fraudem creditorum cum alijs seruis manumissum, ex quo heredem ad restituendam sibi fideicommissariam domini hereditatem compulsi necessarium quoque esse, sed aliter ac si solus vel primus heres institutus fuisset.
- 20 Quo alio sensu necessarius dici possit?
- 21 Quid in d. l. §. vlt. d. l. facta, Triboniano errandi occasionem præbuerit?
- 22 Species §. vlt. l. neque 13. ff. de testam. milit.
- 23 Cur in ea specie testamento militis in tantum faueatur vt verba fideicommissi obliqua ad directa tractantur?
- 24 An rescripto ibidem expresso locus foret, si heredes instituti & fideicommissio grauati viuo testatore decessissent siue eos decessisse testator scierit siue ignorauerit?
- 25 Militem qui quum testamentum mutare potuisset, noluit, tunc demum videri cum eodem testamento decedere voluisse, quum testamentum vt con-

ualeat, nihil nisi eandem militis voluntatem, non etiam novam formam requirit.

26 Militis privilegium in eo potissimum versari ut qualibet eius voluntas pro iusta & legitima habeatur, non etiam ut aliud sensisse & voluisse videatur, quam quod dixerit.

27 Vix fieri posse ut in d. §. vlt. l. neque. valeat illius militis testamentum qui sciens ac prudens fideicommissum a mortuis heredibus seruo reliquit.

28 Multo difficilium fideicommissariam libertatem à militate illo relictam eodem casu in directam verti posse.

29 Imperatoris scripto opus fuisse ut in specie d. §. vlt. l. neque. fideicommissaria hereditas in directam vertetur.

30 Diversa ratione in specie §. 1. d. l. si non lex. SCti auctoritate opus fuisse.

31 Rescriptio §. 1. l. neque. indistinctè locum esse sine miles soluendo fuerit sine non fuerit.

32 Quid aliud in eadem specie ad iustitiam militis voluntatem Imperatores mouere potuerit?

33 Aliud ea parte in testamento pagani Imperatores rescripturos fuisse.

34 Affertur hanc in rem leg. tractabatur ff. de testam. milit.

35 Difficultas nata ex distinctione in d. l. tractabatur proposita.

36 Testamentis paganorum ea in re nullo modo nulloque casu subueniendum esse.

37 Distinctionem in d. l. propositam Triboniani, non Marciani esse.

38 Diversum esse casum rescripti in d. l. neque. relati, à casu SCti quod in d. l. vlt. l. facta. a Gaiō allegatur.

39 Accursij r̄servatio & monitum ad d. l. tractabatur.

¶ Vt à nobis non in hoc solo Coniecturarum notarum libro, sed etiam in superioribus tā multa iam obseruata sunt à Triboniano in Iureconsultorum responsis corrupta & immutata, probant manifestissime vix alium in Pandectis titulum vllum esse deprauatorem, & digniorem in quo expurgando laboraremus. Neque tamen id nos hucusque afflictos ausimus dicere Ad eò pleraq. inter legedum eiusmodi occurrunt quotidie, & alij cuiilibet, quo erit perspicacior, eò plura occurrēt. Nemo enim nescit quam multa Iustinianus innouauerit, ad hunc de senatusconsulto toto ferè iure illo quod prudentum temporib. obtinuerat ita perturbato, ut nec Trebelliani nec Pegasiani senatusconsulti auctoritas vlla amplius superesse videatur, eo praesertim casu quo heres de restituenda hereditate grauatus, aut adire nolit, aut ante aditā vel restitutam hereditatem moriatur. Ad quem casum pertinet l. pen. C. ad SC. Treb. & Nouel. 1. de her. & falcid. ut scripsi lib. 5. c. 7. Sed non possum facere, quin superioribus Tribonianis hunc adiiciam, quem nouissimè obseruauit in §. vlt. l. facta 63. hoc eod. tit. ad SC. Trebel. ut ex eo potissimum appareat quam malè in principiis iuris versatus fuerit Tribonianus. ¶ Tractatur in hoc §. de eo, qui cum soluendo non esset, Titium heredem instituit, & Stichum seruum suum liberum esse iussit, rogauitque Titium, ut ei restitueret hereditatem. Quaritur autē, an si Titius hereditatem adire recuset, cogi possit Sticho postulante. Et respondetur, vix esse ut cogatur, ratione illa, quòd licet desiderante seruo Titius adiret, siue sponte, siue coactus, non tamen posset libertas seruo competere, quasi in fraudem creditorum data, licet Titius locupletissimus proponeretur, qua de causa nec hereditas ei restitui posset. Sed tamen ex sententia legis dicendum

esse, perinde habendum ac si is seruus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset. ¶ In quo responso, ne possis dicere, IC. responsum esse, illud primum à iuris ratione alienū est, quod non alia de causa libertatem hanc competere negat, quam quod data sit in fraudem creditorum: Cùm tamen certissimum sit lege Aelia Sentia quæ datas in creditorum fraudē libertates valere non patitur, nec si heres locuples sit, l. si locuples 57 ff. de manu. test. l. cum hereditas 5 ff. qui & a quib. manu. Permissum tamen esse debitori qui soluendo non sit ut vni ex seruis suis, & cui voluerit, libertatem dare possit, dummodo vni duntaxat nō pluribus. Ad eò vt etiam si contra legē pluribus data sit libertas, ei tamen cōpetat qui priore loco scriptus fuit, l. qui soluendo 60 ff. de hered. instu. Tunc n. sibi obstant inuicem, cū nesciri potest quis prior nominatus sit, puta si duo sint eiusdem nominis, vt in casu l. qui soluendo 42. cum l. seq. eo. tit. ¶ Alia igitur ratio adferri debuit propter quam libertas in proposita specie seruo competere non possit. Illa videlicet, quòd lex Aelia Sentia non aliā ob causam permittit ei qui soluendo non est, vt testamento vni ex seruis suis det libertatē, nisi vt possit ille habere heredem necessarium, sub cuius nomine possint bona hereditaria distrahi sub haestapostulantibus hereditariis creditoribus, in eoque fanae & existimationi defuncti ciuis Romani consulatur. Quæ origo fuit instituendorum seruorum vt necessariorum heredum, quemadmodum Iustinianus scribit in §. 1. tit. de hered. qual. differ. & Instu. ¶ Vnde est quod Paulus scribit in l. si is qui soluendo 57. de hered. instu. legem Aeliam Sentiam ita demum ei qui fraudem creditorum heres institutus est conseruare libertatem, si nemo alius heres ex testamento esse potest. Ad eò vt si seruus cum libertate heres institutus sit & liber homo substitutus, incipiendum sit è substituto, vt eo loco Paulus ait, sicut & si quis primò Stichum, secundò cum cui ex fideicommissi causa libertatem debebat liberum & heredem instituerit, idem Paulus ex Neratio scribit in l. si is qui 55. eod. Secundo loco scriptum heredē fore, quia non possit videri creditorum fraudandorum causa manumissus, nec ferè beneficium aliquod à defuncto consecutus, l. si seruo 84. eo. 12. ¶ Nam quod diximus ex pluribus seruis ab eo qui soluendo non erat institutus, solum eum qui primo loco scriptus est hereditatem capere, d. l. qui soluendo 60. ad illum casum pertinere, quo vterq. in fraudem creditorū manumissus fuerit, quo casu nihil est, quod ceteris paribus dici melius possit, quam quod legis Aeliae Sentiaē verbis ipsis cautum fuit, vt vtique primus scriptus est heres sit. At cum alter primo loco institutus est in fraudem creditorum, alter secundo quidem loco, sed citra fraudem, propter debitam ex anteriore fideicommissi causa libertatem, preferendus est secundò scriptus, vt citra creditorum iniuriam iustior defuncti voluntas conseruetur. ¶ Cū igitur ex his appareat, non nisi ex necessitate permilsum fuisse ei qui soluendo non esset, vt seruum suum instituere posset, ac ita demum si alium heredem non haberet; consequens fit vt in proposita specie, id est, Titio herede instituto rogatōque heredem restitueret Sticho, quem testator directò, non per fideicommissum voluerit esse liberum (valde enim refert an directā libertas data sit, an fideicommissaria, vt mox dicemus contra Accurs. ad l. si non lex 83. §. 1. ff. eod. tit. de her. instu.) non possit competere Sticho libertas siue vltro, siue desiderante Sticho Titius adierit hereditatem, nō quòd in fraudē creditorum data sit, siue locuples Titius sit, siue non; sed quòd Titio herede existente

non possit fieri, vt ex testamento eius qui soluendo non fuit, quisquam seruus libertatem consequatur. ¶ Vnus enim tantum casus est, siq. vel valde singularis, quo euenit vt ei qui soluendo non est, seruus vnus cū libertate heres existat, & alius praeterea heres adiciatur, nimirum si seruo cum libertate herede instituto sic adiectum sit, Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius sic adiectum esto. Nam Titius antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest: cū autem semel heres extiterit seruus, non potest adiectus efficere, vt qui semel heres extiterit, desinat heres esse: quemadmodum eleganter ratiocinatus Caius in l. qui soluendo 88. eod. tit. In proposito autem casu cōtra eueniret, si libertas seruo competere posset, vt ex eo tempore inciperet competere, quo Titius iam heres esset, quod vtiq. lex Aelia Sentia nullo modo, nullòq. prorsus casu permittit: ¶ Illud verò semper melius oportet, quod in praecedentibus sapientius diximus, ei qui seruus maneat, nec eo postulante cogi hereditatem restituere nunquā posse, nec eo postulante cogi hereditatem vt adeat hereditatē l. si cui 31. l. si res aliena 52. §. 1. cum l. seq. ff. hoc ti. ad SC. Treb. Nihil igitur aliud erat quod ad propositā quaestionem responderi posset; quam ne postulante seruo qui libertatem consequi non posset, cogi deberet heres ad adeundā hereditatē. ¶ Et tamen contra respondetur in hęc verba, sed ex sententia legis dicendum est perinde habendum, ac si is seruus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset. Hoc verò alterum illud est, quod non putō ex iuris ratione defendi posse. Nam si nihil nisi legis Aeliae Sentiaē verba, mentemq. respicias, dubitandum non est quin sententia legis cōueniat cum verbis, nec magis ex sententia, quam ex verbis libertas, de qua agimus, competere seruo possit: Cū id vnū legi propositum fuerit, ne per institutionem necessarij heredis, cui cum hereditate libertatem obtingere necesse esset, creditoribus fraudem fieri pateretur, nisi eo demum casu quo defuncti ciuis Romani famē & existimationi alia ratione cōsuli nō posset, id est, quo alius nemo ex testamento heres futurus esset: quod nō eueniret Titio adeunte hereditatem, siue sponte, siue iussu & imperio praetoris. Dices, Imò futurum, si nō possit Titius cogi ad adeundum Sticho postulante, vt testator exitum faciat intestati, Ac proinde ex legis sententia non malè defendi, perinde habendum esse, ac si is seruus solus liber & heres scriptus, nec Titius heres fuisset. Sed respōdeo, non fuisse cur lex succurrere deberet testatori, qui cū beneficio legis vti potuisset, vnūq. ex seruis suis heredē scribere in fraudem quoq. creditorum, maluit tamen Titium extraneum heredem habere, nec nisi fideicommissariā hereditatē seruo dare. Sed & manifestissime voluntas testatoris offenderetur, si seruus cui fideicommissaria duntaxat hereditas data esset pro directo herede haberetur, reiecta Titij persona, qui non modò primus, sed etiam solus heres institutus reperiretur. ¶ Neque tamen negare volo æquissimum fuisse in hac specie prouideri ad conseruandam non solum libertatem, sed & reliquam defuncti voluntatem, verum eo remedio quod à testatoris voluntate nullomodo, à iuris verò ratione minus abhorreret. Itaque manco legis Aeliae Sentiaē auxilio, quæ de directis tantum libertatibus locuta fuerat, & senserat (quandoquidem fideicommissariae non aliter ex iure communi valere poterant, quam si aliquis heres non solum institutus, sed etiam per additionem effectus fuisset, quo casu nec directā quidem valere lex permittebat) māca etiā auctoritate SC. Pegasiani, quæ nō per alium cogi coheredē patiebatur,

quàm qui liber esset, ac in vniuersum ius defuncti per hereditatis restitutionem succedere posset, necessarium fuit in eam rem fieri nouum SC. quod temporibus D. Hadriani factum fuisse refert Scauola in d. l. si non lex. §. 1. eod. cautum, vt si testator qui cū moritur soluendo non fuit, duobus pluribusve libertatem dederit, eisq. hereditatem restitui iusserit, & institutus heres, suspectam sibi hereditatem dixerit, adire eam cogatur, & ad libertatem perueniat is, qui priore loco scriptus fuerit, eiq. hereditas restituatur Ex quo inferit Scauola, si primo loco scriptus liber desideraret adire hereditatem, nullam esse difficultatem, sed si postea heres quoq. liberos se esse dicant, & hereditatem restitui desiderant apud praetorem, quæri oportere an soluendo sit hereditas, vt sciatur an omnes liberi facti sint, & consequenter an omnibus eam hereditatē restitui oporteat: Absente autem primo, sequenti desiderantem adire hereditatem non esse audiendū, quia si primus velit restitui sibi hereditatem, preferendus est, & hic seruus futurus. ¶ Quibus ex verbis apparet, 12 senatusconsultum illud nō pro legis Aeliae Sentiaē producenda ad hunc casum sententia factum fuisse, sed potius pro Pegasiano excludendo, quo primum fuerat inductum ius cogedi heredis suspecta dicētis. ita tamen vt legis quoq. mentem sublequi Senatus voluerit, in eo praesertim ne pluribus seruis libertatē dare posset is qui soluendo non esset. Itēq. vt pluribus data libertate, vt primus quisque liber scriptus esset, is preferretur. Ceterum vel ex eo maxime senatusconsulto constat, neq. antea ius ita fuisse, vt in specie proposita perinde habendum esset, ac si Stichus liber & heres scriptus fuisset, neque hodie post senatusconsultum, ita esse. Nā si Stichus solus liber & heres scriptus proponeretur, non posset ad adeundum compelli Titius, qui non inueniretur institutus. Sicuti nec erat necesse induci per senatusconsultum, vt compelleretur ille ad additionem, si ex sententia legis Aeliae Sentiaē poterat seruari libertas, sublata Titij persona, conuersaque fideicommissaria substitutione in directam substitutionē. Vt planè non possum videre qua ratione motus Accursius, in huius loci interpretatione adferat Scauolæ responsum in d. l. si non lex. §. 1. quasi conueniens, cū è contratio manifestissime repugnet. At neq. facile possum mihi persuadere Caium, qui post Hadriani tempora floruit, SC. illud ignorasse, aut si non ignorauit, magis illud miror, tractantem illum hanc ipsam speciem de qua senatusconsultum factum fuit, nullam senatusconsulti mentionem habuisse. Itaque vel hęc vna ratio sufficere potest, vt hunc locum non tam Caio, quam Triboniano adscribere debeamus. ¶ 13 Illud tamen etiam me malè habet, quod in d. l. si non lex. §. 1. scriptum video nihil referre an directā libertas, an fideicommissaria data sit seruo cui hereditatem restituere rogatus est Titius, qui non vult adire. Is enim sensus est illius versic. idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit. Vt nimirum possit illo etiam casu cogi heres ad adeundum, ne sit sine herede testator qui testamento suo prospexerit, vt hereditas ad liberum hominem institutum, mox per eius personam ad seruum quoq. ex fideicommissum perueniret. Quod tamen ne tam facile possum concoquere in causa illud est, quòd, vt iam attigi, Senatus mentem & voluntatem legis Aeliae Sentiaē subsecutus est, itēq. Senatusconsulti Pegasiani, quātum vtriusque ratio pati potuit coniunctionem hanc, nouamque constitutionem. At qui lex Aelia Sentia nunquam permisit ei qui soluendo non esset, vt vni ex seruis suis fideicommissariam libertatem dare posset

in fraudem creditorum, sed directam tantum, quoniam fideicommissaria libertas dari non poterat, quin conferretur in eum casum quo eadem lex etiam directam libertatem dari prohibebat, id est, quo alius ex testamento iam heres esset. Ergo nec eo casu quo heres institutus adire nolit, adeatque coactus, credendum est permisisse Senatui, ut libertas ex fideicommissio deberi possit. Ideo namque & eo solo colore Senatus putauit subueniendum non tam libertati in fraudem creditorum data quam misero testatori, cuius alioquin bona sub hasta distrahi oporteret, quod extraneo qui fuit institutus nolente adire, perinde futurum sit ut exitum intestati faciat testator, si non habeat necessarium heredem, ac si extraneum heredem nullum instituisset. Cur ergo extranei instituti suspectam dicentis persona obstabit, quominus seruo qui eodem testamento liber scriptus fuerit, libertas competat, quae competere si extraneus ille institutus non esset? Et tamen non potuit Senatus facere, ut competere nisi adita hereditate, cum dies libertatis non nisi ab adita hereditate cedat, *leg. heredis 7. §. ult. cum l. seq. D. quand. dies legat. ced.* Non magis quam ut directo institutus videri posset seruus, qui non nisi per fideicommissum substitutus esset. Proinde id vnum Senatus fecit, quod facere commodius potuit, ut extraneus institutus si hereditatem suspectam diceret, cogi posset ad eam aduendam, desiderante seruo cui & libertas ex aditione esset competitura, & hereditas subinde restituenda. Et si n. per eiusmodi aditionem coactam verè sit heres is qui suspectam dicebat, tamè cum periculo suo adire non debuerit, qui adiit compulsus, non potuit Senatus eum habere pro herede, nisi quod ad ius & effectum hereditatis restituenda pertineret, cum necesse sit in eius locum substitui alium in quem iure omnia transeant, & qui à creditoribus hereditariis cum effectu conueniri possit, qui porro alius esse nequit, quam is ipse quo desiderante coactus fuit adire. At ille seruus est, nec in eum possunt vltro modo transferri bona & actiones, nisi fiat liber. Igitur necesse fuit induci reluctantibus licet verbis legis Ælia Sentia, ut hoc casu etiam in fraudem creditorum data libertas valeret & competere. (Estque hic casus coniungendus ei quem tanquam singularem obseruauit Caius in *d. l. ei qui soluendo*.) At quomodo? Nimirum si data esset directio. Nam nec si media interposita non esset Titij persona, quae ex lege Ælia Sentia obstat libertati, aliter competere libertas posset, quam si directio data fuisset. An non ergo fieret euidenter contra legem Æliam Sentiam, si plus iuris haberet seruus ad consequendam libertatem in fraudem creditorum herede alio instituto, quam esset habiturus, si alius nemo institutus probaretur? Denique soli domino qui moritur non soluendo, lex Ælia Sentia permisit manumittere, id est directam libertatem dare ut necessarium heredem habere posset. An non etiam ipse heredi, quia nec necesse aut possibile fuit heredem ei dari, qui in alium iam haberet, nec æquum permitti solo favore libertatis, ut ea libertas deberetur quae contra primum caput eiusdem legis Æliae Sentia in fraudem creditorum data esset. Quare non dubito quin totus ille vers. *idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit*, inepti sit interpretis non Scauolae si non Tribonianus esse voles. Nam & cetera quae in ea lege sequuntur ad directam libertatem, non ad fideicommissariam pertinent. Nec debuit siue Tribonianus siue interpretis ille fuit, ex eo moueri quod alio senatusconsulto cautum est, ut quoties ab eodem herede libertas fideicommissaria & hereditas pra-

standa est, possit ille cogi per seruum ad aduendam, *d. l. si res aliena 52. §. 1. ad SC. Treb.* Id. n. tunc obtinet, cum fideicommissaria libertas vtiliter data est, non etiam cum in fraudem creditorum, & contra legem. Et verò, an non satis est haec tenus faueri seruo ut directam libertatem perinde nancisci possit, alio licet herede intercedente, ac si primus ipse scriptus esset? Imò melior quoque serui huius condicio est ex senatusconsulto, quam futura esset ex lege Ælia Sentia, in eo quod heres necessarius non est, quia nec liber necessarius, cum non aliter possit ei libertas competere, quam si heres qui suspectam dicit, adire cogatur, qui porro ut inuitus adeat non nisi hoc ipso seruo desiderante cogi potest. Ut verò seruus ipse adiri hereditatem desideret, multò minus cogitur, quoniã factio & voluntate ipsius in eam re necessario opus est, quod non euenit, cum directo data & libertas & hereditas est. Vtraque n. tunc competit & acquiritur sola iuris ciuiliis autoritate. Quae etiã ratio adferri potest ob quam lex Ælia Sentia de directis tantum libertatibus, non item de fideicommissariis locuta sit, quia nec necessariu heredem potuisset facere seruum, quem non potius aut eodem saltem momento faceret necessario liberum, nec cursum necessario liberum eum, cui non nisi ex fideicommissio libertas deberetur, cum non aliter fideicommissa valeant quam si & ab iis quibus relicta sunt vltro agnoscat, & per eos quorum fideicommissa sunt praestentur. Nec quæadmodum aduersus heredes institutos & rogatos remedium proditum est, si neque adire hereditatem neque restituere velint, ut & adire & restituere compellantur, Ita & contra fideicommissarios vltro omnino casu prouisum fuit ut ad hereditatis restitutionem petendam cogi possint, nec magis contra seruos quam contra liberos. Idque est quod Scauola scribit in *d. l. si non lex. §. 1.* Si seruus primo loco liber scriptus, nolit desiderare ut heres adeat hereditatem, quam suspectam dicit, posse alium seruum sequenti loco scriptum id desiderantem adiri. Planè non inficior seruum quo desiderante coactus sit heres adire ex quo instanti adita fuerit hereditas, sicut liberum statim, ita & necessarium fore fideicommissariu. At non eodem modo nec eo sensu quo necessarius heres esset, si vel solus, vel primus fuisset institutus. Illo namque casu fuisset heres ipso iure, sicuti & liber. In hoc vero, liber quidem est ipso iure, sed non heredis loco est tanquam fideicommissarius, nisi post factam fideicommissi restitutionem. Praeterquam illo casu quo & ante restitutam hereditatem, & sine herede moriatur. Quod cum euenit, perinde illius bona per creditores hereditarios vendi possunt, ac si adita hereditatis restitutionem ante obitum accepisset, *l. postulante 44. D. eod.* Necessarius tamen fideicommissarius dici potest, quia vel inuitus restitutionem hereditatis accipere cogitur, nec ille tantum, sed etiam illius heres, licet de solo manumisso senatusconsultum locutum sit, ut Marcellus tractat in *d. l. postulante*. Sed id fit non iure aliquo speciali in seruorum odium comparato, sed iure communi ex quo quisquis fideicommissariae hereditatis obtinenda gratia coegit heredem ad aduendum, recusare postea non potest quominus ea hereditas ubi adita fuerit, sibi restituatur. Adeo ut si plures fuerint fideicommissarij, & vno solo postulante, coactio facta sit, in eum solum & in solidum actiones transeant qui cogitur, *l. cogi 16. §. idem Marcianus eod.* Proinde eadem hoc casu serui quæ liberi hominis fideicommissarij ratio est. Sed hæc ad Scauolam adnotasse sufficiat, ut ad Caium & Tribonianum redeamus. Et si namque iam satis superque probauimus

mus Tribonianus non Caij responsum illud esse quod extat in *d. §. ult. fidei*, ne quis tamen de eo posthac dubitare probabiliter possit, indicendum à nobis est, quid Tribonianum fecerit videatur. Solet enim ille non exemplo aliquo peccare, sed ex mendicatis exemplis, & Imperatorum rescriptis ad alias species quantumuis dissimiles accommodatis, peccandi occasionem magis quam rationem querere. Quod & in proposito factum ab eo fuisse conicio ex rescripto Imp. Severi & Antonini quod Ulpianus refert in *l. idem est. 13. ad l. neque. §. cum miles. de testa. milit.* Nam cum miles in testamento suo libertatem seruo dedisset, eidemque & à primo & à secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquisset, tum & primus heres & substitutus ante aditam hereditatem decessissent, rescriptum est ab Imp. non idcirco intestati exitum fecisse militem, sed perinde habendum esse ac si eidem seruo libertas simul & hereditas directio data esset, cum negari non posset eam fuisse militis voluntatem, ut tam hereditas quam libertas ad eum seruum peruenerit. De illa namque voluntate enixa ex eo constabat, quod non tantum à primo herede, sed etiam à secundo, id est, à substituto fideicommissariam hereditatem huic seruo miles reliquerat. Ut verò non tam ipsi seruo, id est, libertati, quam militi testatori, & testamento subueniri æquum esset, illa ratio faciebat, quod defunctus post testatorem heredibus utrisque (ut ex eo apparet quod Ulp. ponit eos decessisse ante aditam hereditatem, siquidem viuo testatore, neque de adita, neque ad aduendam hereditate tractari posset) nihil imputari poterat testatori, id est, cur testamentum non mutasset, directamque hereditatem pro fideicommissaria dedisset. Qua ratione perinde admitterem rescripto locum esse debere, et si heredes illi viuo testatore decessissent, dummodo eo ignorante, quia nec huic testatori quicquam imputari potest, cur seruum heredem non scripserit, qui nesciebat heredes scriptos decessisse. Nam si sciisset, aliud proculdubio respondendum existimarem, neque paterer ad hunc casum porrigi auxilium noui rescripti, quod propriam & fauorabilem rationem illam vnam haberet, ne & serui libertas & militis testamentum intercideret ob casum inopinatum mortis contra quem testator à se prouisum crederet pluribus heredum gradibus adscriptis. Quidni enim mutauit miles testamentum, ex quo sciuit defunctos eos à quibus fideicommissariam libertatem seruo suo praestari voluerat? Si enim obiicias testatorem praesertim militem, cuius voluntas quæque testamentum est, ut ait *l. eius militis. 34. in fin. ff. eod. tit.* si testamentum mutare potuerit, nec voluerit videri cum eodem testamento decedere voluisse, atque ita testamentum prius, quamuis ruptum & irritum factum conualescere quasi ex noua voluntate, ut de militis filii familiaris capite minuti testamento scribit Marcianus in *leg. miles filius familiaris. 22. iur. et l. seq. & l. idemque erit. 9. & l. in fraudem. 15. eo. tit.* Respondet tamen demum id rectè dici posse, cum testamentum ut conualescat & iure saltem militari valeat, nihil nisi nouam militis voluntatem requiri, non etiam nouam formam, diuersamque dispositionem, i. e. ut dicam apertius, cum testamentum tale est, quod si à moriente milite iisdem verbis, eodemque profus modo factum esset, iure saltem militari valeret. In eo namque solo militis priuilegium versatur ut voluntas eius quælibet quantumuis iure destituta pro iusta & legitima habeatur, non etiam ut aliud sensisse & voluisse videatur, quam quod dixerit, ut autem cui fideicommissaria libertatem ab herede suo dari voluit, ei directam ipse dedisse intelligatur. Vo-

luntas siquidem militis ut & alterius cuiuslibet testatoris, non nisi ex testamenti verbis petenda est, ne alioqui facile eueniat, non solum ut in incerto semper vagari non oporteat quoties inuestigabimus quid miles voluerit, sed etiam ut dum à testamenti verbis recedimus, pro voluntate militis tuenda in ipsam militis voluntatem offendamus: quod ne vnquam euenire possit, nullorum magis interest quam ipsorum militum, ut Traianus dicebat in eleganti illo rescripto, de quo in *l. Traianus. 24. D. eod.* Atqui si miles sciens defunctos eos quos testamento heredes scripserat, expressim declarasset vel se cum eodem testamento decedere, aut quod idem esset, si ab iisdem personis iam mortuis eidem seruo directam quidem libertatem, sed tamen fideicommissariam dedisset, nemo diceret valere testamentum, siue communi iure, siue militari, quia fideicommissaria hereditas, neque directæ iure deberi posset quæ à sciens & ita volente, per fideicommissum relicta esset, neque à mortuo praestari qui iam nullus esset, *l. quidam referunt. 14. vers. quia heres. ff. de iur. eod.* Neque fauor militis aut libertatis facere deberet, ut verba obliqua quæ testator sciens & prudens directis praetulisset, in sensu directo acciperentur. Alio certe rescripto in eam rem opus esset quemadmodum eo quoque casu in quo & libertati & testamento subueniri equum fuit, rescripti autoritate interponi oportuit ad confirmandum testamentum, deficiente scilicet potestate priorum illarum constitutionum, quæ de militariu testamentorum priuilegiis factæ fuerunt. Et sanè in testatore milite qui sciens ac prudens fideicommissum à mortuis heredibus reliquisset, non haberet locum ratio illa rescripti, quæ vtraque ad eum peruensisse testatorem voluisse negari non potest. Eiusmodi namque voluntas irritoria potius quam seria videretur. Sed etsi poneres ab hoc milite non directam libertatem, sed fideicommissariam seruo datam esse, non putarem rescripto locum fore, tametsi vel viuo & ignorante milite, vel post eius mortem omnes heredu gradus defecissent, quia longè facilius est ut ei cui directam libertas data est, hereditas quoque directio data intelligatur, quam ut libertas fideicommissaria in directam conuertatur, quia nec fideicommissariae libertatis fauor vllus est, nisi subsistente persona à qua praestari possit, ut praestetur ex testatoris voluntate, ex qua directarum quoque libertatum & ius & fauor pendet quemadmodum Ulp. in Titulis scribit *tit. 1. §. testamento*: nec tam facile potest lex aut senatusconsultum aut etiam Imperator fideicommissariam libertatem ac directam adiuuare: quandoquidem directam ipso iure competit, si modo testamentum valeat ex eoque adeatur hereditas, fideicommissaria verò omnimodo praestanda est, & quidem ab eo cuius fidei fuit commissa. Facere autem lex vel Imperator commode potest, ut testamentum alioqui nullum sustineatur, quod vnum sufficit, ut directam libertatem competere possit. At non æquè ut is, qui iam mortuus est, seruum manumittat, nec rursus ut citra manumissionem liber fiat is cui testator directam libertatem non dedit. Quamuis directam libertatem data, facile flectatur fideicommissaria hereditas in directam, quasi in necessariu antecedens, quod heres fieri possit is qui seruus fuit, si nemo heres sit, nec alius quam ipse heres esse, institutis omnibus praedefunctis. Fuit autem in hanc rem necessaria autoritas rescripti, sicut & autoritas senatusconsulti in *d. l. si non lex. §. 1.* sed tamen diuersa ratione. Nam in casu senatusconsulti fuit succurrendum famæ & existimationi ciuis Romani, qui moriens non soluendo venditionis publicæ infamiam passurus erat, si eum saltem heredem non haberet, cui & directam libertatem & fideicommissariam hereditatem

776

ANTONII FABRI

tatem dedisset, herede instituto dicente suspectam. Hic verò subueniendum fuit voluntati militis, non solum quod hac in re soleant milites fauorabiliores verum etiam ad repentini casus iniquitatem emendandam, vt loquitur l. 3. C. de inoff. testam. Nam ex ea causa interdum pagani quoque subueniri solet, vt in specie d. l. 3. vlt. ff. de her. inst. Sunt qui addant speciem l. Titius. 25. C. de liber. & posthum. Sed malè. Ibi enim aperte Paulus respondet iure factam videri institutionem, nec proinde auxilio villo indigere. † Illud notari volo in casu rescripti de quo agimus, non tractari de eo milite qui fuerit non soluendo, sed indistinctè siue miles soluendo fuerit, siue non fuerit, rescripto locum esse debere ad voluntatem adiuuandam militis cui nihil imputari possit. Idque Vlpianus non obscure demonstrat in l. in fraudem. 15. eod. cum ita scribit, in fraudem planè creditorum, nec melius amplius quam vni necessarium facere posse, vt doceat nullum militis priuilegium esse cum agitur de libertatibus in fraudem creditorum datis. † Et si non parum mouere Imperatores illud potuit, vt in proposita specie militis testamento subuenirent, quod iam sub Hadriano fuerat à Senatu constitutum, vt ei quoque testatori licet pagano subueniretur qui seruo libertatem directam, & hereditatem fideicommissariam dedisset, si heres institutus suspectam hereditatem adire recusaret. Indèque apparet etiam manifestius, quàm verum sit quod in superioribus docuimus, senatusconsulto locum esse non debere si cum hereditate libertas etiam ipsa per fideicommissum non directò relicta sit, quando nec militi eo casu subueniretur. † Ei porrò quod dicimus singulari militum priuilegio potius quàm aut iuris ratione aliqua, aut aliorum priuilegiorum consequentia niti rescriptum hoc Imperatorum, Consequens est, vt si de pagani testamento tractetur, aliud prorsus responderi oporteat. Cur enim de milite, aut Vlpianus tractaret, aut Imperatores rescripissent, si in pagani testamento idem iuris constitutum esse voluissent? arg. l. centurio. 15. de vulg. & pupill. subst. l. precibus. 8. C. de impub. & aliis subst. l. in testamento. 6. C. de testam. milit. l. qui non militabat. 78. ff. de hered. inst. cum similib. † Quod & distinctio illa probat, quæ ex Marciano ponitur in l. seq. Tractabatur. inquit lex, an tale aliquid & in paganorum testamentis indulgendum esset. Et placet non sine distinctione hoc fieri, sed si quidem vno testatore & sciente decessissent, nihil noui statuendum, si autem ignorante, aut post mortem eius, omnimodo subueniendum. Non enim potuit scribi apertius differre hac parte testamenta militum & paganorum. † Quanquam non satis possum videre in quo differentia sit aut quomodo explicari possit. Nam si dicas cum Accursio, quod & Marciani verba præ se ferunt, militis testamentum valere indistinctè, pagani verò non nisi cum suprascripta distinctione, iam in contrarium diximus, nec militis quoque testamentum ex rescripto defendi posse si & viuo & sciente milite gradus omnes heredum extincti proponantur, non magis quàm si eo tempore quo moreretur miles, tale testamentum condidisset. Rursum si nobiscum sentias eam distinctionem etiam in milite necessariam esse, Vtrum se viuo prædefunctos esse heredes suos sciuerit, vel ignorauerit, consequenter dicendum erit vel nullam inter paganorum & militum testamenta differentiam subesse, vel paganorum testamentis hac in re nullo modo nulloque casu subueniendum esse. † In quam sanè partem procliuior sum. Nā cum non modò libertatis, sed etiam militiæ coniunctus fauor adeo nouum & extraordinarium rescripti auxilium extorserit, nulla ratio est cur homini pagano, præfer-

tim qui soluendo sit nec herede necessario indigeat, subueniendum sit, tametsi nec in eo, qui soluendo non sit aliud admittendum esse ex stimemus. Alioquin eueniet absurdum illud quod Accursius notandū putat, quasi singulare sit magis quàm absurdum, vt valeat testamentum sine institutione, contra certissimas & manifestissimas iuris regulas quæ volunt heredis institutionem & caput & fundamentum esse cuiuslibet testamenti, l. in fi. De vulg. & pupill. subst. l. vlt. ff. de iur. codicill. Sed neque in pagano sufficere potest ratio illa quam Vlpianus de militis testamento tractans probat quod libertatem & hereditatem ad seruum peruenire testatorem voluisse negari non possit. quæ tamen vt diximus sufficere potuit in milite adiecta rescripti auctoritate, propterea quod multò facilius militis quàm pagani voluntas, tum etiam cum & iuris communis & ordinarij priuilegij auxilio destituta est, defendatur. † Quare de illo dubito quin tota illa distinctio sub Marciani nomine tradita, potius sit Triboniani suo morte distinguentis, iurisque rationem parum curantis: quod & verba ipsa ni fallor innuunt, illa præsertim si quidem, si autem, omni modo, nihil noui statuendum, subueniendum; vt à nobis aliàs non vno loco indicati est. Nouam enim esse hanc distinctionem, id est ipsi quoque prudentibus etiam post rescriptum incognitam, id ipsum probat quod lex ait, in primo casu distinctionis nihil noui statuendum esse. † Cæterum quàm diuersus sit casus huius rescripti ab illo, qui ex Caio tractatur in d. l. facta §. vlt. ad Trebell. non ex eo solum constat quod rescriptum hoc ad militum duntaxat testamenta pertinet, sed ex illo etiam quod præmortuis heredibus omnibus & primis & secundis, multò minus offenditur ratio iuris & voluntatis cum perinde haberetur seruus cui & directa libertas & fideicommissaria hereditas data fuerat, ac si solus & primo loco & liber & heres directò scriptus esset. Siquidè media extranei heredis persona nulla est, quæ obstat, quomodo in specie d. §. vlt. l. facta. obstat Titius qui proponitur & institutus, & rogatus, & superstes. Vnde etiam sit vt in eadem specie obstat seruo senatusconsultum, de quo d. l. si non lex §. 1. cuius autoritas neque necessaria neque utilis videri poterat si seruus fideicommissarius, aut ex iuris ratione, aut ex suprascripto Imperatorum rescripto, aut denique ex legis Eliæ Sententiæ sententia pro purè instituto haberi potuisset. † In eoque noster etiam errauit Accurs. qui ad d. l. tractabatur, adfert quasi similem quæstionem illam d. l. vlt. quæ tamen omni ex parte dissimilis est. Illud vnum bene monet, etiam hodie post leg. pen. §. cum autem C. ad Trib. necessarium esse auxilium rescripti, quamuis Iustinianus ea constitutione induxerit, vt citra restitutionem transeant actiones ex Trebelliano quoties heres rogatus ante aditam vel restitutam hereditatem sine successore decessit, quoniam ad hunc casum illa constitutio non pertinet, vel ob id maxime quod hic persona nulla est in quam actiones transire possint, cum seruum necesse sit ex seruo fieri liberum priusquam fideicommissarius esse possit, liber autem fieri nequeat nisi adita demum hereditate, l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.

CAPVT XIII.

Ad l. si Titio & Mæuio. 61. de legat. 2. l. 1. §. vlt. de leg. 3. l. 2. §. vlt. ff. de suis & legit. l. 4. C. ad S. C. Treb.

SVMARIA.

1. Quam sententiam antea secutus sit auctor in quæstione.

1. in pars coheredis legatis & fideicommissis grauata coheredi cum onere suo ad crescat?
2. Eius sententiæ ratio, & collectio ex §. Iulianus l. si Titio & Mæuio. ff. de legat. 2.
3. Retractata sententiâ probat auctor sine ante sine post Seueri rescriptum deficientem portionem coheredi tam legitimo quàm testamentario sine onere ad cresuisse.
4. Legatis vel fideicommissis nominatim relictis ab eo cuius portio defecisset, hereditariam portionem quam ille reprobauerit sine onere coheredi iure vetere ad cresuisse.
5. Nominatim relictum legatum vel fideicommissum quando dicatur?
6. Senjms l. cum patronus 28. ff. de leg. 2.
7. Vis huius clausule legatis & fideicommissis adiectæ, quisquis mihi heres erit.
8. Multum in d. l. si Titio. 61. interesse an ab vno ex coheredibus legatum sit nominatim relictum, an vs verbis, quisquis mihi heres erit?
9. Reprehenditur Accursij sententiâ circa quæstionem, quid è contrario respondendum foret si in specie d. l. non Titius sed Mæuio ad iisset.
10. Ius vetus circa propositam in initio quæstionem rescripto Seueri & Antonini abrogatum non fuisse.
11. Quid eo rescripto cautum sit?
12. Nihil eo rescripto de testamentariis aut legitimis coheredibus constitutum fuisse.
13. Ius ad crescendi à iure substitutionis dissimile distinctione esse.
14. Rescriptum illud Seueri quod de substitutis duntaxat locutum est sola Prudentum interpretatione ad coheredes extendi non potuisse.
15. Minus minus ad legitimos quam ad testamentarios.
16. Non ideo quod paterfam. qui intestatus mori maluit, proximiores & legitimos tacite instituisse videtur, perinde videri eosdem inuicem substituisse ac si expressim essent instituti.
17. Tacitam substitutionem non nisi in expressa institutione contineri.
18. Tacitum quid dicatur?
19. Eos quibus secundo gradu legitima hereditas defertur pro substitutis haberi posse, & ad eum casum Seueri rescriptum extendi debuisse.
20. Successionem ante Iustiniani constitutionem in suis & agnatis non fuisse.
21. Quæstionem in §. vlt. l. 1. de leg. 3. propositam Vlpiani temporibus locum esse non potuisse.
22. Quæstionem illam Tribonianum non Vlpianum esse.
23. Confirmatur emendatio ad eum §. superioribus libris allata.
24. Coheredem legitimum coheredi legitimo tacite substitutum non intelligi, nec ad eum casum Seueri rescriptum pertinere.
25. Clausulam illam d. l. si Titio, sed post rescriptum & Tribonianum esse.
26. Cur Iulianus in §. 1. d. l. si Titio, de legitimis heredibus fuerit locutus.
27. Iuliani & Vlpiani temporibus ad crescentem coheredis legitimi portionem sine onere ad legitimum coheredem pertinuisse.
28. Respondetur ad l. non iustam. C. ad S. C. Trebell. ex qua probari videtur coheredes testamentarios tacite inuicem substitutos censeri.
29. Coheredes in ea lege expressim substitutos fuisse.
30. Etiam post Seueri rescriptum legata ab instituto relicta à substituto propter contrarias voluntatis coniecturas interdum non debent.
31. Coheredem cui deficientis coheredis portio accrescit, non ex voluntate testatoris sed solâ legis potestate in ea

32. Rationem à Triboniano in d. l. si Titio, allatam nec in testamentariis, nec in legitimis coheredibus locum habere posse.
33. Cur coheres ex tacita testatoris voluntate legata à coherede nominatim relicta non præstat si non fuerit expressim substitutus?
34. Probatur in specie d. l. 4. C. ad Trebell. coheredes testamentarios inuicem expressim substitutos fuisse.
35. Quanam fuerit in d. l. 4. dubitandi ratio?

DEcepit † nos per sepe Tribonianus vt & alios omnes quotquot vnquâ fuere, perpicaciores quoque iuris interpretes, sed numquam callidius, quàm cum illa quæstio à nobis tractata est libr. 4. cap. 15. An pars coheredis grauata legatis & fideicommissis ad cresceret coheredi cum suo onere, an libera & immunis ab onere illo legatorum & fideicommissorum, ab eo coherede cuius pars deficeret relictorum. Scriptimus enim ita comparatum fuisse ius vetus etiam ante Seueri & Antonini constitutum, de qua in l. licet. 74. de legat. 1. quæ induxit vt legata & fideicommissa ab institutis relicta à substitutis tacite repetita intelligantur, vt coheredis portio ad cresceret cū onere scilicet si de testamentario coherede ageretur. In legitimo autem aliud obseruatum fuisse in id vsque tempus, quo ea Imperatorum constitutio fecit vt idem quoque ius in illo induci debuerit. † Quam in sententiam mouebat me præcipuè quod scriptum videbam in l. si Titio & Mæuio. 61. §. Iulianus de legat. 2. vbi Vlpianus aperte scribit Iuliani sententiam illam fuisse, vt si alter legitimis heredibus portionem suam repudiasset, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheres eius fideicommissa præstare non cogeretur: Sed tamen, inquit ille, post rescriptum Seueri & Antonini quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere conlequetur ad crescentem portionem. Quid enim scribi potuit apertius de iure quod & post Seueri rescriptum obtinebat, nec solum in legitimis coheredibus sed etiam in testamentariis? Nam cur Iulianus de legitimo herede verbis disertis locutus fuisset, si non aliud in testamentariis existimasset? Cūque substituto proprius accedat coheres testamentarius, quàm legitimus, quia succedit ex voluntate expressa testatoris, nec alia ratione nitatur rescriptum Imperatorum quàm coniectura voluntatis defuncti, quid obstabat quominus in ea coniicienda id ipsum sentirent Iuriconsulti quod Imperatores? Atque ita tum ratiocinabar, Motus enim eram ex l. non iustam. 4. C. ad S. C. Treb. quæ rescriptum illud trahit à substitutis ad testamentarios coheredes vt legata & fideicommissa ab instituto coherede relicta ab alio coherede ad quem deficientis portio pronenerit, tanquam à substituto debeantur. † Nunc verò longè aliter sentio, neque dubito deficientem portionem ad cresuisse sine onere non solum ante rescriptum Seueri, sed etiam post rescriptum toto Pædestarum iure siue de testamentariis siue de legitimis coheredibus ageretur. Video enim Iustin. in l. vnic. §. pro secundo & §. sm autem aliquid sub condicione. C. de caduc. toll. vetus ius corrigendo, vt ipse gloriatur, hoc ipsum sanxisset vt siue portio deficeret tanquam caduca, id est per mortem testatoris, siue tanquam in causa caduca, id est viuo testatore, vel remaneret penes eum à quo relicta esset, vel coheredi ad cresceret cum onere, ratione illa æquitatis, quod ferendus non sit qui lucrum amplectitur, onus autem lucro adnexum recusat. Aliter igitur comparatum ius vetus fuisse necesse est.

quod fuit correctum, alioqui corrigi neque debuisset, neque potuisset, sicut nec correctum est in iis quæ pro non scriptis habebantur, quorum semper ea condicio & natura fuit, si Iustiniano ipsi credimus, ut penes heredem sine suo onere remaneret, quod onus quoque perinde pro non scripto haberetur, nisi perraro, inquit Iustin. in *d.l. vnic. §. in primo*. Excipiendi enim sunt duo casus, de quibus in *l. vlt. D. de his quæ pro non script.* & in *l. cum vero. 26. §. si pro non scripto de fideic. libert.* † Puto autem iure vetere maximè interfuisse quibus verbis legata aut fideicommissa ab eo relicta fuissent, cuius portio defecisset. Nam si nominatim relicta essent, putà à Titio, & Titius hereditariam portionem repudiasset, eaque ad Mæuium coheredem peruenisset, utique fideicommissum Mæuius non debuisset. Ratio illa est quam Celsus tradit in *l. pater meus. 29. §. quod alicuius de legat. 2.* quia quod heredis alicuius nominatim fidei committitur, videatur testator ita demum dari voluisse si ille heres extitisset. Vnde fit quod ibidem Celsus subiicit, ut heredi pars eius à quo nominatim legatum fuit, adcreuerit, non debeat filius præstare legatum, quod nec alius quilibet coheres præstare deberet. † Porro nominatim relicta legatum vel fideicommissum intelligi tum debet, cum & vnus ex coheredibus nomine proprio & solus grauatus fuit. Nam si à Titio & Mæuiio heredibus institutis relicta fuerint decem Sempronio, licet expressis nominibus propriis non appellatiuis, ita ius semper fuit ut Titio portionem suam repudiante Mæuius sola tota decem deberet, tanquam coniunctus in onere non minus quam in ipsa hereditate, *l. quidam referunt. 14. §. quod si duo ff. de iur. codicill. l. si duobus. 16. §. heres. l. cum a. 122. §. Lucius Titius de legat. 1. l. cogi. 16. §. cum quidam. D. ad Trebell.* quomodo etià accipiendū est, quod Papin. respondit in *l. cum pater. 77. §. cum pater. de legat. 2.* Illa enim verba, eademque prædica filio ex hereditate dari voluit, ostendunt potius relicta fuisse fideicommissū prædiorū ab heredibus omnibus sub nominibus appellatiuis, quam à sola filia nominatim, à qua ita relinqui potuisset, cum prædium esset hereditariū, ac proinde non de sola filiarum portione hereditaria præstari posset, sed de communi, ut idem Papin. loquitur, in *d. l. cum pater in prin. & in l. deducta. 58. §. acceptis ad SC. Trebell.* † Nec aliter meo iudicio, accipienda est species illa quam Marcellus tractat in *l. cum patronus. 28. de legat. 2.* de fideicommissio relicto à patrono ex debita parte institutum, quod licet præstare ipse non cogatur, si tamen omiserit institutionem, ab iis qui partem illam vindicant, præstandū est, quoniā singulare ius patroni ad alium nequaquam debeat pertinere. Id enim tū verè dicitur, cum à patrono ex parte debita instituto, aliisque heredibus fideicommissū relicta fuit, siue sub propriis nominibus, siue sub appellatiuis, non etiam si à patrono nominatim. † nisi pones subiectam clausulam generalem quæ olim vulgò in testamentis adiici solebat, (vix tamen post legata & fideicommissa nominatim ab aliquo ex heredibus relicta) *Quisquis mihi heres erit, cuius vis & potestas illa erat, ut quisquis heres esset, & in quocumque gradu illa etiam legata, & fideicommissa omnia deberet quæ vel à coherede, vel à priore gradu relicta essent. d. §. quod si duo l. 14. De iur. codicill. & in l. 3. eod. tit. l. 1. §. id quod ex substitutione. D. ad leg. falcid. d. l. si Titio & Mæuiio. 61. in princip. De legat. 2.* ubi Vlpianus scribit, Si Titio & Mæuiio heredibus institutis, qui quadringenta reliquebat à Titio ducenta legauerit, & quisquis heres esset, centum, neque Mæuius hereditatem adierit, Titium trecenta propter legatum à se nominatim relicta, &

centum partim pro sua parte, partim pro adcrecente coheredis portione. † Ex quo responso apparet non obscure quantum interesse Vlpianus putauerit an ab vno ex coheredibus legatum sit nominatim, an is verbis, *Quisquis mihi heres erit.* Nam si in proposita specie nominatim à Mæuiio legata fuissent quinquaginta, non additis verbis supradictis, utique Titius non nisi ducenta & quinquaginta deberet, nec nisi centum si alia centum à solo Mæuiio nominatim data proponerentur. Alioqui non erat cur Vlpianus ita loqueretur, & *quisquis heres esset, centum, sed quemadmodum posuerat à Titio legata ducenta, ita ponere debuerat legata à Mæuiio centum aut saltem quinquaginta, si perinde futurum erat ut omni casu à Titio trecenta præstanda essent, sicut & omni casu euenit ut tota hereditas ad solum Titium deuoluatur. Distinctio enim illa, utrum & quantum ex sua, aut ex coheredis persona, præstare Titius debeat parum refert, nec de illo quarit Vlpianus, sed quantum legatario debeat, solo Titio herede existente. † In eoque puto valde hallucinatum Accursium, qui proposita questione, quid è contrario respondendum fuerit si non Titius, sed Mæuius adiiisset. Respondet intrepidè, dicendum idem fore, scilicet ut Mæuius in tota trecenta teneretur, sed in quinquaginta iure suo, aut ut potius loqui debuit, ex propria persona, in residuum verò propter adcrecentem partem Titij heredis, mihi enim contra videtur, Repudiante Titio Mæuium ducenta illa non debiturum, quæ à Titio relicta fuerant nominatim, sed centum duntaxat tam ex sua quam ex coheredis sui persona, propter illa verba, *quisquis mihi heres erit*, inspecto nimirum iure Pandectarum. Nam quod ad ius nouum spectat, conuenit mihi cum Accursio, tota trecenta deberi ex Iustiniani constitutione Sed de iure veteret tractamus, ut quid suis responsis Iureconsulti senserint, allequamur. Neque verò Accursius ipse dubitat quin hac in re ius vetus fuerit abrogatum, ut ex iis videre est quæ Azonè secutus ille tradit ad *di. l. pater. §. vlt.* † Sed in eotamen non tam errat quam decipitur, in quo & nos ante hunc diem decepti sumus, quod existimat abrogatum fuisse ius vetus, quod ad rem hanc attinet per Seueri rescriptum illud de quo in *d. l. licet.* cum tamen nihil prorsus immutatum fuerit ante nouam Iustiniani constitutionem in *d. l. vnic. C. de caduc. tollend.* † Rescripto namque Seueri & Antonini aliud nihil cautū est, nisi ut legata & fideicommissa ab instituto relicta tacitè à substituto repetita intelligantur, ideòque debeantur quæ antea non aliter debebantur quam si expressim repetita essent, *d. l. quidam. 14. De iur. codicill. seruo alieno. 113. §. si ab impubere. De legat. 1. §. ex aliqua coniectura euidenter videretur voluntas testatoris ut à substituto quoque præstarentur, puta si extraneo herede instituto, & extraneo etiam substituto, prædica quæ qui libertis reliquisset cum institutus moreretur, ne ex nomine familia alienarentur, petiisset, ut in specie de qua Papin. in *d. l. cum pater. §. ab instituto. de legat. 2.* Rescriptum enim non nisi in obscura testatoris voluntate locum habet ut Vlp. concludit in *d. l. licet, in fin. possunt que peti exempla ex l. ab exheredat. 126. §. vlt. de leg. 1. l. debitor. 82. §. 1. de legat. 2.* † At de coheredibus siue testamentariis siue legitimis nihil eo rescripto constitutum fuit, nisi per interpretationem velis extendere ad coheredes quod de substitutis cautum est, eo colore quod cum coheredis portio deficiens coheredi etiam inuito adcreseat, videatur coheres quilibet in coheredis portione quodammodo tacitè substitutus, *di. l. si Titio. §. Iulianus. & di. l. non iustam.* Sed tamen hoc**

hoc ipsum est quod ego mihi persuadere non possum ut coheres siue testamentarius siue legitimus ille sit, pro substituto habeatur. † Nemo enim nescit quam diffimile sit ius adcrecenti, distinctumque à iure substitutionis. In eo præsertim quod ius adcrecenti cõpõnit etiam inuito, ius verò substitutionis nõ nisi volenti. Et qua differentia etiam illa nascitur, quod ius adcrecenti transmittitur ad heredem, at ius substitutionis non item, *l. si ex plurib. 9. D. de suis & leg. i. c. l. qui liberis. 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst. l. torics. 81. de acq. her.* Quarum differentiarum, aut nulla, aut certe perobscura esset ratio, si ius adcrecenti tacitè quoque substitutionis iure censeretur. Sed & illud constat, frequentissimum olim illud fuisse ut coheres coheredi etiam vulgariter substitueretur, id est in eum quoque casum quo citra substitutionem adcrecenti ius locum habere potuisset, ut in *d. l. si ex pluribus ver. alia causa est institui heredis & coheredis substitui, l. coheredi in princ. l. qui discretus. §. qui patrem & §. coheres. & pass. De vulg. & pupillar. substitut. l. 1. §. id quod ex substitutione. D. ad leg. falcid.* Hoc ipsum verò cur ita, si nulla quoque facta substitutione coheres in deficiente coheredis portione pro tacitè substituto habendus fuisset? Imo fiebant huiusmodi substitutiones, ut si coheres idemque substitutus à sua portione ad eunda exclusus esset vel tempore vel repudiatione aut alia de causa si qua esse poterat hereditatem ex substitutione adire posset, in summa ut electionem haberet vtro iure mallet succedere an institutionis an substitutionis: vel ob id maximè quod fieri poterat, ut institutio magis quam substitutio grauata reperiretur. Vnde illa quoque distinctio, An pars onerata adcreseat non onerata, vel contra pars quæ onerata non est, onerata: De qua scripsimus ad *di. §. id quod ex substitutione di. cap. 13. lib. 4.* † Non igitur dici potest, rescriptum Seueri de substitutis duntaxat locutum sola prudentum interpretatione ac citra alterius rescripti auctoritatem ad coheredes extendi debuisset. Quidni enim testator coheredes inuicem substituisset si substitutos eos voluisset? An non id facere tribus illis verbis poterat, *eisque inuicem substituo?* † Quod si in testamentariis quoque heredibus hoc verè dicitur, an non multò verius in legitimis? Legitimi enim non solum expressim substituti non sunt, sed nec, quod magis est, substitui possunt, cum ab intestato vulgaris substitutio nõ magis quàm institutio fieri possit, siquidè & ipsa nihil aliud est quàm institutio vel secunda, vel secundi heredis, ut Caius in *Instit. definit.* Quod igitur expressè fieri non potest, cur aut quomodo tacitè factum fuisse interpretabimur, † Nec est quod quis dicat Patrem familias qui cum facere testamentum posset, mori maluit intestatus, hoc ipso tacitè instituisse videri eos qui mortis tempore proximiores futuri sint in causa successionis, & ab intestato successuri, *d. l. 3. l. consciumur. 8. in princip. D. de iur. codicill.* Et consequenter si plures, quod in eodem gradu constituti sint, legitimi coheredes reperiantur, perinde videri eosdem substituisse inuicem ac si expressim essent instituti. Ne ganda enim est consecutio, quia non eadem hac parte primæ institutionis & secundæ ratio est. Prima institutio quominus tacitè facta intelligatur patrefamilias intestato moriente, nihil impedit, quia medium nullum est inter successionem intestati, & primi heredis institutionem, cum fieri nequeat ut non moriatur testatus, aut intestatus, quisquis testamenti facienti ius habet. † At inter legitimam successionem & substitutionem testamentariam medium illud est primæ institutionis sine qua fieri non potest, ut ad secun-

dam perueniatur, non magis quam ut à substitutione incipiat testamentum quin substitutio euadat in institutionem, ut in *l. si is qui solucendo. 57. D. de hered. instit. l. cum ex filio. 39. §. vlt. De vulg. & pupill. subst.* Proinde si prima institutio nulla sit expressa, fieri nullo modo potest ut tacitam vllam substitutionem continere videatur. † Tacitum enim illud dicitur, quod in expresso continetur vi ipsa & tacito intellectu, & quod colligitur ex expresso: siquidem tacitum ex tacito quod substantiam propriam nullam habet, colligi aut inferri nunquam possit. Alioqui paulatim dici incipiet, Si pater duobus impuberibus ad intestato heredibus relicta decesserit, habendos eos esse pro tacitè pupillariter substitutis, tanquàm tacitè vulgariter substitutos, cum ex Diui Marci constitutione substitutio in alterum casum facta inter impuberes, in vtrumque facta intelligatur, vulg. *l. iam hoc iure. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* quod tamen nemo vnquam dixit, nec nisi perri diculè dicere quisquam possit. Expressam enim esse vulgarem substitutionem necesse est, ut eam pupillarem contineat, quam vulgares interpretes tacitè vocant. Alij elegantius, à lege subintellectam. Similiter dicendum est tacitè substitutos haberi non posse coheredes qui non sint expressè instituti, quamuis qui non sunt expressè scripti habendi sint pro tacitè institutis. Proceditque ratio hæc ita etiam præsupposito iure ut qui sunt expressè instituti tacitè inuicem substituti intelligantur, quod nos iam negauimus nec posthac vnquam concedemus. † Illud longè probabilius defendi posset, eos quibus secundo gradu legitima hereditas deferatur, pro substitutis haberi oportere, cum substitutio expressa ex secundo gradu æstimetur, ideòque & ad hunc casum extendi rescriptum Seueri debuisset. Quomodo ratiocinati sumus libr. 4. cap. 15. cum tractauimus de emendatione *§. vlt. l. 1. de legat. 3.* & negationem eam sustulimus, quæ erat in verbis illis *fideicommissum non debere* Cuius emendationis neque nunc nos pudet. † Sed vereor iam ne Tribonianum potius quam Vlpianum cuius ea lex est emendasse videamus. Obseruo enim quod nondum obseruaram, non potuisse Vlpiani temporibus de specie ibi proposita disputari, quia cum iuris veteris ratio prohiberet ne qua in agnatis esset successio ante nouam Iustiniani constitutionem de qua in *§. placebat Instit. de leg. agnat. success.* sicut nec in suis *l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit.* fieri non poterat, ut repudiante primi gradus agnato à quo fideicommissum relicta fuerat, successio ad sequentem gradum deuolueretur. Id enim erat, in suis & agnatis successionem non esse, ut quamuis proximus ad hereditatem inuitatus, aut preuisset hereditatem aut ante aditam decessisset, nihilo magis legitimo iure sequentes admitterentur, quemadmodum explicat Tribon. in *d. §. placebat & Vlp. in d. §. sciendum.* quoniam scilicet potestas legis in successione legitima siue suo siue agnato proximo deferenda, vnico actu, & vnica delatione consumebatur. † Non ignoro quod subiicit Trib. in *d. §. placebat*, eam iuris ciuili alperitatem hæcenus iure prætorio temperatam & emendatam fuisse ut qui tantum agnati admitti non poterant admitterentur tanquam cognati. Sed non patiuntur hanc interpretationem verba illa Vlpiani, *si illo repudiante ad sequentem gradum deuoluta sit successio:* nec enim ad sequentem gradum deuoluta dici posset successio nisi quæ priori gradui competisset, ac proinde legitima non prætoriam & honorariam. Planè si illa deessent *illo repudiante*, posset locus fieri questionem, an sequentis gradus agnatus fideicommissum deberet quod relicta esset à primi

gradus agnato, siue ante testatorem, siue post testatorem quidem, sed tamen ante delatam hereditatem defuncto. Nam & interdum id euenire potest, vt in specie d. §. sciendum l. si quis filio 6. de iust. sup. l. scripto 7. ff. vnd. liber. Neque. n. potestas legis hereditatem deferentis prius consumi potest quam per ipsam hereditas deferatur, quæ porro viuientis hominis sicut nulla est, ita nec deferri potest, l. i. ff. de hered. vel act. vend. l. donari 29. ali. us l. quidam §. donatione ff. de donat. At vt primo gradu repudiante ad sequentem successio deuolueretur, fieri nullo modo poterat Vlpiani temporibus, quia nec repudiari successio potest priusquam sit delata, l. nec ei. 17. in fin. cum l. seq. l. illud. 77. & pass. ff. de acquir. hered. l. i. §. decretalis. ff. de success. edict. Neq. proinde quæstioni locus relinquebatur, an fideicommissum à primo relicto à sequenti deberetur. Ergo nec illud explicari commodè potest quod sequitur in d. §. vlt. & ita Imperator noster rescripsit. siquidem, vt dixi, primus Imp. Iustinianus fuit qui in agnatorum successione successione induxit. † Quod cum ita sit illud vnum dicendum superest, vt ea quæstio Tribonianus sit, leges veteres pro suo more ad ius nouum accommodantis, rescriptumque Imp. Seueri quem Vlpianus Imperatorem suum solet dicere ad hunc quoque casum extendentis, vt legitimus quoque substitutus, si sic dicere liceat, perinde obligetur fideicommissis à primo gradu legitimorum heredum relicto, ac si per testamentum esset expressim substitutus. † Quominus dubitandum est quin sublata negatione Tribonianus scripserit, agnatum sequentis gradus fideicommissum debere. Id n. consentaneum erat alteri eiusdem Iustiniani constitutioni in d. l. vnic. C. de caduc. tollen. quæ extra causam eorum quæ pro non scriptis habentur, vt diximus, constituit generaliter vt sentire onus debeat quisquis lucrum sentit. Vnde fit etiam mihi verisimile verba illa postrema §. vlt. l. 2. ff. de ius & legit. cum onere fideicommissi, quæ nos delenda esse probauimus lib. 6. c. 14. ab eodem Triboniano potius quam ab alio vilo interprete addita fuisse. Ad eod. sibi placuit ille in iure vetere quod ad hanc rem pertinet, etiam per iniuriam corrigendo. † Cæterum quamuis poneret ita comparatum fuisse ius vetus, vt fideicommissum à primo gradu legitimo relicto à sequenti gradu tanquam à substituto saltem post rescriptum Seueri præstandum esset, ac in necessarium antecederet vt legitima successio à primo gradu ad secundum ex repudiatione deuolui posset nunquam tamen admitterem consequens fore vt perinde coheres legitimus coheredi tacite substitutus intelligi deberet: illud verò multò minùs vt id Seueri rescriptum ad eum quoque quasi substitutum protraheretur. † Itaque vt liberè dicam quod sentio, non puto dubitandum quin Tribonianus sit tota illa clausula d. §. Iulianus, Sed post rescriptum Seueri quo fideicommissa ab instituto relicta à substituto debentur, & hic quasi tacite substitutus cum suo onere consequetur ad crescentem portionem. Cui adnotationi, vt via strueretur, necesse fuit in præcedentibus ita scribere Iulianus quidem scribit adiecta dictione illa quidem Triboniano nostro tantoperè familiari, Ab Vlpiano enim fuisse illam interdictam non puto, sicut nec Iuliani sententiam notatam, nec denique Seuerum Imperatorem ad eod. ieiunè proprio nomine ac sine vlla honoris præfatione nuncupatum fuisse. † Inspectione tamen dignum illud est, cur Iulianus de legitimis heredibus fuerit locutus, an quod in testamentariis aliter existimaret, vt nobis aliquando videbatur? Minimè, si non Vlpianus à Iuliano ea in re dissentit, quemadmodum iam à nobis comprobatum est

ex princip. eiusdem legis. Sed quia in testamentariis distinguendum esset, an expressim substituti essent necne, vt alia quoque distinctio induceretur, an à substitutione fideicommissa repetita essent an non. Vtrumque enim factò testamento frequentissimum erat vt & coheres coheredi vulgariter substitueretur, & à substituto legata fideicommissa que omnia reperiuntur. Quibus distinctionibus locus nullus relinquebatur mortuo patre familias intestato pluribus legitimis heredibus relicto: cum in codicillis aliave vlla scriptura ad intestati successionem pertinere fieri substitutio vulgaris & directa non posset, l. Scævola. D. ad SC. Trebell. §. vlt. Inst. de codicill. † Ideoque in legitimis heredibus verum fuit indistinctè Iuliani & Vlpiani temporibus, ad crescentem coheredis portionem sine onere ad coheredem pertinuisse, tantum abest vt verum esse potuerit quod Tribonianus credit, legitimis coheredes pro tacite inuicem substitutis haberi debuisse, qui nec expressim substitui potuissent. † Quid ergo respondebimus ad d. l. non iustam. 4. C. ad SC. Trebell. Is enim locus vnus est quo apertissimè probari videtur coheredes testamentarios inuicè tacite substitutos videri, ob idque rescriptum Seueri de tacita legatorum & fideicommissorum repetitione ad illos etiam pertinere. Dicendum est, necessariò fuisse in illa specie coheredis inuicem expressim substitutos, non illa solùm coniectura quod eiusmodi substitutio, vt diximus, vulgò fieri solet, sed verbis quoque legis ita suadentibus. Siquidem non alia ratio adfertur, quàm quod D. Antonino placuerit deberi etià à substitutis fideicommissum contemplatione iudicij testatoris, quasi tacite ab iis repetitum. † Quæ ratio prorsus inepta esset ac incongruens, si non expressim coheredes fuissent substituti, priusque erat vt lex diceret habendos eos pro tacite substitutis, quàm vt rescriptum de substitutis factum ad coheredes accommodaret, aut saltem sic concipienda erat ratio, vt de coheredibus esset tanquam tacite substitutis, non de substitutis simpliciter. Sed absurdum sanè fuisset ita rescribi ab Imperatoribus vt tacite repetita viderentur legata & fideicommissa etiam ab eo qui non nisi tacite quoque fuisset substitutus: neque possum videre cur non de coheredibus quoque perinde ac de substitutis Antoninus rescripserit, si ad coheredes quoque rescriptum suum pertinere voluisset. Erat enim multò frequentius ad crescenti ius quàm substitutionis, cum & tacitum esset & necessarium ex sola legis potestate, ideoque nec minùs rescripti auxilium merebatur, sit estatoris voluntas præsumpta coheredi æquè ac substituto nocuisset. Substituto namque substituto loco & gradum eius à quo nominatim legata vel fideicommissa relicta fuerant, vix erat vt non videri deberet ea fuisse testatoris voluntas ne melioris esset conditionis substitutus quàm institutus, etsi ante rescriptum Seueri non ita respondere iureconfulti potuissent, ne quidem ex coniectura subobscuræ voluntatis, quoniam suppletionem aliqua in eam rem opus erat, nec sola interpretatio sufficiebat. Prudenti verò munus erat, vt sapius diximus, interpretari non supplere. † Ad eod. vt etiam hodie post rescriptum Seueri accidat sæpenumerò vt legata ab instituto relicta à substituto non debeantur propter contrarias voluntatis coniecturas, vt Vlpianus tractat in d. l. licet Imperator. 74. de legat. 1. quod etiam pertinet elegans illa species quam Paulus tractat in l. Latimus Larus. 83. de legat. 2. vbi non de illo quæritur, An coheredi ad crescat portio coheredis cū onere, sed an patris tãquàm substitutus ex persona ancillarum debeat fideicommissum

missum ancillis ipsis relicto, hoc modo, cum ipsa m. missa essent. Placet autem non videri repetitum fideicommissum, quia ipsa fideicommissaria fuerant substituta, nec in parte sed in totum, qui vnus est ex casibus exceptis, de quibus in d. l. licet. † At in coheredibus quamuis testamentariis non idem tractari potest, quia coheres cum ad crescenti iure consequitur deficientem coheredis portionem non subintrat locum coheredis, at ne quidem ex voluntate testatoris succedit in ea portione, sed sola legis potestate fit vt & ei inuito, & quod magis est, ipso etiam inuito testatore, si forte contra leges ad crescenti ius prohibere voluisset, deficientis portio ad crescat. Non enim potest ad crescenti ius à testatore prohiberi, vt docuimus in Decadibus. † Neque rursus in coherede, siue testamentario, siue legitimo locum habet ratio illa quæ Tribonianum perpetuò mouit quod ferendus non sit is qui lucrum amplectitur, onus autem recusat. Siquidem lucrum illud portionis deficientis tale est, vt etiam inuito eo heredi acquiratur, quod de substituto non æquè dici potest qui imputare sibi debet, cur substitutionem agnouerit, si onus subire nolebat. † Proinde nulla ratio est, cur dicamus ex tacita testantis voluntate debere illum legata & fideicommissa quæ testator à coherede nominatim reliquerat, si non fuerit expressim substitutus, vt in d. l. i. §. id quod ex substitutione ff. ad leg. Falcid. Nec illa solùm ratione quam supra ex Celsò attulimus in d. l. 27. §. quod alicuius de legat. 2. quod qui vnus ex suis heredibus nominatim grauatur, non aliter videatur præstari voluisse legatū vel fideicommissum, quàm si ille heres extitisset (quæ etiam post rescriptum Seueri, in coherede vera fuit, non etià in substituto.) Verum etià quia ex lege, vt dixi, magis quàm ex testatoris iudicio succeditur, per ius ad crescenti, tum quoque cum ius illud à testatore prohiberi non fuit. Neque in eo vlla fit iniuria voluntati testatoris, qui coheredem coheredi substituere poterat si voluisset. Potestque illi imputari cur non fecerit, tum etiam cum constat eum voluisse. Substitutionem enim vulgarem tacitam prudentes nullam agnoscunt, nisi quæ ex Marci constitutione inducta est, & de qua in d. l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pup. substi. Nam & similiter dicimus eum qui fit coheres præter mentem testatoris, ac proinde ab intestato, nullam parte m. debere eorum quæ testator voluerat præstari ab illo quæ sibi solum successurum sperabat, qui succedit suo iure non ex iudicio testatoris, l. qui graui. 1. cum duab. j. eqq. l. pen. ff. de iur. codicill. l. cum pater. 77. §. cum existimaret de l. 2. † Sed & in specie d. l. 4. C. ad Treb. fuisse coheredes testamentarios inuicè expressim substitutos, conici potest ex illis verbis legis, vt ad alium nepotem eundemque coheredem deuoluatur portio. Deuolui enim proprie dicitur portio quæ ex substitutione acquiritur, quoniam substitutio, vt dixi, ex secundo gradu delationis æstimatur, non etià quæ per ius ad crescenti, cum portio ad crescat portioni non perona. l. si Titio. 33. §. 1. ff. de v. sup. nec proinde ad personam deuoluatur, si hoc quoque sensu eo verbo uti voles, sed ad portionem † Illa igitur dubitandi ratio erat in d. l. 4. non quod rescriptum Seueri de substitutis duntaxat non etiam de coheredibus locutum fuisset, coheredes autem expressim substituti non fuissent, sed vt ipsa lex ait, quod à coherede eodemque substituto non fuisset nominatim repetita legata vel fideicommissa quæ à coherede nominatim fuerant relicta. Sed non fuit necessaria expressa repetitio sufficiente tacita post rescriptum. Fuit tantum necessaria substitutio expressa, de qua tamen quis miretur nihil disertis verbis expressum fuisse

in d. l. 4. cogitare is debet in plerisque aliis legibus Codicis idem vsuuenire vt multa in facto supplenda sunt quæ quod in legibus expressa essent, in rescripto fuissent repetita. Quamquam & ex ipsis verbis legis quæ nos in hanc rem ponderauimus, non obscure probari posse videtur fuisse in illa specie expressam substitutionem. In eoque nos etiam errauimus, cum eam legem interpretati sumus lib. 6. tit. 14. Cætera enim quæ ad eam legem pertinet videtur nobis eod. loco non infeliciter explicasse.

CAPVT. XV.

Emendatio l. pater meus. 29. §. vlt. de legat. 2. & retractata quæstio l. i. §. quod ex substitutione & §. si coheredis ad leg. Falcid.

SVMARIA.

- 1 Hunc §. vlt. dict. leg. pater, precedentis §. consecratum esse.
- 2 Cur in dict. §. vltim. Celsus de herede separatim tractet.
- 3 Reuocat autor quod antea de huius loci sententia proposuerat
- 4 Eam speciem à Celsò in d. §. tractari in qua duo filij familias à patre fuerint ex semilibus instituti, à quorum altero nominatim extranco legatum fuerit.
- 5 Accursij interpretatio ad verba illa d. §. vlt. quod iure antiquo capit.
- 6 Non posse in d. §. legatum ab eo capi cui portio deficientis aut repudiata sine onere ad crescat.
- 7 Emendatur locus ille & pro capit. substituitur cadit.
- 8 Per us antiquum quid ibi intelligatur?
- 9 Post Seueri rescriptum de tacita legatorum repetitione factum, portionem coheredis nominatim grauati ad coheredem siue legitimam siue testamentariam sine onere peruenisse.
- 10 Duo casus excipiuntur.
- 11 Post illud Seueri rescriptum expressam legatorum ab instituto relictorum repetitionem necessariam non fuisse.
- 12 Cuius & autoris ratiocinatio ad §. si coheredis. l. i. ff. ad leg. Falcid.
- 13 Eam quoque in d. §. si coheredis. speciem tractari in qua coheres coheredi fuerit substitutus.
- 14 Differentia inter speciem in d. §. si coheredis. tractatam, & eam que in §. id quod ex substitutione. immediatè præcedente proponitur.
- 15 Quid intersit inter eum casum quo coheredi qui propriam portionem iam agnouit, coheredis portio ex substitutione acquiritur, & eum quo coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhaustam ex substitutione vindicauit?
- 16 De secundo casu & explicatione dict. §. si coheredis.
- 17 Legata in specie d. §. ab instituto relicta à substituto expressim repetita fuisse.
- 18 Idem obseruandum in aliis iuris locis ubi agitur de portione coheredis grauata legatis, quæ ad coheredem cum onere legati perueniat.
- 19 Excepe, nisi legata à coherede qui repudiavit, non nominatim; sed suis verbis, quisquis mihi heres erit; relicta sint.
- 20 Ius vetus circa legatorum repetitionem post Diu. Seueri rescriptum alio argumento probatur & confirmatur.

21 Ratio l. si eius. 34. ff. ad SC. Trebell.

22 Examinatur species §. 1. leg. si res aliena. 52. ff. eod. tit.

23 Cur in specie §. vlt. d. l. pater. de legat. 2. frater cui portio fratris vel extranei heredis adcreuit, legatum de here non possit?

24 Cur hic §. Triboniano sit adscribendus.

Hic quoque locus nostra non tantum interpretatione, sed etiam manu indiget, ut explicari possit. Nec enim haecenus fuit qui bene explicuerit, si filio heredi, inquit Celsus, pars eius a quo nominatum legatum est, adcreuit, non praestabit legatum quod iure antiquo caput. Videtur hoc consequens ei sententiae quae praecedit in §. quod alicuius, ubi generaliter scriptum est, Quod alicuius heredi nominatum fideicommittitur, posse videri testatorem ita demum dari voluisse, si ille heres extitisset, Ad eorum legatorum & fideicommissariorum differentiam, quae non ab vno ex heredibus nominatum relicta essent, sed ab ipsa, ut ita dicam, portione, his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, quomodo & caeteri quoque Iureconsulti distinxerunt, l. si Titio. 61. in prin. de qua proximo cap. diximus, eod. tit. leg. 1. §. id quod ex substitutione. ff. ad leg. Falc. leg. quidam referunt. 14. §. vltim. ff. de iur. codicill. † Sed illud primum obscurum est cur de filio herede Celsus separatim tractet, si alterius cuiuslibet heredis eandem debere rationem esse existimauit. Nam quod Accursus tentat maiorem dubitandi rationem fuisse in filio, quasi qui patris votum magis adimplere debuisset, non videtur probabile, cum neque tanquam heres, neque tanquam filius durioris conditionis esse debeat quam alius quilibet heres. † Nobis aliquando placebat intelligendum esse locum hunc de portione coheredis facta caduca non de repudiata, propter ea verba, *quod iure antiquo caput*, quasi referenda ad legem Papiam de caducis, quae ius antiquum seruauerat liberis vsque ad tertium gradum, l. vnic. §. 1. C. de caduc. tol. Hoc sensu, ut portio defecta post testatoris mortem ante apertas tabulas adcreset, et filio coheredi cum legato, quia nisi iure antiquo id caperet, legatum fieret caducum sicut & hereditas, atque ita nihil interesse legatarij videretur. Sed me nunc ab hac interpretatione illud reuocat, quod longè aliud est filium capere iure adcrecendi deficientem portionem coheredis: aliud verò capere legatum quo deficientis portio fuit onerata. Caput equidem portionem deficientem iure antiquo, id est, iure adcrecendi quod descendit ex lege duodecim tabularum, saltem per prudentum interpretationem, & quidem nil obstante lege Papiam, quae liberis ad tertium vsque gradum imponere suum iugum erubuit, ut Iustinus loquitur in d. l. vnic. Sed non capit legatum quod non sibi, sed alij fuerat relictum. † Puto igitur probabilius dici posse, tractari à Celso speciem illam in qua duo filii familias à patre fuerint ex semilibus instituti, à quorum altero nominatum fuerit legatum extraneo. Nam si filio heredi pars eius, supple filij (nam & rarius est ut filio heredi scripto, extranea persona miscetur, et si fieri interdum potest, l. si is qui. 13. §. vltim. ff. de reb. dub.) à quo nominatum legatum est, adcrecat, eo scilicet abstinente, non debetur legatum ab alio filio cui portio adcreuit, tametsi videatur heres extitisse, is etiam qui se abstinit, cum dici soleat non esse sine herede illum, qui suum heredem habet; quamuis se abstinentem, l. necessariis. 57. ff. de acquir. hered. l. 1. §. qui sunt in potestate ff. si quis omis. caus. test. leg. cum quasi. 30. §. sed est filius. D. de fideic. libert. quia nimirum cum post abstentionem heredis loco à praetore non habeatur, d. l. si neces-

cessariis. l. si filius. 12. D. de interrog. in iure fac. non potest dici talis heres qualem eum fore pater sperauit & voluit, cum ab eo nominatum legauit. Et ideo perinde est ex testatoris voluntate, ac si nullo modo heres esset, ut non debeat filius coheres, quod non deberet si aequè nominatum ab alio coherede extraneo relictum fuisset. Idemque multò magis probandum est, si ponas eum ex filiis à quo nominatum legatum sit, institutum fuisse sub conditione, ut vocant, potestatiua. Hic enim rectius comparabitur extraneo cum ante impletam conditionem non sit heres, nec ciuili iure, nec praetorio, l. 4. D. de hered. instit. l. 4. Cod. de inst. & subst. Itaque nec dubitandi ratio hoc casu illa est, quae esse diximus, filio abstinente. † Sed illa tamen difficultas adhuc superest quid sibi velint verba illa, *quod iure antiquo caput*. Accursus suauiter, & subtiliter, si diis placet, interpretatur, *capit*, id est *caperet de iure antiquo, id est, ex lege duodecim tabularum si nemo esset institutus*, ac proinde ab intestato. Secundum quam interpretationem verum est legatum non capere filium, quem capere lex ait. Imò nec capere posse ab intestato, quandoquidem, ut idè Accursus subiicit, fieri non potest, ut filius qui patri heres extitit, suam portionem habeat iure institutionis, adcrecetem verò ab intestato, cum ita fieret ut pro parte testatus pro parte intestatus patet decessisse intelligeretur. Quare confugit ille ad aliam interpretationem, & ait verbum *capit*, accipi proprie in sensu modi indicatiui, quia filius hic heres caput iure antiquo quod caput ex testamento, quia caput ex lege duodecim tabularum quae confirmat testamentarias successiones, l. lege obuere. 130. de verb. signif. leg. quoties duplici. 91. de regul. iur. Quibus verbis videtur significare, filium hunc iure antiquo capere institutionem, id est, portionem ex qua fuit institutus, quam quae adcreuit ei à fratre coherede, quod vtramque habeat tanquam heres & ex testamento. Atqui Celsus non de institutione loquitur, sed de legato, cum ita scribit, *non praestabit legatum quod iure antiquo caput*. † Alia igitur interpretatio quaerenda est, quia licet legata quoque per legem duodecim tabularum non minus quam hereditates testamentariae confirmarentur, lege verbis legis. 120. de verbor. signif. non tamen potest videri legatum capi ab eo cui portio deficientis aut repudiata adcreuit sine onere legati. Caput. n. ille hereditatem non legatum. Adeò ut etiam si legatum ipsi esset, legatum tamen valere non posset, pro qua parte illi à seipso legatum fuisset, l. & quidem totum. 18. l. legatum est deliberatio. 116. §. 1. iunct. l. planè. 34. §. si duobus de legat. 1. Ergo nulla ex parte valeret si per coheredis repudiationem tota hereditas ad eum peruenerit, quem admodum è contrario si legatarius idemque coheres portionem suam repudiaret, totum legatum consequeretur, quia eo casu totum caperet à coherede, nullam partem à semetipso, d. l. & quidem totum. l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid. † Puto ego subesse mendam in verbo *capit*, potiusque legatum cadit. Sensum autem hunc esse, ut filius idemque coheres fratris se abstinetis, licet iure adcrecendi consequatur, deficientem portionem, non tamen debere legatum, quod à fratre nominatum fuerat relictum, quia id iure antiquo cadit, id est, intercidit, siue defecta, siue repudiata portio quae fuerat grauata Cur verò cadit? Nimirum quia vacans portio pertinet sine onere ad coheredem. † Iure antiquo id est, quod obtinuit à primis ipsis temporibus legis 12. tabul. & ad eam adhibita prudentum interpretationis, non solum vsque ad rescriptum Seueri, ut Azo & Accursus interpretati sunt, decepti ex l. Titio & Manio. 61. §. Iulianus de leg. 2. de qua proximo capite

rite scripsimus, sed vsque ad tempora Iustiniani, qui primus constituit in d. l. vnic. C. de caduc. toll. ut nò modo quae sunt in causa caduci, id est, quae viuo testatore deficient, sed etiam caduca omnia (quo nomine continebantur olim quaecumque mortuo testatore, siue postea deficerent, puta pendente aut defecta conditione) vel remaneant penes grauatum, vel perueniant ad substitutum, vel iure adcrecendi coniuncto acquirantur, sepe cum suo onere: Nà post illud quoque Seueri rescriptum quod de tacita legatorum repetitione factum est, idè semper hac parte & incorrectum mansit ius vetus, ut siue deficientis, siue repudiata portio eius coheredis qui nominatum esset grauatus, ad coheredem siue testamentarium, siue legitimum sine onere perueniret: † Exceptis duobus tantum casibus. Quorum alter erat si defecisset portio ex voluntate testatoris qui heres nomen induxisset, ea mente ut ipsius tantum institutionem, non etiam legata & fideicommissa ab eo nominatum data improbaret, l. 2. in prin. ff. de his quae in testamen. delent. Alter ille de quo superiore capite tam multa diximus, si coheres coheredi esset substitutus, & à substitutione repetita expressim legata ante rescriptum Seueri. † Nam post rescriptum expressa repetitio necessaria non fuit: proinde non sit cur aduersus hanc nostram sententiam quis obiiciat Paulum in l. 1. §. quod ex substitutione ff. ad l. Falcid. ubi tractat de portione coheredis quae siue grauata, siue exhausta legatis ad coheredem ex substitutione peruenit. Tametsi non ponat expressim repetita fuisse legata à substitutione, quia nec erat necesse, cum celebre illud Seueri & Antonini rescriptum passim iam obtineret. † Illud subobscurius est, quod in seq. §. si coheredis, idè Paulus tractans de portione quae legatis onerata vel exhausta fuerit, & coheredis portioni adcreuit, non dubitat, quin legata etià nominatum relicta ab eo cuius portio vel defecta sit, vel repudiata debeantur, sed de illo tantum disputat, an confundendae sint portiones necne, ut sciri possint an praestanda sit integra an deducta quarta. Nec enim videtur dici posse, id accipiendum de coherede qui fuerit coheredi substitutus, ne alioqui fatendum sit eandem quaestionem quae in §. praecedente tractata fuerat, in sequenti superuacuo fuisse repetitam. Quomodo ratiocinatur Iacobus Cuius, quem nos & retulimus & ex parte secuti sumus lib. 4. c. 11. Addens in d. §. si coheredis, non solum tractari de portione adcrecente nudo iure adcrecendi non iure substitutionis, sed etiam de portione defecta non repudiata, sumens huius rei coniecturam ex verbo, *vindicauero*, arg. l. 5. de vulg. & pupill. substit. † Sed tamen aliud mihi nunc iudicium est, & quando in quaestione tam perplexa me cum viro doctissimo hallucinatum esse non pudet, cui pudebit in melius tandem mutare sententiam? Dico igitur in eo quoque §. si coheredis, illam quoque speciem à Paulo tractari in qua coheres coheredi fuerit substitutus, cum aliter nullus potuerit locus esse quaestioni, siue poneret nominatum relicta legata ab eo cuius portio defecisset aut repudiata esset, quoniam ea coheres non deberet, sine his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, quorum adiectio faceret sine dubio, ut in ponenda legis Falcidiae ratione omnimodo confundendae & miscendae essent portiones; ut ostendunt verba illa vltima d. §. id quod ex substitutione scilicet si ab eo nominatum data sint, non, *Quisquis mihi heres erit*. † An igitur eandem prorsus speciem & quaestionem in vtroque §. tractatam fuisse fatebimur? Minimè. Nà in §. ad quod ex substitutione, tractatur ille casus quo siue deficientis, siue repudiata portio coheredis ad co-

heredem suum qui suam iam agnouerat, ex substitutione peruenit. At in §. si coheredis, ille tractatur in quo coheres coheredi substitutus, antequam portionem suam agnosceret, deficientem coheredis partem ex substitutione vindicauerit. Id enim significat verbum *vindicauero*, quoniam cum deficientis portio adcreuit iam agnitae portioni, adcreuit etiam inuito coherede, & ipso iure nec vlla vindicatione opus est aut ad acquirendum, aut ad testandam acquirendi voluntatem. Quod diuersum est cum ante agnitam vnam portionem alia defecit. Tunc n. liberum est coheredi eidemque substituto, incipere aditionem à portione deficientem, nò à sua, quod non aliter facere possit quam si eam vindicet ex substitutione. Nà si substitutio nulla facta esset, quamuis alia portio defecisset antequam is qui heres esse vellet, propriam agnouisset, non tamen à coheredis portione posset aditionem incipere, quippe qui in ea portione nihil prorsus iuris haberet, nisi per posterius, id est, agnita prius propria portione cui alia adcreuisset. † Quid autem inter hos casus interfit, licet nemo fortassis adhuc dixerit, facile tamen ex ipsis Pauli verbis explicari potest. Etenim cum coheredi qui propriam portionem iam agnouit, coheredis portio ex substitutione acquiritur, & de lege Falcidia disputatur, ea ratio videtur legatariis nocere, quibus à coherede eodemque substituto fuit legatum, ne ob id minus Falcidia patiantur quòd pars nò onerata onerata accesserit. Quia iam erat quaesitum ius coheredi grauato, ut ex iis legatis Falcidia posset deducere, cum placuerit in singulis heredibus. legi Falcidiae locum esse, l. in singulis. 77. eo. Contra tamè Paulus respondet, quia coheres hic ex semisse institutus, & coheredi substitutus similis est heredi ex parte pure, ex parte sub conditione instituto, siquidem substitutio directa quaelibet, nihil nisi condicionalis institutio est. Nemo autem dixerit heredem ex parte pure, ex parte sub conditione institutum Falcidiam iuducere posse in legatis ex ea portione quae pure data fuit praestandis: si alterius portionis condicio tandem extiterit, atque ita hereditas tota ad eum peruenit, cum vtraque portio vnam tantum hereditatem constituat vnius testatoris, nec nisi vnum faciat heredem. Quae tamen ab eo nominatum qui portionem suam omiserat, legata fuerunt, non augebuntur, id est, non sine Falcidiae detractioe praestabuntur, si in persona coheredis repudiatis Falcidia locum habere potuisset, quoniam heres qui portionem suam agnouit, cum ea praestet tanquam substitutus, quia sc. tanquam coheres nulla deberet, praestat illa ex persona coheredis, non ex sua. Eodem igitur modo quo per ipsum coheredem praestanda essent. Nec est contrarium quod ea debet tanquam à se tacite repetita. Id enim facit duntaxat ut ea debeat, non etiam ut ex sua persona, l. qui fundum. 87. §. qui filiam eod. tit. Neque potest quòd ad ea legata pertinet comparari heredi ex parte pure, ex parte sub conditione instituto. Nam si quis esset ex parte pure, ex parte sub conditione institutus nulla legata debere posset, nisi ex propria persona, ideòque nec Falcidiam inducere posset, si modò quadrantem totius hereditatis saluum haberet. Quod secus est cum agitur de legatis praestandis quae non ab eo, qui totam hereditatem nunc possidet, relicta fuerunt, sed ab eius coherede, cui fuerit ipse substitutus. Et si namque substitutio ipsa est, quae facit ut heres ex semisse institutus, & coheredi substitutus, comparandus sit heredi partim pure, partim sub conditione instituto (quae comparatio non similiter procederet, nulla facta substitutione, tametsi ius adcrecendi locum haberet, ut intelligas coheredem licet

testamentarium pro substituto haberi non posse) hæc ipsa tamen comparatio demonstrat, non quod ad alia legata posse eam habere iuris effectum, quam quod ad ea quæ ab ipso adente relicta sint, non quod ad ea quæ ab eius coherede qui repudiavit, quia si solus ille esset institutus ex parte purè, ex parte sub conditione, neque de coherede villo, neque de legatis à coherede relictis quæri oporteret. Atque hic quidem sensus est, d. §. id quod ex substitutione. † At cū coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhaustam ex substitutione vindicavit, priusquam suam agnosceret, quæ diximus casum esse de quo tractatur in d. §. si coheredis. maior ratio suadet, ut confundendæ partes videantur secundum Cassij sententiam à Paulo relatam, quia cum incipiat aditio à portione exhausta, videtur coheres idemque substitutus aliâ quoque portionem ex qua scriptus ipse fuerat habere ex eadem substitutione tanquam portioniam agnitione sola totam hereditatem vindicaret, quo casu nemo diceret Falcidia locum fore cum & nulla detracta Falcidia saluum & integrum totius hereditatis semissem esset ille habiturus. Sed aliud Proculo visum est, & Iuliano, quos Paulus quoque probat, quia substitutio prius agnita non facit, quominus idem & substitutus & coheres aliam partem habeat iure propriæ institutionis, & consequenter quin legata à coherede qui repudiavit, nominatim relicta præstet ex persona coheredis tanquam ex solo semisse instituti, qui si portionem suam agnouisset, utique Falcidiam inducere potuisset. Dices Iuliani & Proculi temporibus ita ius fuisse, ut legata ab instituto relicta, substitutus non deberet, si non essent expressim repetita. Fateor, quia floruerunt illi ante tempora Seueri & Antonini. † Sed cum in omni quæstione præsupponendi sint termini habiles, ut interpretes loquantur, nihil vetat supponere expressam repetitionem, quam & credibile est olim fieri passim solitam fuisse, indeque sumptam occasionem rescripti, sicut & plerisque aliis Imp. constitutionibus causam illud dedit, ut pro facto haberi voluerint, & pro conuento, etiam quod factum & conuentum non esset ob id solum quod ut plurimum fieri & conueniri id soleret, l. vlt. C. de fideiuss. l. vlt. C. qua res pignori oblig. poss. iunct. l. & qua nondum. 15. §. quod dicitur. ff. de pig. Et verò cum nihil esset frequentius quam ut coheres coheredi vulgariter substitueretur non solum ut haberet electionem vtrū ex substitutione vellet succedere an ex institutione, sed etiâ & ob id potissimum ne portio fieri caduca posset, quemadmodum Iulianus testatur in pr. d. l. vmi. C. de cad. toll. dubitandum non est quin prudens testator quilibet cum id maxime ageret ut voluntatem suam in tuto collocaret, à substituto quoque legata repetere soleret, quæ videbat non aliter conservari posse in casu euenientis substitutionis. Isque certè mihi nunc videtur verissimus Pauli sensus in d. §. id quod ex substitutione, & d. §. si coheredis, quem tamen non eramus allecuti cum priores nostras de responsi satis obscuri interpretatione coniecturas exponebamus lib. 4. cap. 13. quæ locū ex hoc volumus, non modò suppleri, sed etiâ emendari. † Denique si quis alijs iuris locus est in quo tractetur de coheredis portione grauata legatis quæ ad coheredem perueniat cū onere legatorū, ut in l. quod si alter vtro. 78. eo. tit. dico ponendū esse necessariò quod vel fuerit coheredi substitutus, & ab eo expressim repetita legata vel fideicommissa, nisi eius IC. responsum sit qui Seueri rescriptum nō ignorauerit (tunc enim substitutionem præsupponere satis est ad ta-

citam repetitionem inducendam) † vel fuerint legata à coherede qui repudiavit, nō nominatim relicta, sed his verbis, *Quisquis mihi heres erit, ut non tam persona ipsa coheredis, quæ ei portio grauata dici possit. Nec enim necesse est nominatim relicta esse legata vel fideicommissa ab eo qui ex semisse scriptus est, ut sola eius portio grauata videatur, sed potest ita scribere testator, Titius ex semisse heres esto, Mauius ex alio semisse, Quisquis ex Mauij semisse heres erit, Sempronio ducenta, Caius trecenta dato.* quo casu certū est solum Mauij portionem esse oneratam, & tamen Titium, siue substitutionis siue ad crescendi iure semissem consequatur, legata omnia ex eo semisse relicta debiturum tanquam ab eo non tam repetita quam data propter dictionem illam *Quisquis*. † Cæterum, quàm verum sit quod & in hoc & in superiore capite disputauimus, ita fuisse comparatum ius vetus etiam post rescriptum Seueri & ante Iustiniani constitutionem in d. l. vmi. Cod. de caduc. tollend. ex illo quoque apparet quod pluribus heredibus institutis, & altero hereditatem restituere rogato, si is suspectam diceret, cogi poterat & debebat per fideicommissarium, ut adiret, ne alioqui fideicommissum intercideret, tametsi eius coheres qui grauatus non erat, iam adiuisset, l. cogi. 16. §. vlt. D. ad SC. Trebell. l. sed cum ab herede 12. eodem. secundum eam illius loci interpretationem quam nos attulimus sup. cap. 9. Quid enim esset hoc necesse, si suspectam dicentis & repudiantis portio non nisi cum onere fideicommissi ad coheredem aduentem peruenire posset: Exemplo quod dicimus, si duo heredes à patre instituti fuerint, & vtriusque fideicommissum vel exhereditati filij hereditatem restituant satis esse vel vnum cogi adire ad patris tabulas confirmandas. Hoc enim factò etiam eum qui patris hereditatem adire & restituere compellendum, l. apud Iulianum 11. §. 1. l. ita tamen 27. §. qui suspectam, & à parte, vers. quod si duo eo. Nunquam enim cogendus quis est ut contra iuris regulas adeat hereditatem sibi suspectam, nisi cum id necesse est ad conseruandum fideicommissum. † Et si videtur specialior quædam ratio locum habere in fideicommissis vniuersalibus quam in singularibus & in legatis, quia non possunt actiones ex fideicommissis vniuersali transire in fideicommissarium, nisi restitutio fiat ex Trebelliano, quæ porrò fieri non aliter potest quam si restituatur hereditas, quomodo testator voluit, ac proinde ab eo ipso qui rogatus fuit. Quæ videtur etiam ratio esse l. si eius 34. eod. † Eodemque refero quod Papi. in l. si res aliena. 52. §. 1. eo. tit. tractat de ad crescente portione eius ex coheredibus, à quo fuerat relicta libertas, non eius à quo hereditas: quia si portio coheredis qui hereditatem seruo restituere rogatus erat, ei adcreuisset qui libertatem fideicommissariæ præstare debuerat, quod idcirco potuisset ille cogi ut adiret suâ portionem, quia non eo magis factus fuisset debitor & libertatis & hereditatis, quandoquidè etiam adita portione sua, coheredis quidè portionem repudiata ad crescendi iure consecutus fuisset, at liberâ & immunè ab onere fideicommissariæ hereditatis. Cur ego, inquires, cōtrâ euenit, ut repudiante portione suam eo qui fideicommissariam libertatem debuit, coheres cogi possit, tanquam qui ob ad crescentem portionem vtriusque fideicommissi debitor esse cœperit, & libertatis & hereditatis? An non ex eo appareret deficientem coheredis portionem à quo nominatim relicta fuerat libertas per fideicommissum ad crescere coheredi cum suo onere fideicommissi? Sic sanè est, sed iure, ut puto, singulari non solum fauore libertatis (idem enim etiam in casu contrario dicendū esset si fa-

uor hic libertatis vigeret) sed ratione voluntatis, quia fideicommissum hereditatis ab eo præstandæ qui totâ hereditatem nunc habet facillè includit fideicommissum libertatis tanquam in necessarium antecedens arg. l. pen. C. de necess. hered. instu. Estque longè expeditius ut debitor hereditatis fiat debitor libertatis, quàm ut è contrario debitor libertatis fiat debitor hereditatis. Quoniam quiber est, potest esse non heres, qui verò heres est, non potest esse non liber. Târò res, qui verò heres est, ad crescens portio, non tam magis, quòd hoc casu ad crescens portio, non tam onus quàm commodum adferre secum videtur. Nam et si coheres portionem suam agnouisset, non aliter tamen fideicommissariam libertatem præstare potuisset, quàm si eam partem quam in illo seruo copuisset, quàm si legato prius accepisset, d. l. cogi. §. vlt. Atque ita serui partem amisisset, fauore coheredis qui solus libertum habuisset. Coherede verò repudiante, et si eandem serui partem hic amittit, quàm illo ad eunte amissurus erat, habet tamen libertum præstita fideicommissaria libertate, ideòque negari non potest, quin plus consequatur commodi, quàm incòmodi ex ad crescente portione, etiam quod pertinet ad seruum hunc manumittendum. † Ergo, ut ad Celsum nostrum redcamus, fatendum est eo iure quod Celsi temporibus obtinebat, si filio coheredi pars coheredis, siue frater, siue extraneus is esset, adcreuisset à quo nominatim fuerat legatum, non potuisse adentem debere legatum, quoniam eiusmodi legatum eo iure cadebat & intercidebat: Idque significare verba illa, quod iure antiquo cadit. † At cum ius antiquū dici non possit, nisi ex comparatione iuris noui arg. d. l. quoties duplici. 91. de reg. iur. l. tutelae. 7. D. capit. minut. Ius autem nouum hic non aliud sit, ut probauimus, quàm quod Iustiniani constitutio introduxit, de quo tamen potuit Celsus cogitare: cogor dicere verba illa Triboniano esse necessario tribuenda, id scilicet perpetuò agenti ut ius antiquum ad Iustiniano constitutiones accomodet, postquam ita Iustiniano placuit ut quæcunque à prudentibus dicta sunt, perinde accipiantur, ac si à Iustiniano ipso dicta essent. Voluit autem Tribonianus dicere, Celsi quidem sententiam veram fuisse temporibus Celsi quia iure antiquo legatum nominatim relictum ab eo qui heres non esset, deficiebat, nec præstandum erat, ab eo cui deficiens portio ad crescebat. Sed hodie aliud esse nouo iure Iustiniano, quo inductum fuit, ut deficiens portio nunquam sine onere ad crescat, nisi cum habetur pro non scripta. Sed obseruare Tribonianus debuit, ita loqui interpretem, aut etiam Tribonianum ipsum, non item Celsum potuisse.

CAPVT XVI.

Emendatio l. i. §. penult. D. de his quæ in testam. delent.

SVM MARIA.

- 1 Verborum eius §. obscuritas, & additio Accursij ad eorum explanationem.
- 2 Rescribitur eiusdem interpretatio ad illa verba si forte sit substitutus.
- 3 Vlpianum ibidem de ademptione per testatorem ipsum non per legem facta loqui.
- 4 Nullo casu fieri posse ut substitutus in pœnam cancellationis, quam inuito testatore fecerit, hereditatem amittat.
- 5 Testatore instituti nomen inducente nec institutum nec substitutum ex ea hereditate emolumentum quocquam capere posse.

- 6 Eam inductionem ceteris coheredibus, legatariis & alijs quibus eodem testamento quid relictum est non nocere.
- 7 Verba hæc si forte sit Substitutus Interpretis esse.
- 8 Legata quum adimuntur verè & propriè adempta dicuntur, hereditatem verò quum adimuntur non tam ademptam quam non datam videri.
- 9 Heredi purè per testamentum instituto conditionem codicillis adscribi non posse.
- 10 Quomodo accipiendum sit quod in d. §. pen. Vlpianus dicit, semel datam hereditatem non facillè adimi posse?
- 11 Respondetur ad l. nihil interest. 16. ff. de adimend. legat.
- 12 Restituitur dict. §. penult. & cum precedenti conuenitur.

Vlpiani † verba hæc sunt, *Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas si forte sit substitutus, iure facta videbitur, non quasi adempta, quoniam hereditas semel data adimi facillè non potest, sed quasi nec data.* Quorum verborum constructio ipsa per se priuim obscura est. Non enim dici potest ad quod substantiuum referendum sit adiectiuum facta nisi cum Accursio suppleas ademptio. Supplendum namque erit substantiuum, quod in præcedentibus non fuit expressum, licet de portione adempta dictum sit, quoniam aliud est dicere portio adempta, aliud ademptio. Sed et si poneret ita scripsisse Vlpianum, *Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas si forte sit substitutus iure, facta ademptio videbitur.* adhuc tamen non satisfaceret Prisciano. Scribendum enim erat *hereditatis portione adempta vel tota hereditate per ablatiuos absolutos qui à nullo verbo regantur, non per nominatiuos, quos aliquo verbo regi necesse sit.* † Sed & illud difficile est explicare, quid sibi velint verba illa *si forte sit substitutus.* Non enim placere potest interpretatio Accursij, qui ea sic intelligit ut substitutus considerit tabulas inuito testatore, factique sui pœnam illam patiatur ut amittat hereditatem, argumen. l. non est dubium. 5. C. de legat. & l. penultim. eodem. & l. Paulus respondit. Si certa. 48. D. ad SC. Trebell. Aliud siquidem est adimi hereditatem, aliud amitti. nec video quæ ratione posset hoc casu dici adempta substituto hereditas quam factò dolòque suo amisisset. † Præsertim cum de ademptione per testatorem ipsum non per legem facta Vlpianum loqui ex eo appareat quod sequitur, *non quasi adempta, sed quasi nec data.* Ademptio enim quæ per legem fit, necessariò præsupponit dationem adeoque delationem hereditatis, non etiam illa quæ fit per testatorem: quia quædiu testator viuit non defertur hereditas. nec proinde vlla dum legis potestas est in ea adimenda. Cùm tamen verū sit datam eam esse per testamentū, nemo dubitat quin possit eam testator adimere quasi nec datam: ratione illa quòd neque testamenti vis vlla est, sicut nec hereditas ante mortem testatoris, cuius voluntas interitum est ambulatoria & ita reuocabilis, ut quod mortis tempore ab eo datum non reperitur, siue hereditas sit siue legatum testamento fortasse solemniter reuocato, nunquam datum esse videatur. † Accedat, quòd nec fieri villo casu potest ut substitutus in pœnam cancellationis, quæ inuito testatore fecerit amittat hereditatem. Nā siue totū testamentū cancellauerit, ipsam quoque substitutionem cancellatam & consequenter inuitilè factam esse necesse est, cùm in testamento contineatur, siue quod probabilius facturus sit, institutionem tantū cancellauerit ut sibi locum faceret ac substitutioni, quæ nihil egerit, quia tum etiam

cum testator ipse instituti nomen induxit, & substituti reliquit, fieri non potest ut substitutus emolumentum hereditatis habeat. *l. 2. ver. sed si instituti*, ubi pro *institutus* quomodo habet recepta lectio, *substitutus* legendum esse Iac. Cuiacius non minus eleganter, quam verè obseruauit. † De instituto namque cuius nomen testator consultò induxit dubitari non potest, quin nihil habere debeat, tametsi nomen substituti non fuerit inductum, cum nihil vetet incipere testamentum à substituto vulgari, ut & in *leg. si is qui soluendo*. 57. ff. de hered. instit. *l. quidam testamento*. 30. & *pass. De vulg. & pup. substit.* At de substituto dubitari probabiliter poterat, cuius nomen inductum non erat, propterea quòd cancellatio non aliis nocere soleat quàm iis quorum nomina cancellata sunt. *l. 2. & 3. hoc tit.* Sed tamen illa ratio substitutum quoque excludit, quòd non alia hereditas aut hereditatis pars ei data dici possit, quàm quæ data fuerat instituto: Id enim est substitui, in ea scilicet portione quæ alij data fuerat institui. Proinde cum institutus hic nullus sit quia nomen eius cancellatum fuit, nulla est etiam hereditas in qua substitutus datus videri possit: sed ea potius pars hereditatis data ei videtur (ponit enim lex institutum cuius nomen inductum est habuisse coheredes) quæ nullæ esset, ut in *ca. u. l. ex facto*. 19. ff. de hered. instit. † in eoque propter hanc rationem deterior est condicio substituti quàm vel coheredum vel legatariorum & aliorum quib. eodem testamento aliquid relictum proponatur, quibus non nocet quod heredis nomen inductum sit, adeò ut ex illa inductione & cancellatione resultet potius tacita quædam confirmatio quæ faciat ut tantò magis valere debeant cetera, ut Paul. Castr. ratiocinatur ad *d. l. 3. in fin. hoc tit.* Apparet igitur verba illa, *si forte sit substitutus*, neque ab Accursio aut alio interprete fuisse bene explicata, neque explicari commodè posse proinde interpretis esse potius quàm Vlpiani, quamquam nec facile est dicere quid interpretem fallere potuerit, adeò sunt inepta, & ad rem iurisque ratione parum accommodata. Nisi fortè putauit ille ademptionem hereditatis siue totius siue pro parte non aliter valere posse quàm si heres aliquis sit ex cuius persona confirmetur ademptio sicut & datio confirmanda esset, quemadmodum si de legatis aut fideicommissis ageretur, *leg. quidam referunt*. 14. ff. de iur. codic. † sed cogitare debuit aliam esse hereditatis, aliam legatorum, legata neque dari, neque adimi posse, si heres nullus sit, à quo vel dentur vel adimantur, quia pendent ex institutione, ab eaque vires accipiunt, *d. l. 3. h. t. l. i. in fin. De vulg. & pupill. substit.* Hereditatem verò directam (aliud enim est in fideicommissaria) sicut non ab alio dari potest, quàm ab ipso testatore, ita neque datam adimi, & ob id cum adimitur non tam ademptam, quàm nec datam videri, quia cum non nisi testamento dari possit, §. 2. *Instit. de codic.* testamentum verò nullum sit sine institutione, *l. vlt. ff. eod.* non potest dici hereditas data heredi, cuius nomen ab ipso testatore inductum fuit. Ergo nec adempta, quando quidem ademptio propriè sumpta præsupponit veram dationem, *l. 3. §. condicio & pass. ff. de adim. leg.* At legata cum adimuntur, verè & propriè adimi dicuntur, cum verè data fuerint testamento quod per eiusmodi ademptionem non minus subsistit licet in effectu verum sit etiam in legatis, id quod ademptum sic nec datum videri, *leg. si uia sit adscriptum*. 14. *De legat. 1.* Idque est quod Vlpianus ait hereditatem semel datam non facile adimi posse, scilicet verè, & propriè saluòque

testamento in quo fuerat data. † Codicillis enim adimi non posse constat, *l. pen. §. vlt. ff. de cond. inst.* ubi ob hanc causam Medestinus scribit neque condicionem in codicillis adscribi posse heredi, qui testamento fuerat purè institutus, quia in defectum conditionis de hereditatis ademptione cogitasse testator intelligatur. Alio autem ritè ac solemniter factò testamento, non possit dicere ademptam hereditatem cum prius ipsum testamentum solum rumpatur & irritum constituatur, §. *posteriore Inst. quib. mod. test. infirm.* *l. si quis priore*. 29. ff. ad SC. Trebell. atque ita fiat ut nunquam hereditas data censetur. † Itaque quod Vlpianus hoc loco scribit hereditatem semel datam non facile adimi posse, modesto & prudètib. nostris familiari more loquendi, sic proculdubio accipiendum est, ut nullo modo nullòque casu adimi possit, si quis propriè ac partitè loqui velit, siue namque ponas herede solum institutum fuisse à quo sit adempta hereditas, non potuit ei adimi à seipso non magis quàm dari, sicut nec heredi à semetipso legatum vllum dari aut adimi potest, *l. cum filiofamilias*. 11. *l. & quidem totum*. 18. *l. legatum est delib. ratio*. 16. §. 1. *de legat. 1.* Si ponas datos ei coheredes, non potest ea coheredum adiectio vtilem facere ademptionem hereditatis, quia non sicut legatorum, ita & hereditatis pars aliqua capitur à coherede. Multòque minus datio substituti ademptione eiusmodi confirmabit, quia præposterum est ut siue datio siue ademptio hereditatis à substitutione confirmetur, *l. ex pupillari*. 44. *De vulg. & pupill. substit.* quod per *manus*. 10. ff. de iur. codic. † Non est contrarium quod Paulus scribit in *l. nihil interest*. 16. ff. de adim. legat. nihil interesse an inducatur quod scriptum est an adimatur, ex quo inferunt nonnulli hereditatè igitur adimi posse, quia & heredis scripti nomen induci potest, id enim de iis rebus debet intelligi quæ adimi possunt, id est de legatis & de fideicommissis, & aliis huiusmodi, non etià de hereditatibus, quæ nec adimi possunt nec induci. Planè ipsius heredis nomen induci posse non negamus, sed aliud esse dicimus, induci nomen heredis, aliud hereditatem, quia nec hereditatis mentio necessaria est ad concipiendâ institutionem, sed tantum nomen heredis, *l. i. §. si auem sic scribat*. ff. de hered. inst. Præterea tum quoque etiam heredis instituti nomen inducitur, admittimus equidem auferri ei commodum hereditatis, sed ita tamen ut non tam adempta quàm nunquàm ei data hereditas existimetur, propter eam quæ diximus ratione. † At quoniam sublatis etià illis verbis, *si forte sit substitutus*, quæ nos inepti interpretis esse probauimus, mendum illud manet quod huius capituli initio monuimus, viciòse constructionis. Puto non aliter posse locum restitui quàm si deleta quoque dictione illa facta contexamus hunc §. cum præcedenti continua ferie orationis ab illis verbis, & *si quidem*, legamusque hoc modo, *Et si quidem illud conscidit testator denegabuntur actiones, & hereditatis portio adempta, vel tota hereditas iure videbitur non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data.* Illa namque intermedia, *si vero alius inuito testator non denegabuntur*, etiam tollimus non tanquam falsi quid habentia, sed tanquam inepta, non ob id solum quod elegantem alioquin futuram & continuatam orationis seriem interrumpunt (nisi quis probabiliter putet ut parenthèsi circumscribantur, quo tamen sensu scribendum fuerat *si enim non si vero*) sed etiam quia prorsus ridiculum est monere, non esse denegandas actiones heredi cuius nomen inductum est si & ab alio quàm à testatore inductum sit, & inuito testatore. Quis. n. tam stultus esset ut de eo

posset dubitare? Imò stultus fuit interpres qui scripsit inuito testatore cum scribere potius debuisset *ignorante* quam *inuito*. Sufficit namque ut ignorante testatore cancellatio ab alio facta sit, ne prætextu cancellationis actiones denegentur, quando nec nocet cancellatio facta, si inconsultò facta sit, ut in §. præcedente Vlpianus scribit.

CAPVT XVII.

Explicatur tit. de iis quæ in testamento delent.

SUMMARI A.

- 1 *Que ratio Accursium mouerit ut crederet hereditatem inductione ademptam siue non datam ipso iure acquiri heredi posse, ut tanquam scriptus per aditionem heres fiat?*
- 2 *Aliorum Interpretum distinctio in hac questione.*
- 3 *Cur inducto heredis nomine fisco locus fiat?*
- 4 *Toto testamento à testatore inducto testatorem legitimus heres vocasse videri.*
- 5 *Nec eo casu legitimis heredibus probandum incumbere testatorem ideo tabulas incidisse ut intestatus moretetur.*
- 6 *Reprehenditur Castrensis collectio ex l. vlt. ff. h. t.*
- 7 *Solius heredis nomine inducto, si nulli alij coheredes ad sint, presumptionem non pro legitimis heredibus sed pro fisco esse.*
- 8 *Inciso & cancellato toto testamento legata à legitimis heredibus nulla præstari, nisi fuerint ab intestato expressim repetita.*
- 9 *Respondetur ad l. 2. ff. h. t.*
- 10 *Cancellationem & incisionem à mente capto factam nec heredibus nec legatariis nocere.*
- 11 *Unius vel plurium heredum nomine inducto legata non à legitimis heredibus sed à fisco legatariis deberi.*
- 12 *Diluantur que in l. 3. h. t. in simili specie ab Aduocatis fisci aduersus legatarios afferbantur.*
- 13 *Legatariis eo casu legatar non deberi si testator a mente eoque sine heredum nomina induxerit ut intestatus decederet.*
- 14 *Quomodo ea testatoris voluntas probari possit?*
- 15 *Differentia inter ius civile & Prætorum quod ad heredum inductionem, ab Interpretibus constituta.*
- 16 *Heredis nomine inducto legitimus heredes non per testamentarium excludi, sed per fisco quasi succedentem in locum & ius testamentarij.*
- 17 *Heredes legitimus eo casu tanquam indignos quoque excludi, tentatur.*
- 18 *Ut tanquam indigni excludantur requiri ut solemniter testamento heres extraneus institutus sit cuius nomen à testatore inductum est.*
- 19 *Testamento minus solemniter factò legitimus successorum, quem testator excludere voluit pro indigno non haberi.*
- 20 *Uo casu legitimam heredem instituto comparari ut indignus fiat & fisco legitima hereditas acquiratur.*
- 21 *Solemni testamento factò in quo extraneus heres institutus est, proinde legitimus indignus iudicatus est, eam legitimis heredis indignitatem fisco locum non facere.*
- 22 *Testatore heredum institutorum nomina cancellante, non legitimis heredibus sed fisco ipsius hereditatem deferri.*
- 23 *Duplici ex causa deteriore esse conditionem legitimis heredis, inducto nomine heredis solemniter instituti quàm esse debeat heredis instituti sublata per testamentum spe legitimæ successionis.*

- 24 *Non ob id solum legitimum heredem indignum esse desineret quòd testamentarius cancellatione indignus sit iudicatus.*
 - 25 *Multo difficilius hac parte testatoris voluntatem progredi quàm regredi.*
 - 26 *Fiscum, siue unius siue plurium heredum nomina testator induxerit, pro eorum portionibus quibus actiones denegantur admitti.*
 - 27 *Etià omnium heredum nominibus inductis potiorum esse fisci quàm legitimorum heredum causam.*
 - 28 *Nec distinguendum an totum testamentum, an sola heredum nomina testator cancellauerit.*
 - 29 *Utroque tamen casu legitimus admitti si probauerit testatorem intestatum decedere voluisse.*
 - 30 *Hanc probationem legitimis heredibus semper incumbere, siue plures unius testamenti tabulæ fuerint eodem exemplo scriptæ, quarum alteras testator deleuerit, siue una.*
 - 31 *Hanc distinctionem inter scriptum & legitimum heredem locum habere posse.*
 - 32 *Testatorem qui ex pluribus testamentis unum deleuit, perinde haberi ac si neque testatus neque intestatus decederet.*
 - 33 *In hac perplexitate exclusis primùm legitimis heredibus hereditatem à scriptis auferri, mox fisco applicari.*
 - 34 *Legem tamen eo casu legata, fideicommissa & portiones coheredum quorum nomina inducta non sunt, conseruare.*
 - 35 *Fiscum hoc casu non quasi nullo facto testamento, sed quasi salua causa testamenti succedere.*
 - 36 *Legatorum hoc casu conseruationem equitati potius quàm strictæ rationi accepto ferendam esse.*
 - 37 *Varie Doctorum interpretationes ad ea que in d. l. 3. in fin. h. t. dicuntur Etiam inducto nomine serui quem testator liberum esse iusserat, liberum eum nihilominus fore.*
 - 38 *Ea verba de eo seruo accipienda esse qui non solum liber, sed etiam heres scriptus fuisset.*
 - 39 *In quo fauor libertatis ibidem versetur?*
 - 40 *Resellitur vulgaris Doctorum ad hunc titulum interpretatio, & sententia ab authore superius proposita confirmatur.*
 - 41 *Declarantur nonnulla in l. 3. h. t.*
 - 42 *Respondetur ad §. sed consultò. l. i. ff. eod. tit.*
- ¶ Illud autem in hoc tractatu mirum est hereditatem quæ non tam adempta quàm nec data intelligi debeat, ut ex Vlp. nunc dicebamus, quòd vulgò interpretibus placet, ipso tamen ius acquiri posse heredi, ut tanquam scriptus & hereditatis adeundæ ius habeat, & per aditionem heres fiat. Sic enim Accursius post Azonem ad eum locum notat, ratione illa quòd alicui non deferretur hereditas fisco, sed venientibus ab intestato, quæ tamen fisco defertur, *l. 3. hoc tit. l. cum quidam*. 2. *l. cum tabulis*. 16. §. vlt. ff. de his que ut in ar. Venientibus autè ab intestato ita demum si probent ea mente incisas testamenti tabulas, aut inductum nomen heredis ut intestatus moretetur, *l. vlt. hoc tit.* Quamquàm non ignoropierosq. interpretes vulgò aliter existimare, solitòsq. distinguere, quæ ex causa nomen heredis testator induxerit, an tanquam indigni, ut hoc casu possit nihilominus heres fieri testamento, sed ita ut ei tanquam indigno hereditas auferatur, & fisco applicetur, adeò ut nec possit repudiare in fauorem legitimis heredis, quasi in fraudem fisci cessura esset ea repudiatio si locum faceret venientibus ab intestato, an verò neq. indignum heredem testator expressim dixerit, neq. iustam causam vllam habuerit

indignum eum existimandi, ut tunc & in dubio credatur potius irritas facere tabulas voluisse, ut decederet intestatus, quam fiscum inuitasse, *ex l. i. §. pen. ff. si tab. test. nul. extab.* Sic enim Castrensis distinguit ad *d. l. 3. num. ult.* † Mihi tamen Azonis & Accursij sententia verior aliquando videbatur, neq. dubito quin inducto nomine heredis locus fiat fisco, quia lex pro indigno habet heredem, qui non retinuit defuncti voluntatem, sicut & legatarios quoq. ex eadem causa pro indignis haberet, ut Papinianus aperte sentit in *d. l. cum quidam*, & in *d. l. cum tabulis*. §. *ult.* nisi probeatur testator in gratiam duntaxat legitimorum heredum mutasse voluntatem. Sed tamen alia distinctio mihi placebat, iurisque conuenientior putabatur, an testator totum testamentum induxisset & cancellasset, an solius heredis nomen. † Toto testamento inducto, admittebam non esse credendum testatorem voluisse intestatum decedere, atque ita legitimos heredem vocasse, cum fieri nequeat ut valeat quicquam ex eo testamento, aut ut non voluerit intestatus mori qui totum testamentum cancellauit, quo admissio non nisi frustra huius voluntatis probatio à legitimis heredibus exigetur. Eoque pertinet *d. l. 2. hoc r. d. l. i. §. pen. ff. si tab. test. nul. extab.* † Quibus non obstare dicebam quod Paulus ad Papinianum notat in *l. ult. hoc tit.* non aliter scriptis heredibus auocandam esse hereditatem per eos qui ab intestato venire desiderant, quam si probet testatorem ideo incidisse tabulas ut intestatus moreretur. Nam ut non male Castrensis responderet, plures vnus testamenti scripturæ in ea specie factæ proponebantur, & ex duntaxat tabulæ quæ in publico depositæ fuerant deletæ, saluis cæteris ex quibus cum perinde res gesta declararetur, nihil causæ erat cur testator eo animo fuisse crederetur ut intestatus decederet, si non euentiffimè id ipsum per legitimos heredem probaretur: quibus utique probandi onus non similiter incumberet, si eas duntaxat tabulas habuisset testator quas deleuisset. † In eo tamen Castrensem errare semper credidi, quod, ex ea ipsa lege probari posse putat velut à contrario sensu, futurum eo casu quo vnę tantum essent tabulæ eaque deletæ ut pro legitimis heredibus præsumptio capi deberet contra fiscum. Non enim illo casu quæstio vlla incidere posset inter fisci & venientes ab intestato secundum supradictam nostram distinctionem, sed tantum inter hos & heredem testamentarium: cum non solius heredis nomen inductum, ac tota testamenti scriptura cancellata proponeretur. † At solius heredis nomine inducto, quæ altera distinctionis nostræ pars erat, sicut non potest dici testatorem à toto testamento recedere voluisse, & à tota voluntate, ita nec legitimos heredem ad successionem suam inuitasse siue alij coheredes adsint, quorum nomina non fuerint inducta, quique ideo testamentum sustinere queant, siue nulli, quia de legitimis heredibus vocandis non cogitat, qui testamentum suum aliqua ex parte vult valere. Ideoq. præsumptio est pro fisco, licet alia causa nulla sit propter quam indignus videri possit heres nisi quia non retinuit testatoris voluntatem. † Et in eo rursus errat Castrensis quod Papiniani sententiam generalem quæ extat in *d. l. cum quidam* & *d. l. cum tabulis*. §. *ult.* cum sua distinctione accipiendâ esse putat. Sed multò grauius in eo, quod illo etiam casu quo ab intestato succedatur legata deberi vult tanquam ab intestato repetita iure cuiusdam tacite confirmationis resultantis, ut ipse loquitur ex eiusmodi cancellatione, *arg. l. Tribunus* 20. §. *i. ff. de testa. milit.* Nam cum non aliter patiatur nostra distinctio locum fieri legitimis heredibus quam

si vel totum testamentum fuerit cancellatum, vel probetur per eos inductum nomen heredis ea mente ut ab intestato succederetur, negamus fieri posse ut villo ex his duobus casibus legata debeantur si non fuerint ab intestato expressim repetita, *l. i. l. illud tractari* 13. §. *i. ff. de iur. codic. l. generaliter* 24. §. *ex testamento*. ff. *de fideic. libert.* Longeque diuersa species illa est de qua Iulianus in *d. l. Tribunus*. §. *i.* vbi defenditur voluntas iure noui & militaris testamenti, non ab intestato. † Nec illud rursus obstat, quod in *d. l. 2. hoc tit.* Vlp. scribit, tum etiã cum testator ob vnus heredis malum meritum totum testamentum delendum esse existimauit, legatariis tamen non esse in dubio denegandas actiones. In dubio. n. & ambiguo rem esse Vlp. intelligit, cum non apparet an testator qui vnus duntaxat heredem nomen induxit, solū illum fraudare voluit hereditate, an verò causa illius totum testamentum infirmare. Nam si cõstaret eum de toto testamento infirmando cogitasse, non dubitaret Vlp. quin perinde legata ac coheredum institutiones corruiere deberet, ut ex eo apparet quod sicut in ambiguo legata deberi vult, ita & coheredum institutionem non esse infirmandam, quã tamen infirmandã esse non dubitat siue testator vel vnus heredis causa totum testamentum voluerit infirmare, siue putauerit ob vnus heredis malum meritum totum testamentum esse delendum. † Denique prorsus eadẽ hac parte ratio est institutionis & legatorum incisionis; & cancellatis totis tabulis nũ magis subueniri potest legatariis quam heredibus institutis, quia ex eiusmodi tabulis hereditas adiri nullo modo potest, extra casum *l. ult. ff. de iust. rapt.* id est si ea incisio & cancellatio facta fuerit à testatore mente capto, quia hic & alius esse videtur, & haud dubiè facit incõsultò quicquid facit, nec vllã habere intelligitur voluntatem: Itaq. venientium ab intestato causa fauorabilior hactenus est quam fisci, quod legata nulla præstant cum suo iure succedant, nec ab iis quicquam relicto sit, *d. l. illud* 13. in *pr. De iur. codic.* cũ similibus. † Neq. hoc Castrensis ipse negaret si legitimos heredem non nisi in eo admitteret, quo totum testamentum esset cancellatum, non illo etiam quo testator vnus tantum heredis nomen induxisset, quo casu fatemur quidem cum Castrensi legata deberi adeoque ea ipsa ratione qua ille mouetur, quod testator cancellado nomen heredis non etiã legata hoc ipso tacite legata confirmasse credatur, ita ut nec distinguendum putemus an vnus tantum heredis nomen inductum sit, an omnium, sed legata deberi volumus non ut ille, à venientibus ab intestato, quos hoc casu succedere negamus, sed à fisco qui & succedit, & cum suo onere, quia succedit in locum eius qui secundum Castrensem ipsum non obstante nominis sui cancellatione posset heres esse ex testamento & quidem efficaciter si non ab eo tanquã indigno hereditas per fiscum auferretur, cum neq. postquam ablata ei hereditas est tanquam indigno, desinat tamẽ heres esse qui semel heres fuit, *l. ex factò* 43. §. *Iulius Longinus De vulg. & pupil. substit.* Nam si heres esse nollit ut legitimis heredibus locum faceret, aut etiam si ab intestato succedere ipse vellet tanquam agnatus proximior, non idcirco tamen ius fisci intercideret in cuius fraudem institutionis testamentariæ repudiatio facta videretur, ut iam supra ex eodem Castrensi diximus quem nos in eo probamus. Ergo nec legatariorum ius intercideret, nõ magis quam si adita iam hereditate fisco succederet, cum & perinde succedat ac si esset adita, & ideo succedat si credimus interpretibus, quia potuit adiri. † Quæ ratio, si vera est, diluit omnes illas obiectiones quas

in specie *d. l. 3. h. t.* aduocatus fisci contra legatarios adferebat, quod neque videatur voluisse testamentum valere qui nomina heredum omnium induxit, neque possit testamentum vllum valere quod heredem non habet. Prior enim obiectio falsa est, cum è contrario humaniore interpretatione credendum sit testatorem ea duntaxat irrita facere voluisse quæ induxit, non item cætera quæ non induxit, ut tandem ab eo ipso Imperatore qui obiectionem fecerat pronunciatum est. Posterior verò etsi vera est in iure, tamen in facto falsa est apud interpretes, quia præsupponit testamentum non habere heredem, quoties heredum omnium nomina inducta fuerunt. Cùm tamen velint interpretes, non eò minùs posse istos adire ex eo testamento & per aditionem heredem esse, quod fieri non posset si testamentum heres nullos haberet. Et verò, à quo prohiberentur adire? An à fisco? Atqui fisci interest potius ut adeant, sibi que acquirant hereditatem quam ab iis postmodum tanquam indignis sit ablaturus. An à legitimis successoribus? Multò minùs, quia cum dici non possit à tota voluntate recedere voluisse testatorem qui totum testamentum non cancellauit, licet heredum omnium nomina induxerit, † nec illud quoque dici potest eum voluisse decedere intestatum, nisi ea mente, eoque sine nomina heredum inducta fuisse probent qui ab intestato venire desiderant. Hoc enim probato, ut iam dixi, non dubitarem quin eorum potior quàm fisci aut heredum institutionum causa esse deberet, quia quæstio hæc voluntatis est magis quàm iuris ut apparet ex illa Imperatoris pronunciatione, *Causa præsens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse quæ induxit.* Et consequenter fatendum est fieri non posse ut hoc casu legata debeantur, quãuis nõ fuerint inducta: nec locum habet ratio illa Castrensis, quam & nos probauimus, quod quæ inducta non fuerint, per aliorum inductionem & cancellationem tacite confirmata intelligantur. † Quænam enim potentior & expressior totius testamenti, ac proinde legatorum quoq. & fideicommissorum omnium testamento relictorum cancellatio esse potest, quàm si testator velle se mori intestatum declarauerit, aut verbis dummodo solenniter ea declaratio facta sit, & coram septem testibus (alioqui non valeret ad testamentum quod ritè factum esset, reuocandum) aut facto ipso, id est inductione nominum heredum, quæ quoniam verbis fortior est, aliam solennitatem nullam desiderat ad totas tabulas infirmandas, nisi ut eo animo factam esse constet? *arg. d. l. i. §. pen. si tabul. test. nul. extab.* † Illud planè interpretum traditioni consequens est differre hac parte, ut & in aliis pleriq. ius ciuile à prætorio. Id. n. quod aiunt heredem cuius nomen inductum fuerit, non eo minùs ex testamento heredem esse posse, si non fauore legitimum heredum id factum probeatur, iure ciuili verum esse volunt, ac non etiã iure prætorio admitti potest. Quoties namq. consultò inductum est nomẽ heredis, indubitanter probatur, eum petere bonorum possessionem non posse, quemadmodum non posset is qui heres scriptus esset non consulto testatore. Nam utroq. casu pro nõ scripto est quem scribi testator noluit, inquit idem Vlpian, noster in *l. 2. si consulto De bonor. poss. secund. tab.* Idemque est si linũ quo ligatæ sunt tabulæ, incisum sit à testatore, quia non videntur signatæ, *l. i. §. si linum eod.* Et verò cur prætor bonorum possessionem secundum tabulas ei daret, cui etiam post aditam iure ciuili hereditatem actiones denegaret? scilicet tanquam indigno. Nam quod prætor interdum

quoque bonorum possessionem secundum tabulas daret, etiam quæ sit sine re, ut Vlpianus loquitur in Titulis, puta secundum tabulas in quibus præteritus sit filius in potestate, si modo septem testium signis signatæ, nec cancellatæ proponantur, quia id vnum exigit prætor, ut extent tabulæ quæ vitium in forma, & ut aiunt, visibile nullum habeant, *leg. i. §. sufficit. eod. tit.* ad hunc casum pertinere non potest, in quo is qui bonorum possessionem petat pro non scripto habeatur. Quod si ita est, illud etiam erit consequens, ut quod Iulianus scripsit in *leg. si ita scriptum* 8. §. *is autem eod.* eum cuius nomẽ in testamento voluntate testatoris inductum productumque est, sicut ad adeundam hereditatem ita & ad petendam bonorum possessionem scriptum non intelligi, licet nomen eius legatur, non eo pertineat ut hac in re sit exæquandum per omnia ius ciuile cum prætorio & ius adeundæ hereditatis cum iure petendæ possessionis, sed ut potius ad rei effectum respexerit Iulianus, quia etiam ciuili iure non potest hereditatem adire cum effectu heres cuius nomen consultò inductum fuit, cum ab eo tanquam indigno hereditas per fisci auferatur, prius etiã quàm sit adita, quia sufficit fisco ut potuerit eam adire is à quo auferitur. Alioqui si neges heredem cuius nomen inductum fuit ius habere hereditatis adeundæ, planè non possis dicere cur ad eam admitti fisco debeat exclusis venientibus ab intestato, quos utiq. cõstat nõ nisi per testamentum excludi posse. Quomodo Accursius cæteri q. interpretes passim ratiocinantur. Et in eo certè, ut tandem dicam quod sentio, egregiè, ni fallor ego, falluntur. † Dicere namque debuerunt excludi legitimos heredem non per testamentarium (qui si verum amamus, cum pro non scripto sit, ius adeundæ hereditatis iure ciuili non magis habere potest, quàm ius petendæ à prætor bonorum possessionis, *d. §. is autem*) sed per fisci, quasi succedentem in ius & locum heredis testamentarij, ex eaque causa habentẽ ius antè ius indignitatem heredis instituti. Nam quæ ratio perimit ius heredis scripti, viuo etiam testatore, quod ex ipso instanti quo nomen heredis inductum fuit, indignus ille factus sit qui succedere vnquam posset ei testatori cuius voluntatem non retinisset, eadem ex tunc, ut ita dicam, inuitat fisci, facitq. ut moriente tandem testatore (quo demum tempore lex heredibus legitimis deferret hereditatem, si deferre posset) causam successionis præuenisse fisco intelligatur, cuius respectu indignitas heredis vice testamenti est cum perinde faciat, ut hereditas fisco deferatur. Cùm enim legitimorum heredum ius nullum sit nisi ex legibus, *l. i. de suis & legat. l. lege obuenire* 130. de *U. S.* Leges autem pro indigno habeant heredem, cuius nomen à testatore consultò inductum est, *d. l. cum quidam* 12. ff. *de his quib. ut indig.* nemo non videt fieri nullo modo posse ut in proposita specie lex votet legitimos successores mortuo testatore ad eam hereditatem, quã inde iam viuo eo si aliud testamentum non fieret, fisco destinabat, quãmq. eo mortuo statim fisco deferat ex præcedenti illa destinatione. Duobus namq. id est, & fisco & legitimo heredi simul & in solidum singulis eam deferri impossibile est, sibi verò inuicem eos obstat multò minùs dici potest, cum diuersam habeat causam succedendi. Deniq. nunquam lex seipsam destruit aut impedit, quod hic eueniret si hereditatem ad quam viuo adhuc testatore fisco inuitauerat, legitimis heredibus post testatoris mortem deferret. † Dicam amplius, Eadem ratione excludendos hoc casu legitimos heredem, quia heres institutus excluditur, id est, tanquam indignus

si indignus heres dicendus est secundum Papinianum quisquis non retinuit defuncti voluntatem. Nam cum quamdiu paterfamilias testatus non est credendus sit saltem animi destinatione heredes illos tacite instituisse quos sciat sibi ab intestato successuros, *l. 3. l. conficiuntur. 8. de iur. codicil. an non etiam tacitam institutionem quodammodo delet, ac ut ita dicam, legitimi heredis nomen, si non litura saltem literis inducit & cancellat, qui solenni testamento alium sibi elegit successorem? † Dico solenni testamento, quoniam is qui minus sollempniter & non secundum leges testatus est nec testari voluisse credendus est, quia nec potuit velle, nec legitimi heredis ius lacerare, nisi eo prorsus modo quo lex permittit, id est, iusta sollempnique voluntate. Ideoque si testamentum facere coeperit aut voluerit, nec perfecit, aut si minus rite sit testatus, non aufert lex hereditatem à legitimis successoribus, tanquam ab indignis, nec inuitat fiscum: id quo potentius est ius legitimi heredis quam instituti cuius nomen inductum esse sufficit, nulla etiam solemnitate interueniente, ut indignus esse videatur, quia ius heredis scripti totum pendet ex testatoris voluntate, ita lege ipsa iubente, neminem enim lex vocat ex testamento, nisi quem testator scripserit: At ius legitimi heredis totum pendet ex lege, non ex patrisfamilias voluntate, nisi haec tenus ut heredem testamento sollempniter scribere possit, atque ita legitimum successorem excludere, quoniam & hoc ei lex permittit. Itaque in legitimis hereditatibus tacita voluntas testatoris sublequitur expressam legis voluntatem. In testamentariis contra lex subsequitur, & confirmat voluntatem testatoris. † Vnde est quod non habet lex pro indigno legitimum successorem qui paterfamilias voluerit adimere legitimam hereditatem per testamentum si non perfecte & sollempniter testamentum factum sit, sed indignum potius testatorem cuius voluntati subueniatur, qui non secundum leges testatus sit, sine quibus tamen non poterat testari. † Potestque vno tantum casu legitimus heres instituto comparari ut indignus fiat & fisco etiam legitima hereditas adquiratur, nimirum si is qui legitimam hereditatem captabat, testatorem prohibuerit testari siue prohibito introire testamentario siue qua alia ratione, *leg. 1. & tot. tit. Si quis aliq. testam. prohib. D. & C.* Nam & scriptis heredibus eadem de causa auferretur hereditas, si testator mutata voluntate aliud testamentum facere voluisset, & impeditus ab iis esset, *leg. si scriptis 19. Digest. de his quib. ut indign. †* At cum sollempne testamentum factum est in eoque alius institutus quam qui ab intestato successurus fuit, indignus sanè est agnatus ille proximus cui lex deferat hereditatem quam testator ei ademptam voluit, neque tamen ea legitimi heredis indignitas fisco locum facit, sicut indignitas heredis instituti faceret, quia testator indignum eum demonstrando alium sibi heredem fecit, quem dignum lex habet cui deferat hereditatem ex testamento, quippe quod rite factum sit, & ex ipsius legis praescripto. Alioqui testamentarias successiones prohibere non confirmare lex debuisset, si testamentum ita fieri non posset, quin vel heredibus legitimis successio deferretur testamento inualido existente, vel fisco vindicaretur legitimo herede indigno facto per vtile validumque testamentum, Denique cum validum iustumque testamentum illud sit ex quo possit moriente testatore deferri hereditas heredi scripto, non potuit lex sine implicita apertaque contradictione, testamenti factionem inducere, & pariter fiscum ad hereditatem testamentaria-*

riam inuitare, cum si testamenti factio non esset permessa, nihil causa subesset cur legitimis successoribus, tanquam indignis hereditatem auferri oporteret. † Dices, eadem ratione illud quoque admittendum videri, ut testatore heredum institutorum nomina cancellante ipsius hereditas non fisco, sed legitimis successoribus deferatur: cum non possit testator indignum putare heredem institutum, quin hoc ipso dignum faciat eum quem sciat sibi ab intestato successurum, siquidem testator nullus est qui nesciat hereditatis cuiuslibet duplicem tantum esse differentiam, ut vel testamentariam illam esse necesse sit, vel legitimam. Sed neganda est conclusio. † Est enim hac in re deterior condicio legitimi heredis inducto nomine heredis qui fuerat sollempniter institutus, quàm esse debeat heredis instituti sublata per testamentum spe legitimæ successione, & quidem duplici de causa. Quarum altera est, quod heres legitimus iam semel ab ipso testatore indignus habitus fuit qui vnumquam succederet: Institutus verò non item, quia nullum instituti ius fuit nec in re nec in spe, antequam legitimo heredi per legem destinaretur hereditas, cum tota spes instituti à testamento die incipiat, quomodo è contrario spes est agnatum proximum esse successurum antequam testamentum factum sit, & quamdiu factum nullum est, indignus autem videri non potest ut aliquid consequatur is, qui ius nullum habeat, at ne quidem spem vllam probabilem eius vnumquam consequendi. Altera est, quia testator cum pro indigno habet heredem legitimum condendo testamentum, hoc ipso alium heredem facit, de quo proinde dubitari non potest quin dignus sit qui & ex testantis indicio succedere debeat & ex lege quæ confirmat factum vtiliter testamentum. At cum pro indigno habet heredem testamentarium, ipsius nomen cancellando, non idcirco quidquam facit ex quo possit constare ne quidem per coniecturam, quod agnatum proximum legitimæ successione iure dignum putet, quem semel indignum iudicauit. † Non enim ob id solum desinere potest agnatus proximus indignus esse, quod testamentarius quoque sit indignus. Quin potius cum eo casu vterque ex iudicio testatoris indignus reperiatur, hereditas optimo iure tanquam caduca ad fiscum deuoluitur. Neque in eo nulla fit iniuria legitimo heredi qui iam fuerit exclusus per testamentum, quique non eo magis voluntatem testatoris semel amissam recuperasse dicendus est, quod eam quoque institutus heres amiserit. † Et certè multò difficilius est ut testatoris voluntatem regredi, quam progredi admittamus. Progreditur voluntas testatoris cum à consilio excludendi legitimi successoris, seipsa fert ad vtile heredis institutionem. Eadem regrederetur eò vnde digressa esset, si per cancellationem nominis heredis instituti legitimos successores ad legitimam hereditatem reuocaret. Non nego regressum illum fieri posse, si testator velit, *d. l. 1. §. pen. si tab. testa. null. extab. d. l. vlt. D. hoc tit.* Sed nego praesumendum esse testatorem de eo regressu faciendo cogitasse, nisi apertissime probetur heredis nomen idcirco induxisse, ut intestatus moreretur, & eos haberet heredes quos ei lex ab intestato datura esset. Quid enim aliud facere posset, si neque legitimos, neque scriptos heredes habere vellet? Aut quidni ei imputabimus, non cur intestatus non decesserit, sed cur non dixerit cancellando nomen heredis scripti vellet se decedere intestatum? † Neque distinguo an vnus tantum heredis nomen testator induxerit, an omnium si plures fuerint instituti. Omni namque casu fisco admittitur, pro eorum portionibus quibus actiones demittantur. Et si cum pluribus institutis quorundam duntaxat

taxat nomina inducta sunt, multò apertius est legitimis successoribus locum nullum esse, quoniam alioqui testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse crederetur. † Sed tamen cum deficiens portio propter indignitatem heredis cuius nomen inductum est non coheredibus ad crescat, sed ad fiscum deuoluitur, ex eo intelligimus omnium quoque heredum nominibus inductis, (quo facto nihil vetaret dici testatorem penitus intestatum) potius fisci causam esse debere, quam venientibus ab intestato, quia quo casu non possunt ex testamento coheredes habere ius ad crescendi quibusdam tantum portionibus deficientibus, eo casu nec si tota hereditas vacet ius legitimis succedendi locum habere non potest. Non enim debilius est ius coheredis testamentarii quod ad retinendum ius ad crescendi pertinet, ratio validoque manente testamento, quam ius legitimorum successorum ab succedendo ab intestato rupto vel irrito facto testamento. Ergo si coheredes testamentarios vincit fisco pro portionibus coheredum quorum nomina inducta sunt, multò magis aut saltè perinde vincet legitimus heredes omnibus heredum nominibus inductis. Et quemadmodum coheredibus testamentariis cum fisco concurrentibus non distinguitur cum Castrensi an eos heredes quorum nomina testator induxit expressè indignos declarauerit, necne, sed omnimodo fisco admittitur, ita nec illa distinctio recipienda est, cum de legitimorum heredum iure contra fiscum disputatur. † Probabilius dubitari potest an illa saltem admittenda sit, de qua iam diximus, Totumne testamentum cancellatum sit, an sola nomina heredum. Sed neque hanc admittendam puto. Quod n. totum testamentum cancellatum sit ius fisci augere debet potius quam minuere, ut non tantum hereditas, sed etiam legata & fideicommissa omnia quæ eo testamento relicta fuerant à legatariis & fideicommissariis tanquam indignis auferantur, & fisco vindicentur. † Et si potest ea res legitimis heredibus haec tenus prodesse, ut si probare velint testatorem intestatum decedere voluisse facilius audiantur, possintque hoc casu sufficere leuiore probationes eiusmodi voluntatis, non quod ex totius testamenti cancellatione praesumendum sit testatorem à successione testamentaria ad legitimam quam semel exclusit regredi voluisse, sed quia multò difficilius est, ut qui legata testamento bene facto relicta, & quæ nisi ex testamento deberi nequeant, non cancellauit, crederetur voluisse mori institutus, quam qui totum testamentum cancellatum sit, siue nomina sola heredum, probatio à legitimis heredibus exigetur, si facere volent uti ne à fisco excludantur: † non adhibita etiam illa distinctio, An plures vnus testamenti tabula fuerint eodem exemplo scriptæ, quarum alteras testator deleuerit, an vnæ. Illa namque distinctio si quando colorem habeat, tunc certè habet, cum inter heredem testamentarium, & fiscum de hereditate contenditur quia nullum fisci ius esse potest, ut à testamentario herede, tanquam indigno hereditatem auferat, quamdiu supersunt tabulae ex quibus possit heres scriptus probare defuncti voluntatem sed retinuisse, licet aliud earundem tabularum exemplum testator consultò deleuerit. Idque est quod Pap. scribit in *d. l. vlt. que iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaratur, non constituitur irrita.* † Sed quam à fisco metuere controuersiam heres scriptus non potest, multò iustius à legitimis heredibus timere debet, si velint illi probare idcirco incisas vel vnas tabulas ut ab intestato succederetur, licet alia tabula supersint. Tanta scilicet vis est inci-

tionis & cancellationis quando apparet qua mente facta sit. Cum si nulla incisio facta esset, non sufficeret testatorem dixisse velle se mori intestatum, ad infermandas testamenti tabulas quæ iure valuissent. At inter fiscum & legitimum heredem nulla hoc casu incidere quaestio potest, ut distinctioni quoque loci aliquis esse queat, cum fisco per heredem scriptum excludatur sicut & legitimus heres per fiscum, nisi cum vtrumque hic vincit, probata nimirum patrisfamilias voluntate de faciendo exitu intestati. Sola enim voluntas illa est, quæ & heredem scriptum possit à testamento commodo summouere, tum quoque cum deleto exemplo vno testamenti aliud superest, & fisci ius excludere, ne tantum ab indigno ablatam sibi vindicet hereditatem. An quia reuera non faciat intestati exitum is qui moritur sine herede testamentario, siue totum testamentum, siue sola heredum nomina cancellauerit, nisi pretereà declaret velle se mori intestatum? Imò verò, moritur reuera intestatus is qui ex testamento heredem nullum habet, siue non fuerit testatus, siue fuerit, sed ita ut postea hereditas ex eo testamento adita non sit *d. l. 1. in princip. de ius & legit.* † Verum quia noluit hic mori intestatus, qui ob eam causam testatus fuit, tametsi postea testamentum cancellauerit, non tam ut legitimis heredibus prodesse quibus iam testando nocuit, quantum potuit, quam ut institutos quoque à sua successione repelleret tanquam indignos, perinde habetur ac si neque intestatus decederet, quia intestatus decedere noluit, neque testatus, quia nec facere potuit quantumuis volens ut vel testatus decederet sine testamento, vel inductis heredum omnium nominibus testamentum aliquod saluum superesset. Itaque quod potuit decedere intestatus non voluit, quod voluit decedere cum testamento inductis nominibus heredum non potuit, ut & in *l. quoniam. 9. in princip. D. de hered. instr. l. multum interest. 6. C. si quis alteri vel sib.* † Sed tamen in hac implicitate & perplexitate conseruat lex ipsius voluntatem, quantum potest, & exclusis primò legitimis heredibus, qui non nisi contra voluntatem succedere possent, aufert hereditatem etiam à scriptis quasi ab indignis, eamque quasi caducam applicat fisco, tanquam nihil aliud sit quod melius & iustius facere possit. † Conseruat tamen legata, & fideicommissa, sicut & portiones coheredum quorum nomina inducta non sunt, quoniam ea interpretatio non solum humanior est, sed etiam testatoris voluntati conuenientior, est vti que ob cancellationem non potest videri mutasse voluntatem, nisi quatenus cancellauit. Nec tamen hac in re vis vlla sit legibus. Nam quod dicitur ex testamento, in quo nullus heres scriptus sit, aut ex quo non sit adita hereditas, neque legata, neque aliud quicquam deberi, *l. si nemo. 9. C. de testa. i. vel. l. ea quam. 14. C. de fideic. tunc obtinet, cum vel ab heredibus legitimis & ab intestato vel à nemine succeditur. At in proposito succedit fisco, & quamuis non ex testamento, quia non fuit scriptus heres, tamen propter testamentum, cum si testamentum nullum factum esset, succedere ipse non posset. Adeoque si non ex iure heredis scripti, saltè in vicè & loci ipsi, vindicatis sibi eam hereditatem quæ scriptus heres habitus erat, si non fuisset indignus. Cur ergo meliore conditione esse debeat, quàm futurus erat institutus heres, ut ea quoque legata & fideicommissa sibi applicet quæ non fuerunt cancellata? An fortè indignitas heredis facere potuit indignos legatarios, quæ testatoris voluntate retinuerunt? An verò cogendus fuit testator, ut inuitus vel eos haberet heredes ab intestato quos non luerat, vel eos ex testamento quos scripserat, si legata*

- 32 *Pegasiani Senatusconsulti occasio.*
 33 *Passivas actiones in legatarium partis hereditatis non transire, actiuas uero transire.*
 34 *Cur in heredem onus aris alieni transeat?*
 35 *Testatorem nequidem expressa voluntate iubere posse ut legatarius creditoribus hereditariis, non item heres respondeat.*
 36 *Quam rationem habeat quod D. Pius rescripsit ex legato partis hereditatis ad alienum deducendum non esse.*
 37 *Ratio dubitandi & decidendi in eo rescripto.*
 38 *Fideicommissariam hereditatem quum restituatur, talem restituus qualis moriente testatore fuit.*
 39 *Rescriptum illud D. Pij non in odium & incommodum, sed in fauorem legatarij factum esse.*
 40 *Nullam reuera differentiam esse inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum.*
 41 *Differentiam in legibus initio propositis constitendam esse inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum, quae testatoris erunt mortis tempore.*
 42 *Ex legato partis hereditatis ad alienum non deduci, ex legato partis bonorum quae erunt tempore mortis testatoris ad alienum pro simili portione deducendum.*
 43 *Legato partis bonorum ad id tempus relato quo iam aliqua fuerit hereditas non magis ex eo quam ex legato partis hereditatis ad alienum deducendum esse.*
 44 *Legatum omnium bonorum non magis quam legatum totius hereditatis iure ualere.*
 45 *Quum de fideicommissio agitur multum interesse antestator bonorum suorum partem duntaxat, an omnia bona restituat inserit.*
 46 *Bona omnibus per fideicommissum relictis fideicommissum uniuersale esse, & heredem si suspectam dicat ad aditionem & restitutionem compelli posse.*
 47 *Fideicommissum quoque uniuersale esse, si totum patrimonium uel peculium restitui testator inserit.*
 48 *Fideicommissum bonorum omnium uniuersale non censeri si testator bonorum nomen proprie, non improprie pro hereditate acceperit.*

Legari posse partem hereditatis & partem bonorum nemo dubitat. Sed quænam inter huiusmodi legata differentia sit, nemo fortasse ad hæc usque tempora bene explicauit. Esse autem differentiam aliquam contendunt omnes, probarique putant ex *l. si quis seruum 8. §. ult. iunct. l. seq. de legat. 2.* ubi scriptum est, si hereditatis pars legata sit, non esse deducendum æs alienum, si uero pars bonorum, deducendum esse. Quod ab Accursio, Bart. aliisque omnibus interpretibus passim sic accipi uideo; ut ex legato hereditatis æs alienum non deducatur, sed pro qua parte legata est hereditas, iura omnia & actiua & passiuia transeant in legatariū, quia hereditas est nomen iuris, ita ut aduersus legatarium istum hereditatis perinde actiones competant creditoribus hereditariis, atque contra ipsum heredem. Ex legato autem partis bonorum deducatur æs alienum, quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, cum bonorum nomen simpliciter & naturaliter sumptum non sit nomen iuris, sed corporum, ideoque fieri nequeat, ut ex legato partis bonorum actiones hereditariæ saltē passiuæ in legatarium transferantur. Proinde si ex legato partis bonorum æs alienum non deducatur, euenire necesse esset ut bonorum commodum legatario acquireretur, incommodum uero penes heredem remaneret, quod nec uoluntati testatoris, nec æquitati consentaneum uideretur. Loquuntur autē interpretes de legato partis bonorum, quia si bona omnia legata essent, non dubitant quin perinde sit ac si hereditas ipsa

legata esset, ut hoc casu legatarius bonorum omnium, non minus heredis loco sit, quia si bona omnia per fideicommissum relicta proponerentur, cuiusmodi fideicommissum uniuersale esse certum est, ut non magis bona mobilia & immobilia quæ iura & actiones comprehendat. *l. nam quod 14. §. vii. cum duob. j. de leg. 2. ad SC. Trebell.* Eandem namque rationem esse uolunt legatorum uniuersalium & fideicommissorum uniuersalium, sicut legata & fideicommissa singularia in omnibus, & per omnia fuisse exaucta cõlat *l. i. de leg. 1.* Unde illud etiã inferunt, si non bonorum, sed hereditatis pars legata fuerit, cogi posse heredem qui suspectam hereditatem dicat, ut hereditatem adeat, eamque partem restituat, quia & si per fideicommissum ea pars hereditatis relicta esset, cogi posset heres ad adeundam & restituendam hereditatem, & utroque casu actiones transeant tam in legatariū, quam in fideicommissariū partis hereditatis, quod post Accursium expressim tradit Bart. ad *l. mulier. 22. §. vii. D. ad SC. Trebell.* Ita fit si interpretibus credimus, quod & ipsi faciunt, ut in effectu nihil planè intersit an hereditatis pars legata sit an bonorum, nec nisi uerbis, ut aiunt, & uocalis differentia illa sit, quam à prudentibus traditam uolunt in *l. si quis seruum 8. §. ult. & l. j. de leg. 2.* Siquidem utroque casu uolunt, onus aris alieni re ipsa sequi legatarium, qui utique deducto ære alieno tãdò minus percipiat ex legato cum legata est pars bonorum. Nulla uero facta deductione, id est, cum legata fuit pars hereditatis, pro ea parte creditoribus respondere teneatur. Quid n. refert an legatarius obligetur ad æs alienum soluendum creditoribus an heredi? Hoc uero primū est quod facit ne mihi hæc interpretum traditio probari possit, licet subtilitè eã dicat Castrensis, & prebet. Non enim possum credere prudentes in differentia illa proponenda, quæ extat in *l. 8. & 9. de leg. 2.* ad sonum uerborum magis quam ad rei effectum respexisse. Nec illud rursus intelligo, quæ ratione fieri queat, ut in legatarium partis hereditatis transeant actiones. In eoque potissimum & ingenia, & imprudentiam nostrorum interpretum demiror. Est namque non ignoro hereditatis appellatione iura quoque & actiones contineri, quæ tota eorum ratio est, id tamen ad eam hereditatem pertinet, quæ uerè sit hereditas, id est quæ faciat heredem, & heredi ipsi per legem deferatur, non ad eam quæ iam semel heredi acquisita, desierit esse hereditas, factaque sit patrimonium heredis. Qualis proculdubio illa est, quæ legatario partis hereditatis ex legato debetur & acquiritur. Non enim legatum huiusmodi facere potest, quominus heres institutus reuera heres sit, & quidem ex toto ære, cum nec aliter legatum hoc deberi possit, ut neque cetera quin hereditas adita sit, *l. si nemo 9. D. de testam. etel. l. ea quæ 4. C. de fideic.* quæ porro cum heredi acquiri pro parte non possit, necesse est ut ei uel inuito in solidum acquiratur. Nec est quod quis obiiciat legatum ita facere re legatum legatarij, ut hereditas faciat heredis res singulas *l. legatum. 80. de leg. 2.* Id enim ita uerum est, si hereditas sit adita, quia per aditionem confirmari legata omnia necesse est, ut eorum dominium ex postfacto appareat recta uia transisse à testatore in legatarios, *l. si tibi homo 87. §. cum seruus de leg. 1. iunct. l. a Titio 64. D. de furt.* Cumque fiat ea dominij translatio per retrofessionem, sicut & heres ipse quandocumque adeat hereditatem, iam inde ab ipso die mortis eã adisse retrofingitur, *l. heres quandocumque. D. de acq. here. l. omnia. de reg. iur. est res hæc ex earum numero in quibus quid antea fuerit, ex euentu apparet, l. quedam. 15. D. de reb. dub. l. qui res 98. §. rem auem. D. de solut.* Nam si legatarius repudiet legatum, nunquam eius fuisse intelligitur. Contra uero si id agnoscat, transit in eum reilegata dominium

minium recta uia, id est quasi nunquam factum hereditate, ut dixi. Consequens igitur est ut quamuis perinde fiat dominus rei legata, ac heres ipse sit dominus hereditatis, non possit tamen hereditatis dominus fieri si cui pars hereditatis legata est, quia & iuris intellectu, & naturæ ordine prius est ut hereditas heredi deferatur & acquiratur, quam ut legatum etiam hereditatis, legatario acquiratur, aut acquisitum retrofingatur. Legatum enim hereditatis non magis quam legatum fundi potest facere heredem, quia per hereditatem is demum heres fit cui lex ipsa defert hereditatem, non cui hereditas ab homine datur siue legatariæ siue fideicommissariæ, lex autem non alij quam heredi iure scripto defert hereditatem ex testamento, sicut nec ab intestato alij quam uel suo heredi uel agnato, cognato uel proximiori: nunquam legatario, nec si miles hereditatis legatarius proponatur, quia nec legatum ex testamento aliter ualere patitur, quam si testamentum ipsum ualeat, quod porro sicut ex heredis institutione uires accipit, ita ex hereditatis aditione constitutione debet ut legatum debeat. Et uero quomodo fieri posset ut legatum partis hereditatis acquireretur legatario si heres non nisi pro alia hereditatis parte quæ legata non esset, heres fieret? A quo partem illam sibi legatam haberet legatarius: an forte à seipso? An ab herede qui pro hac parte legata, heres neque fuisset unquam, neque fuisse retrofingetur? An denique à testatore ipso qui legatarium hunc esse uoluit non heredem, aut à lege quæ testatoris uoluntatem subsecuta nunquam alium facit heredem, quam cui prius testator ipse dederit hereditatem, & quidem tanquam heredi & iure uniuersalis successio nis, non iure legati? Porro hoc admissum, quod nisi uerba tota iuris prudentia negari non potest, legatum partis hereditatis non facere ut legatarius heres sit, nec proinde quominus heres institutus ex toto ære sit heres. An non illud etiam admittendum est, legati huius uim illam esse non posse ut faciat eum qui uerè & ex toto ære heres fuerit desinere heredem esse? id enim etiam repugnaret certissimæ iuris regulæ, quæ non patitur ut uillo casu semel heres desinat esse heres *l. aut prator. 7. §. sed quod Papinianus De minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit.* nisi cum uel per querelam inofficiosi testamenti euersum est testamentum, *l. circa 24. & pass. ff. de inoff. testamen. uel heres factus in seruitutem redactus est, l. ex factis. 43. §. ult. De uulg. & pup. pil. subst. i.* Atqui quisquis heres est siue ex testamento siue ab intestato, in eum necesse est transire actiones iuræque omnia & actiua & passiuia, ut & à creditoribus hereditariis solus conueniri possit, & actiones hereditarias contra debitores solus exercere, cum successor sit uniuersi iuris quod habuit defunctus, eaque iurium omnium translatio fiat sola potestate legis dante decim tabularum, quæ hac in re de solis heredibus non etiam de legatariis locuta est, *l. i. C. si certum petatur. l. 2. l. ultim. & pass. C. de hered. act. 101.* Nec quod hereditas legata sit non res singule facere potest legatarium iuris successorem, ut nec heredem, quia ex quo instanti heredi acquisita est per aditionem hereditas, desit illa esse hereditas, ceptique dici & re uera esse patrimonium heredis. Nam cum hereditas sit nomen iuris sola legis potestate ac fictione inductum, ut heredem facere lex possit, & ut ante aditionem non desit persona quæ defuncti uicem & personam representet, quæ admodum pluribus aliis locis tractatum à nobis & explicatum est, apparet hereditate adita, nullam huiusmodi fictionis retinendam ac perpetrandam necessitatem

subesse, quia heres ipse est qui cum non sola fictione iuris sed reuera & homo & persona sit, defuncti hominis personam multo melius & commodius representat. Quod si hereditas per aditionem esse definit aditionem uero hereditatis præcedere necesse est ut legatum partis hereditatis deberi possit, optima & necessaria consecutio est legatarium etiam cui pars hereditatis soluta sit ab herede, non idcirco uel heredem uel iuris successorem fieri posse, quia sola hereditas illa est quæ iuris potestate heredem facere possit, & quod idem est iuris successorem, non autem nudum nomen hereditatis improprie & abusiue sumptum. Alioquin dicendum esset hereditatem post aditionem uendita, quæ nec antè uendi potest, emptorem heredem fieri, & tanquam heredem, quod esset omnino consequens à creditoribus hereditariis conueniri debere, quod tamen falsum esse constat. *l. 2. Cod. de hered. uel act. uendit. l. 2. Cod. de pact.* Similiter dicendum esset, etiam ante S. C. Trebell. tempora, ita ius fuisse ut ex fideicommissaria hereditatis restitutione actiones in fideicommissarium transferrentur, quod si uerè diceretur, non erat cur in eam rem fieret S. C. cuius tamen autoritas uel ob id unum fuit necessaria ut actiones hereditariæ ab herede in fideicommissarium transferri possent. Nam ut cogere heres ad adeundam & restituendam hereditatem quam uel repudiasset uel suspectam diceret, non Trebell. S. C. factum est sed Pegasiano. Hæc uero omnia cur ita? Nisi quia cum hereditas uenditur, aut ex fideicommissum restituatur, iam desit ea esse hereditas quæ possit facere heredem, nec dicitur hereditas quia est, sed quia fuit, & ut appareat facta confusione utriusque patrimonij & quod fuerit testatoris, & quod ipsius heredis proprium, non aliud tamen patrimonium in uenditionem aut fideicommissum restitutionem uenire, quam quod à testatore ad heredem peruenerit. Nam cum à proprio heredis patrimonio separandum sit, non aliter tamen aut commodius separari potest quàm si hereditas dicatur quod aliquando fuit hereditas, licet nunc neque hereditas sit neque fieri amplius possit, *l. ultim. ff. si pars hereditas petat.* Indèque est quod quemadmodum uendita hereditate id demum intelligitur uenditum quod ex hereditate ad uenditorem peruenerit, ita nec aliud peruenerit creditur, quam quod peruenerit, non prima ratione (quoniam ita fieret ut hereditas ipsa qualis quantaque fuit ante aditionem uendita diceretur, & consequenter cum onere aris alieni, & cum eo commodo ut perinde fieri posset heres emptor ac fuit heres uenditor) sed cum effectu ut Vlp. loquitur in *l. 2. §. peruenerit ff. de hered. uel act. uend.* ubi ex hoc inferunt deducendum esse æs alienum, non quasi ea quæ uerè est hereditas dici possit aut intelligi deducto ære alieno ut parum subtiliter quidam putant, sed quia nec hereditas amplius est post aditionem, sed patrimonium uenditoris, quod cum non possit ipso iure sequelam habere secumque trahere alieni aris hereditarij obligationem quandoquidem uenditor heres manet, necesse est deduci æs alienum non ut quantitas bonorum uenditorum per eam deductionem minuat, quomodo minueretur legatum bonorum in specie dict. *l. cum autem 9. de legat. 2.* sed ut si uenditor post uenditionem conuentus à creditoribus hereditariis coactusque iis soluere uolet indemnitate consequi ab emptore actione ex uendito, non possit emptor obiicere sibi uendita fuisse bona hereditaria, nullo affecta onere aut incommodo, totiusque aris alieni onus penes uenditorem qui heres manserit, remanisse. Nomen enim ipsum hereditatis uenditæ ostendit

dit, quamuis hereditas illa verè non fuerit, tamen id actum fuisse inter contrahentes, vt emptor loco heredis constitueretur, nec proinde aliud commodum ad emptorem ex emptione spectare possit, quàm quòd venditor erat retenturus si hereditatem non vendidisset. Non fuit autem retenturus nisi quantum deducto ære alieno superfuisset, quoniam ad quantitatem vsque æris alieni tantò minùs ex hereditate ad eum peruenit, potèstque dici tantò factus pauperior ex causa æris alieni quantò factus est locupletior ob repertam in hereditate quantitatem eam bonorum quam distrahi necesse erat vt creditoribus hereditariis satisfieri posset: exemplo eius quod Papinianus scribit in *lege quod bonis. 15. §. ex donationibus. D. ad leg. falcidiam.* Adcò autem verum est solum nomen hereditatis non posse facere, vt alio herede existente is in quem hereditas ita transfertur, ne tamen heres fiat, obligetur æri alieno, vt etiam hodie restituta ex Trebelliano hereditate possit adhuc heres à creditoribus hereditariis & legatariis conueniri summo iure, non minùs quàm si hereditatem non restituisset; hac sola differentia, quod si ab iis conueniatur, habet exceptionem hereditatis restitutæ, sicut & agens ex vi directarum actionum contra debitores hereditarios, quod etiam stricto iure facere potest, eadem restitutæ hereditatis exceptione repellipotes, *lege ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano. Digest. ad Senatusconsultum Trebellianum.* nimirum quia senatusconsultum Trebellianum sicuti facere non potuit vt heres per hereditatis restitutionem heres esse desineret; ita neque vt actiones directæ quæ & heredi & in heredem ex duodecim tabularum lege competunt, in fideicommissarium transferrentur. sed vtiles duntaxat, *l. prima. l. si heres 73. c. pass. eodem tit. ul.* non magis quàm vt in veri heredis persona non remaneant actiones omnes quibus defunctus, & conuenire potuit, & conueniri. Quid enim aliud est heredem esse quàm iurium & actionum omnium quæ & defuncto, & contra defunctum competierunt, inque eius hereditate constituerunt, esse manerèque successorem? † Atqui, vt ad legatum partis hereditatis de quo agimus redeamus, nemo dixerit maiorem illius legati vim esse debere ad transferendas in legatarium hereditarias actiones, quàm fideicommissi vniuersalis hereditatis restituendæ, vel ex ipsa interpretum traditione, quæ vult legatam vniuersalem fideicommissis vniuersalibus fuisse ex æquata. Ergo fatendum est, soluto quoque huiusmodi legato, heredem perinde creditoribus hereditariis ipso iure obstructum manere, ac si nulla pars hereditatis fuisset legata, nec aliter eius indemnitati consuli posse quàm si accommodetur ei exceptio quæ post restitutam ex fideicommissis hereditatem ei accommodaretur. † Quanam autem exceptio? An illa ipsa de qua modò diximus, restitutæ hereditatis? Nequaquam. Non enim solutio legati partis hereditatis, restitutio hereditatis est. Siquidem cum hereditatem restitui dicimus, hoc significamus, heredem fideicommissario reddere quicquid habuit ipse à defuncto, vt in heredis locum fideicommissarius substituitur: quia nec de alio intelligitur rogatus heres qui rogatus est hereditatem restituere quam vt suo loco fideicommissarium constituat, *lege secunda D. eodem titulo, nec fieri potest, vt fideicommissi commodum vllum acquiratur fideicommissario, nisi per manum heredis, & interueniente ipsius facto in ipsa hereditatis restitutione.* † At legatum hereditatis non per manus heredis acquiratur legatario, sed vt cætera legata omnia ipso iure, ac sola legis potestate, heredis

nunquam factum, quemadmodum supra diximus ex *dict. l. legatum. So. De legat. 2.* quamuis non sim nescius Bartolum separare hac in re legata vniuersalia à singularibus, quasi singularium ius proprium illud sit, non etiam vniuersalium vt eorum dominium recta via transeat à testatore in legatarium, *ex l. non amplius. §. cum bonorum, vbi sic ille De legat. 1.* In quo etiam sanè fallitur. Eadem enim quod ad omnia legata pertinet vis & potestas legis est, vt quemadmodum hereditatem quantumlibet sit illa ius vniuersale, ita defert heredi, vt statim faciat illius res singulas, ita & legata parte hereditatis faciat legatarij pro ea parte res singulas quæcunque in hereditate reperiuntur. Nam & hoc legatum eodem prorsus iure ac modo quo cætera, hereditatis delibatio est, cum testator ex eo quòd vniuersum heredis futurum erat, id est ex tota hereditate partem hereditatis legatario collatam voluerit, neque diuersitatis ratio reddi potest, cur legata parte hereditatis non possit lex facere legatarij pro ea parte res singulas, æquè ac faceret heredis totas res hereditarias, si legatum nullum factum esset, aut legatarij debuit, quòd legata parte bonorum non corpora ipsa debentur, sed eorum æstimatio *d. §. bonorum.* Id enim propriam habet rationem, quia cum ex eo legato deducendum sit æs alienum, quod tamen ex ipsis bonorum corporibus deduci non potest non magis quàm ex iure. *l. cogi. 16. §. inde queritur. D. ad SC. Trebell.* non aliter dici potest fieri vt legatum præstetur eo modo quo testator voluit, quàm si bonorum æstimatio ineatur, vt ita conuersis corporibus in pecuniam, quantitas ex quantitate deducatur, & quod deducto ære alieno supererit, id demùm præstetur. Id verò legata parte hereditatis, non similiter tractari possit, quia ex eiusmodi legato non est deducendum æs alienum, vt rescripsit Diu⁹ Pius, ideòq; nihil impedit quominus singularium rerum dominium recta via in legatariū à testatore transferatur. Nullo igitur facto heredis in eà re opus est, nulla restitutione, vt legatarius heredis loco substitutus dici possit, & consequenter si qua exceptio heredi dàda esset aduersus hereditarios creditores ob legatam alteri partem hereditatis, non possit illa dici exceptio restituendæ hereditatis. † An ergo exceptio præstiti legati? Atqui prorsus incognita, & ante hunc diè inaudita est talis exceptio, neque verò competere potest, quia nec præstatio vlla legati necessaria est, vt nec restitutio hereditatis ad dominium, in legatarij personam transferendum, sufficiente videlicet legis potestate. † Ergo nulla exceptio est cuius remedio possit consuli huic heredi à quo pars hereditatis relicta est, quominus & creditoribus & legatariis omnibus non solum stricto iure, sed etiam cum effectu in solidum teneatur, nec si ius illud quod à senatusconsulto Trebelliano in fideicommissariis hereditatibus constitutum fuit ad legatum hoc transferre velis, quod pertinet ad vtilium actionum translationem, cum non idcirco exceptionem hereditatis restituendæ inductam fauore fideicommissarij ad legatarium hunc, vt diximus, porrigere possis. † Quanquam nec illud defendi potest senatusconsultum Trebellianum quod de fideicommissariis tantum hereditatibus locutum est ad hereditatis legatum porrigi debere, non ob id solum quòd de legatis nihil dixerit, quòdque in legatis locum non habeat ratio illa quæ Senatam præcipue mouit, quia nemini fidem suam periculosam esse oporteat, vt ait *l. 1. ill. tit. (legata enim nō ex heredis fide pendet sed ex legis iurisd. ciuilibus potestate cui fuerunt incognita fideicommissa)* sed quia neq; fieri potuit,

tuit, vt de legatis senatusconsultū loqueretur, siue vniuersalia essent, siue singularia, propter eā rationem quā iam attigi: quòd cum fideicommissa omnia ex heredu fide pendeant, nec ante restitutionem ab herede factam fideicommissario acquiri possint, non fuit difficile facere vt in heredis locum per fideicommissi restitutionem fideicommissarius substitueretur, atq; ita in eum iura omnia & actiua & passiuia transferrentur quæ penes heredem fuerant remansura. Neq; lex vlla fuit impedimento quominus actiones vtiles & fideicommissario & contra fideicommissarium cōpetent, herede manente herede, ideòq; penes se directas retinente. † In legatis verò etiam partis hereditatis, non illa tantum ratio directarum actionum translatione impedit, quòd heres non eo minùs ex toto asse heres fiat, factusq; maneat, vt diximus, sed illa etiam ne vtiliter transferri possint facit, quod legatum non aliter valeat quàm si per legem duodecim tabularum confirmetur, quæ porro quoties legata confirmat eodem prorsus modo confirmat quo & ipsam heredis institutionem, sit n. totius testamenti confirmatio iisdem verbis illis legis generalibus *paterfamilias vni super sua re legasset, ita ius esto.* Sic euenit, vt sicuti hereditas delata per legem acquiratur heredi nullo alterius hominis quàm heredis ipsius aduentis facto interueniente, ita & eiusdem legis potestate legata, & deferantur legatariis & immediatè acquirantur, non per manus heredis, cuius facto alio non est opus, quàm vt adeat hereditatem. † In eo namque solo plus iuris habet heres quam legatarius, quòd hereditatis delatio non habet condicionem illam tacitam, si legatarius agnosceret legatum, legati autem delatio necessariam habet condicionem, si heres adierit hereditatem. Cæterum aduente herede tam citò fit legatarius dominus rei legatæ, quàm heres, dominus singularium rerum hereditas non legatarum, nec transfertur dominium legati in legatariū ab herede, quomodo transfertur in fideicommissariū, sed à testatore. In fideicommissariū præsertim vniuersalem contra non à testatore sed ab herede, adeò vt nec per restitutionem verè dominus fiat fideicommissarius sed tantum incipiant res hereditariæ fieri in eius bonis, *l. 3. D. si vniuersi. pet. at. l. facta. sexagesima materia D. ad Senatusconsultum Trebell.* † Translatio enim dominij quæ fit à testatore in legatarium fit per legem: quæ verò ab herede in fideicommissarium non nisi per senatusconsultum, & alio iā domino, per legem constituto. Ergo fieri nullo modo potest vt senatusconsultum Trebellianum ad legatarios etiam hereditatis porrigatur, nec vt hac parte sint ex æquata legata vniuersalia vniuersalibus fideicommissis. † consequenter si heres à quo testator partem hereditatis legauit, hereditatem suspectā dicat, non potest defendi cogendum eum esse vt adeat, non illa tantum ratione quod in legatarium transire non possint actiones hereditariæ quas in heredem lex duodecim tabularum translatura sit quancumque secuta aditione, verum etiam, quia si heres adire cogatur, eueniret necessariò vt ex ipso aditionis instanti confirmato per legem legato pars tantum hereditatis quæ legata esset legatario acquireretur, reliqua pars penes heredem remaneret, qui proinde & inuitus & pro alieno cōmodo hereditariis oneribus saltè parte obstringeretur. † Quod enim obtinet in fideicommissis vniuersalibus, vt etiam postulante eo, cui non nisi pars hereditatis ex fideicommissis restituenda est cogatur heres adire, totamque hereditatem restituere, ita vt actiones omnes & in solidum transeant in sum qui cogit, non similiter in hereditatis legatario

induci potest, quia fideicommissarius partis nihil iuris habet ne pro illa quidem parte citra restitutionem ab herede faciendā: heres verò sicut pro fideicommissaria portione restituendā totam hereditatem adire coactus fuit, quam nec pro parte adire potuit, ita & totam restituit, cum & aditio & restitutio fiat eodem prætoris imperio, nec adire vnquā heres, quin etiam restituere iubeatur. † Neq; sanè fieri potest vt hereditas quæ in persona heredis & tota & vna est, in persona fideicommissarij diuidatur, vt pars duntaxat in restitutionem veniat, pars maneat penes heredem, præsertim cum nihil imputari possit heredi qui adit coactus si fideicommissario verò si totam hereditatem nolit sibi restituere post aditionem imputari possit cur antea voluerit, curque heredem adire coegerit quem sciebat, nec nisi totam hereditatem adire posse, nec proinde nisi totam restituere cogendum esse, cum nulla ex parte fieri heres voluisset. Denique ad crescendi iure totam hereditatem habeat partis fideicommissarius necesse est, non quasi inter eum & heredem inri ad crescendi locus esse possit cum diuerso iure succedant, sed quia restitutionis tempore totam hereditatem sic iunctam & vnitam repetit, vt amplius eam diuidere non possit. † At legatarius partis hereditatis si heredem cogere possit ad adeundum, hoc ipso quod heres adiret, consequeretur dominium legati hoc est dimidiæ patris singularium rerum hereditariarum ipso iure & ex legis potestate, nec vllò heredis facto in eā rem indigeret, atq; ita fieret necessario vt heres inuitus non solum pro parte maneret heres cū effectu, implicitusq; oneribus hereditariis, sed ex toto asse, quia nihil causæ esset cur exonerari heredem oporteret ob legatariū, qui tam citò, vt dixi, factus esset dominus legati, quàm heres hereditatis. Lex porro cum nunquam sit liberalior testatore, non defert ex legato totā hereditatem ei cui testator partem duntaxat hereditatis legauit, esset enim id absurdum *d. l. facta 63. §. si sub conditione ad SC. Trebell.* nec proinde facit legatarium dominum nisi partis, neque rursus patitur, vt iure ad crescendi, quæ quodammodo secunda legis delatio est, legatarius totam hereditatem consequatur, non ob id solum quòd inter heredem & legatarium tanquam diuerso iure succedentes id locum habere non possit, sed etiam quia neq; sit quòd possit ad crescere, nec cui ad crescere, cum heres habeat totam hereditatem nō obstante legato partis hereditatis, quòd, vt dixi, non nisi singulas res hereditarias, pro ea parte complectitur, non etiam ius illud vniuersum ex quo hereditas æstimatur, quòdque ad heredem ex lege duodecim tabularum necesse est in solidum deuolui, vel ob hoc ipsum vt legatum valeat quòd alioqui nō valeret. Aliudque remedium nullum superesset exonerandi heredis si non ipso iure saltem in effectu, nisi vt in heredis locum legatarius substitueretur, quòd neque per legem fit quæ legatariū, vt diximus, vocat cum herede non possit heredem, neq; per heredem ipsum qui neq; hereditatem restituere, neq; aliud quicquā facere iussus est. † Vnde illud etiā est, quòd quauis tota hereditas per fideicommissum relinqui commodè possit, quia rogatus heres intelligitur vt suo loco fideicommissarium constituat, tota tamē hereditas legari non potest, sed tantum pars hereditatis, non quia, vt nonnulli putant, fieret vt legatarius heres potius quàm legatarius dicens esset (neque enim eo minùs heres repræsentaret personam defuncti in solidum tanquam qui successor esset iuris vniuersi quòd defunctus habuisset, ideòq; & creditoribus omnibus satisfacere teneretur) sed quia lex falcidia obstat, quæ non patitur exhauriri

gatis hereditatem, at ne quidem onerari supra dodrā-
tem vt heres non solum nomine, ac iure ipso heres sit,
sed etiam cum effectu & commodo aliquo, cuius spe
allectus possit ille inuitari ad adeundum ad conser-
uanda quoque legata ipsa quæ alioqui interciderent
non adita hereditate. Liberam enim illam legandi fa-
cultatem quam lex duodecim tabularum primū con-
cesserat, leges autem Furia & Voconia restrinxerant,
& represserant, non aliter lex Falcidia restituit quam
hac lege & condicione, vt totius hereditatis quadrans
penes heredem remaneret, l. 1. ff. ad l. Falcid. vt plurib.
31 scripsimus lib. 6. c. 3. † Quod ita constitui necesse non
fuit, si in hereditatis totius legatarium actiones cū
effectu transire possent, sicut nec senatusconsulto Tre-
bellianovlla quarta retentio permilla est, ne tum qui-
dem, cū tota hereditas ex fideicommissio restituitur,
quia visum est sufficere posse heredi ne ab adeunda
hereditate deterreretur, si nullum ex hereditatis adi-
tione damnum timere posse, quamuis nec lucrum a-
32 liquod ex ea consequeretur, † et si comperto tandem
quod multi nulla commodi spe proposita supremas
defuncti preces destituerent, nec exonerationem so-
lam pro iucro haberent, inductum fuit per senatus-
consultum Pegasianum, vt & quartam heres retinere
posset si vltro adire vellet, & adire præterea inuitus
quoque cogeretur. At heredi fuit necesse prospici ab
initio aduectus legatarios quoslibet, non tantum vt
iucro aliquo inuitaretur ad adeundum, sed etiam vt
haberet quod posset compensare cum periculo & in-
commodo æris alieni, cuius ipse totum onus, etiam le-
gata tota hereditate suscipere ac retinere teneretur.
Quare nec villo iuris loco proditum videas, cogi posse
heredem vt adbeat propter legatarios, licet pleriq. lo-
cis mentio fiat legatæ hereditatis, imò contra genera-
liter scriptum est neminem cogi se adstringere oneri-
bus hereditariis propter legatum, vt Pap. loquitur in
l. non est cogendus. 53. ad SC. 2. reb. non adhibita illa di-
33 stinctione, An hereditas legata sit an fundus, quia
nullo casu fieri potest vt in legatarium transeant pas-
sivæ actiones. † Loquor de passivis, quia quod ad acti-
uas pertinet dubitandum non est quia legato conti-
neantur siue quis partem hereditatis suæ, siue bona
sua legauerit, l. si legatus. 30. §. 1. eo. l. meorum. De verbor.
signif. Sed passiviarum alia ratio est, ex qua etiam intel-
ligetur apertius fieri non posse vt transeant in lega-
tarium hereditatis, quia non testatoris sunt sed credi-
torum, adeoque & æs alienum appellatur, & ex bono-
rum quantitate deducitur, quia nemo dici potest id
habere quod debeat, multò minùs actionem quam a-
lius contra se possit exercere. Atqui siue quis heredi-
tatem leget, siue qua alia ratione bonorum suorum v-
niuersitatem alienet, non aliud transferre in alium
potest, quam quod ipse habet. præsertim autem legā-
do, quia legatum est quod lege modo imperatiuè re-
linquitur, inquit Vlp. in Titulistic. 22. imperare autē
testator disponens de ære alieno non magis potest,
quam ipis creditoribus legem dare, & contra quem
aut quatenus agere debeant præscribere. Idque fit ex
verbis illis generalibus legis duodecim tabularum,
Paterfamilias vii super sua re legassit, uia ius esto. l. verbis
legis. 120. De verb. signif. Non enim dici potest æs nostrū
34 esse, quod est alienum. † Cur ergo, inquires, transit in
heredem onus æris alieni? Respondeo non transire
ex dispositione testatoris, at ne quidem ex ipsius vo-
luntate, sed vel tacente adeoque inuito eo ex sola le-
gis potestate, quæ sicut & hereditatem facit & here-
dem, vt sit persona quæ defunctum representet, ita &
vult heredem in omnibus eodem iure censerī, quo

stat apertius, legatarium hunc partis hereditatis, neq.
heredis iure censerī, neq. creditorib. hereditariis ob-
stringi, quia perinde fieri necesse esset, vt legatariis
40 quoq. tanquam heres obligaretur. † Dices fortasse pro
interpretibus, secundum hanc nostrā interpretationē
fore, vt nulla sit differentia inter legatum patris here-
ditatis, & legatum partis bonorum. Quæ tamen aper-
tè constitui videtur in d. l. vlt. & l. 9. de leg. 2. Ego verò
admitto libentissimè, quod & verissimum est, nul-
lam inter huiusmodi legata esse differentiam. Sed ne-
go, quod interpretes putant, vllam in dictis legibus
proponi. Nam sicut tota hereditas legari non potest,
obstante lege Falcidia, vt diximus, ita neque tota bo-
na, sed tantum pars hereditatis, vt & pars bonorum.
Et contra quemadmodum legata parte bonorum, fa-
tentur omnes æris alieni onus non transire in legata-
rium, ita neque transit cū legata est pars hereditatis,
41 vt probauimus. † Quid ergo? Differentia consti-
tuenda est non inter hereditatem & bona, sed inter
legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorū,
quæ testatoris erūt mortis tempore, de quo loquitur
d. l. 1. quia prius legatum refertur ad tempus illud quo
testator iam erit mortuus, propter factam hereditatis
mentionem, quando nec hereditas vlla est nisi post
mortem testatoris, cū viuentis hominis nulla sit, l. 1.
D. de hered. vel act. vendit. Posterius verò refertur ad
tempus vitæ, i. ad instans mortis quod vitæ non morti
computatur, l. qui duos 18. §. 1. D. de manu test. l. vlt. D. de
condic. instit. siquidem non qui iam mortuus est, sed
42 qui viuūt. † Ex hac verò differentia illa nascitur, quod
ex legato partis hereditatis æs alienum nō deducitur,
quod iam per legem trāslatum reperitur in heredē,
adeoq. inseparabiliter vnitum hereditati, vt etiam si
deducto ære alieno hereditatem restituere heres iu-
beretur, non eo minùs tamen inuito quoq. testatore
onus æris alieni cum hereditate ipsa in fideicommissa-
rium transiret, l. cogi 16. §. 1. inde queritur. D. ad SC.
Treb. quoniam vt diximus, ea demum hereditas in ef-
fectu restituitur quæ fecit heredem, & quæ per legem
delata est heredi, & per aditionem acquisita, quæq. o-
nus semel adnexum habuit æris alieni, quod de lega-
ta hereditate non similiter dici potest. At ex legato
partis bonorum quæ testatoris erunt mortis tempore,
deducendum necessario est pro simili portione æs a-
lienū, quia non alia bona testator habuit quæ diu-
xit, quæ quæ ipsi deducto ære alieno superauerunt. Et
quæuis hoc quoq. casu verū sit heredem teneri ad æs
alienum, ac si nihil prorsus ex bonis legatū esset, deducit
tamen illud ex legato, ne alioqui eueniat, vt plus
præstet legatario, quam ei legatum sit à testatore, si
fortè dimidiā illi det bonorū omnium partē ab æris a-
lieni onere immunem, quæ quarta duntaxat esset, aut
43 tertia, si æs alienum deduceretur. † Sed fac similia esse
legata, id est, non quidem legatum partis hereditatis
ad tempus vitæ relatum fuisse, quod fieri nunquā po-
test, sed legatū partis bonorum relatum esse ad id tē-
pus quo iam aliqua esset hereditas, id est, quo testator
defunctus fuisset, putā concepto legato in hunc mo-
dum, Lego Titio dimidiā partem bonorum, quæ in here-
ditate mea reperiuntur. Hoc verò casu negabo deducē-
dū esse ex legato æs alienū, propter eas ipsas rationes,
per quæ diximus, nec ex legato partis hereditatis tale
deductionem fieri posse. Nihilque prorsus obici
potest, aut ex supradictis legibus, aut ex alio villo iuris
44 loco, quod huic nostræ interpretationi repugnet. † Su-
perest vt eam quoq. Bartoli traditionē impugnemus,
quæ separat legatum partis bonorum à legato bono-
rum vniuersorū, quasi sit hoc non etiā illud legatum

vniuersale per quod transeant in legatarium actiones
Iam enim diximus legatum omnium bonorum nomi-
magis valere posse, quam legatum totius hereditatis,
propter legis Falcidiae prohibitionem, & quamuis va-
lere possit, non eo magis tamen in legatarium transi-
turas actiones, quæ per legem duodecim tabularum
non possunt transire nisi in heredem. Quid ergo Bar-
tolum fefellit? Quod non creditit separanda esse hac
parte legata à fideicommissis. † Nam cū de fideicō-
missis agitur, interest sanè an testator bonorum suorū
45 priore casu verum est quod ille ait fideicommissum
non esse vniuersale, sed singulare, non quia ex eo de-
ducendum sit æs alienum, quemadmodum ipse putat
ex d. l. cum autem, (non enim deduceretur si legata es-
set pars bonorum quæ in hereditate reperirentur, vt
proximè diximus, nec eo minùs tamen fideicommissum
esset singulare) sed quia ex huiusmodi fideicom-
missis non transeunt actiones, cū de hereditate ipsa
aut pro parte aut in totum restituenda non fuerit he-
res rogatus, nihilque prohibeat partem bonorum re-
linqui per fideicommissum singulare, sicut & legati
iure dari potuisset. † Posteriore verò casu, id est, cū
46 quis bona sua omnia per fideicommissum restitui vo-
luit, dicimus fideicommissum esse vniuersale transi-
reque ex eo actiones, adeo vt heres si suspectam dicat
cogi possit adire & restituere, d. l. nam quod. 14. §. vlt. &
l. seq. ad SC. Trebell. Non ex proprietate dictionis bo-
norum, quæ licet iura quoque actiua complectatur,
passiua tamen nunquam comprehendit nisi in edicto
de bonor. possess. in quo bonorum nomine vt i coactus fuit
prætor quia de hereditate loqui non potuit, sed beni-
gna interpretatione, quæ facit vt non de bonis dunta-
xat, sed & de tota sua successione testator sensisse in-
telligatur, ne intercideret fideicommissum quod alio-
quin prorsus intercideret herede adire nolente, vt
Vlp. tractat in d. l. cogi. in princ. † Vbi eadem de causa
47 addit idem esse etiam si non bona sua, sed, quod erat
multò dubitabilius, totum patrimonium suum, imò
& peculium restitui testator voluerit: cū tamen ne-
mo possit sub patrimonij vel peculij sui nomine cō-
prehendere æs alienum, quod quia alienum est, ne-
que patrimonium, neque peculium testatoris dici po-
test. Propter quam causam non malè dicebat Mæcia-
nus voluntatis esse quæstionem, id est, an de tota suc-
cessione quæ commoda & incommoda contineret sē-
sisset testator, an de bonis suis tantum, licet omnibus
restituendis. Quia siue ex bonis deducas æs alienum
siue non deducas, nunquam euenit, vt onus æris a-
lieni sit onus bonorum, nisi cū agitur de bonorū pos-
sessori qui est heredis loco, l. 1. 2. & 3. ff. de bon. possess.
Neque aliud Vlp. quam Mæciani iudicium est, nisi
quod ait in dubio credendum esse testatorem locutū
de bonis, sensisse de tota successione, hoc est, de tota
hereditate quæ non minus æs alienum, quam bona
testatoris in se continet, vt fideicommissum sustineat-
48 tur. † Ita innuens non obscurè, si constaret testatorem
bonorum nomen vsurpasse proprie, non autem impro-
priè pro hereditate, aliud esse dicendum, nec vniuersale
fideicommissum censendum, cuius conferuandi
gratia heres cogendus sit adire, quia proculdubio o-
mnibus hereditariis oneribus etiam post restitutionē
bonorum omnium implicitus remaneret. Sicut & he-
rede vltro adeunte, ac bona omnia restituyente, non
putarem transire actiones in fideicommissarium quia
nulla subesset necessitas capiendæ huius interpreta-
tionis pro fideicommissio confirmando, quod per li-
beram heredis aditionem satis confirmatum esset.

illa, quoniam actio confusa per Trebellianum redintegrari non potest, quod utique sic accipiendum est, ut redintegrari nullo modo possit, si verum est quod vno ore interpretres nostri tradunt ad *l. Gallus 29. in prim. de liber. & posth.* negationem immediate positam ante verbum potest, omnem omnino excludere potentiam. Perinde igitur acti acsi paulo apertius Papin. scripsisset confusam illam actionem neque directam, neque vtiliter redintegrari posse, i. non magis post hereditatis restitutionem, quam antea fieri posse ut actio vlla siue utilis, siue directa, competat fideicommissario pro debito per confusionem extincto, ob idque non aliud ei remedium superesse, quam ut fideicommissum quasi nondum restitutum persequatur. Quomodo & Iulianus quamuis in dissimili non tamen in prorsus aliena specie scribit in *l. cum reus 14. de fideiuss.* cum reus promittendi fideiussori suo heres extiterit fideiussoria perimi obligationem. Quid ergo est? inquit, *Taquam a reo debitum petatur.* Sensus est a reo qui fideiussori suo heres extitit, petendum esse debitum necessario tanquam a reo, non tanquam ab herede fideiussoris, tametsi fortassis euenturum sit ut reus tanquam reus exceptionem aliquam personalem habiturus sit, puta pacti personalis de non petendo, qua non haberet tanquam heres fideiussoris. Ideoque necessariam fore illo casu creditori replicationem doli mali vel in factum ad exceptionem illam elidendam. Sic enim locum illum iam pridem interpretati sumus, & addita negatione feliciter emendauimus lib. 1. cap. 3. Et verum si qua utilis actio posset fideicommissario competere, per quam esset ille totius temporis vsuras nil obstante debiti confusionem indistincte consecutus (ut solent actiones vtilis eiusdem potestatis esse, cuius sunt directae eundemque habere effectum *l. actio 47. ff. de neg. gest.*) an non ridiculus esset Papinianus, qui actionem ex fideicommissio longe minus vtilis futuram proponeret? An non etiam stultus fideicommissarius qui electionem habens, ut vel vtili actione ex contractu, vel fideicommissi nomine ex testamento experiretur, eam actionem eligeret, quae sibi damnosior foret, vtiliorem vero & expeditiorem praefermitteret? Ideoque fortasse tanto faciliores fuerunt interpretres ad eiusmodi actionem vtilem concedendam fideicommissario, quasi nihil interesset heredis vtra actione conueniretur: quantum difficultius permittendum fuit, ut inuita iurisprudencia posset ille actione non modo non competere, sed etiam duriore conueniri. Quanquam quod heredis nihil intersit an hac, an illa actione vrgeatur, numquam facit ut eo magis admittat actionem in eum dandam esse, quae nec summo iure competat, nec ex aequitate induci possit, adeoque cuius inducendae neque necessitas vlla subsit, neque vtilitas aliqua futura sit. Aestimantur enim vtilis omnes actiones, ut vel solum ipsarum nomen demonstrat ex vtilitate, quam ei adferunt qui alioquin summo iure periclitaretur, ideoque non nisi ex mera necessitate inducuntur, & iis demum casibus quibus directa actio competere nulla potest, *l. quarnuis 8. §. si conuenierit. ff. ad SC. Velleian. d. si heres 70. ff. ad SC. Treb.* Quid igitur fallere potuit interpretres, ut sine lege nullaque urgente necessitate dandam fideicommissario dixerint vtilis actionem contra rationem iuris? Id vnum puto, quod in *d. §. si ex Treb.* scriptum putant necessarium esse actionem aduersus heredem fideicommissario dari, quomodo in eorum codicibus scriptum fuisse testis est glossa illa Accursij quae incipit *viles.* Scripsisset enim ille ac scribere debuisset *vilem* in numero singulari, si in eodem numero textus *actionem* non *actiones* habuisset. Cum vero actiones plures ea dictione plurali numeri

proponi viderent, non putarunt aliam actionem posse competere quam vtilis, praeterquam eam quam fatetur omnes indubitate fideicommissario dandam esse ex testamento. Sed cum ex Pandectis Florētinis appareat viciosam fuisse veterem illam lectionem, legedumque *actionem* non *actiones*, nato errore ex eo quod, ut alias non semel obseruauimus veteres iidemque rudiores typographi literam *m* in hac 3, quae a litera *S* non multum distat, excubebant. Et non erat interpretibus difficile errorem detegere, si non pignisset reliqua eiusdem §. verba obseruare. Ac illud imprimis, quod immediate praecedat, *necessarium est.* Non enim villo modo necessarium dici potest, ut actiones plures fideicommissario contra heredem datur, siue omnes eiusdem effectus, & potestatis esse velis, siue vnam plenior altera. Ex quo namque vna competat, aut datur, quid necesse est aliam dari? praesertim quae nec plenior nec comodior sit futura? Atqui non est ex interpretibus qui neget, nec qui negare possit actionem ex testamento dandam esse fideicommissaria. Sicut est contrarium si heres creditor defuncti fuit, & fideicommissum non deducto debito restituerit, constat habere illum fideicommissum tanquam in debiti repetitionem, quemadmodum si fideicommissum restituisset, non deducta quarta quam deducere ac retinere debuisset, *l. hires. 21. ad SC. Treb. l. 1. §. si legataris. l. lineam mar garitarum. 26. D. ad l. Falcid. l. cum pater. 77. §. mater filiis de leg. 2. l. qui exceptionem. 40. §. 1. ff. de condi. indeb.* Non potuit ergo Iulianus scribere vel sentire necessariam esse fideicommissario vtilis actionem, debuit sane scribere quod scripsit necessarium esse, actionem fideicommissario in heredem dari, quia stricto iure nulla competit, neque ex contractu, siue directa, siue vtilis, propter confusionem, neque ex testamento propter iam factam fideicommissi restitutionem. Actio enim ex testamento quae pro fideicommissio competit fideicommissario contra heredem non ad singularum rerum restitutionem consequendam pertinet, sed ad restitutionem hereditatis, & iuris illius vniuersalis, cuius ratione fideicommissarius dicitur successor vniuersalis, & loco heredis: Cui restitutioni dubitandum non est, quin satisfecerit heres qui hereditatem restituit, adeoque quod magis est, licet verbo tantum restituerit, cum ex ea restitutione verbali iura omnia in fideicommissarium translata sunt, totaque hereditas, quae scilicet in iure consistit non in corpore, *l. restituta. 37. iunct. l. facta. 63. in princ. ff. ad SC. Treb.* Proinde non potest dici eandem actionem ex testamento competere fideicommissario post restitutionem, quae competere si restitutio nulla facta esset. Verum quia nec illud dici potest heredem satisfecisse voluntati testatoris quandiu aliquid retinet, quantumlibet illud sit ex eo quod restituere debuit, aequissimum est, & consequenter necessarium actionem fideicommissario dari. Nimirum per praetorem, cuius propria fuit de fideicommissis iurisdictio, & qui ob eam causam fideicommissarius vocabatur. Si actio ex testamento summo iure competere post restitutam hereditatem, non ita scripsisset Iulianus, *necessarium est actionem aduersus eum fideicommissario dari.* Aliud enim est *actionem competere*, aliud *dari.* Quae competit ipso iure, non datur. Quae datur, non competit. Cum actionem competere dicimus, solam iuris potestatem cum vero dari, iudicis potius aut magistratus factum demonstramus. Illud etiam errandi occasionem interpretibus praeripere debuit, quod viderunt Iulianum in *d. §. si ex Trebelliano*, non alium duntaxat casum tractare quo heres rogatus de restituenda hereditate, debitor fuerit defuncti, sed illum etiam quo heres

heres qui hereditatem restituit, vel fructus praediorum qui erant restituendi, vel ipsa praedia retinuerit: Quo tamen utroque casu nihil est quod de vtili actione tractari possit ad consequendum id quod fuerit defuncti, quod fideicommissario nullo alio quam fideicommissario datur. Nam si quis directam si iure debitum vnumquam fuit. Aut vtilem vindicationem fideicommissario dare velit eo colore quod facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis eius fiant, cui restitutione est hereditas etiam si nondum earum nactus fuerit possessionem ut Caius scribit in *d. l. facta in princ.* proculdubio valde errauerit. Inauditum enim est, ut vindicatio siue directa, siue vtilis, vnumquam in eum detur qui reuera dominus est, *l. pen. & vlt. ff. de publician. in rem act.* cum est contrarium non nisi domino competat, *l. in rem 23. ff. de rei vindic.* duo autem eiusdem rei in solidum domini esse non possunt vulg. *leg. si ut certo. 5. §. si duobus vehiculum. ff. commod.* Porro heres qui de hereditate restituenda rogatus est, sicut etiam post restitutionem heres manet, ita & dominus, §. *restituta Instit. de fideic. hered.* cum heredis appellatio nihil nisi dominum significet, §. *vlt. Instit. de hered. qual. & differ.* Unde est quod Caius in *d. l. facta*, non sic loquitur ut dicat fideicommissarium post factam hereditatis restitutionem fieri dominum rerum hereditarium (id est non magis scribere potuit, quam heredem illum fieri, quod euidentissimum fallum esset) sed ait res hereditarias in bonis eius fieri, quod longe diuersum quid est, ut a nobis aliquando tractatum fuit in explicanda veteris illius duplicis dominij bonitarij scilicet & quiritarij distinctione, de qua *Ulp. tit. 19. de acquis. rer.* in Titulis. Ergo quemadmodum eo casu quo heres iustus hereditatem restituit, aut praedium aliquod hereditarium aut praediorum restitutorum fructus etiam restituendos retinuit, necessarium est contra eum fideicommissario actionem dari, & quidem ex testamento, quoniam alia nulla competit, neque vtilis, neque directa, ita fatendum est alio quoque casu de quo disputamus, & quem tanquam similem Iulianus coniungit, id est, quo hic heres debitor fuerit eius qui testamentum fecit, non aliam quam ex testamento actionem fideicommissario dari posse. Non enim de diuersis actionibus pro casuum diuersitate sensisse videri potest Iulianus, qui propositis coniunctisque omnibus casibus non nisi *actionem* in singulari numero fideicommissario dandam esse scripsit. Ex quo etiam apparet quam parum lubriles ne dicam ridiculi sint iidem interpretres quibus non satis est, repugnante iuris ratione vtilis actionem fideicommissario dare, si non & vindicationem quoque contra dominum ei accommodent, & conditionem triticariam contra eum qui non sit ex contractu sed tantum ex testamento obligatus, & conditionem sine causa aduersus eum qui iusti heredis verumque domini iure rem habeat, & a testatore ipso non a fideicommissario: quae omnia quam sint a principiis & regulis iuris aliena, nemo non videt. Sed & interpretum error detegit, quod ex Marcelli ad Iulianum nota sequitur, *Hoc idem necessarium faciendum est, cum parte hereditatis restituta familia exciscunda iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, & qui receperit, accipietur.* Id enim sibi vult Marcellus, non tantum superiore casu necessarium esse fideicommissario in heredem actionem ex testamento dari: id est, cum heres tota hereditatem restituere rogatus est, siue praedium aliquod hereditarium retineat, siue praediorum hereditarium fructus iam forte collectos mortis tempore & in hereditate repertos, aut post moram perceptos, siue debitor fuerit defuncti, sed illo etiam casu quo de

parte duntaxat hereditatis restituenda rogatus fuerit, quod cum euenit, constat vtile esse iudicium familiae exciscundae inter heredem & fideicommissarium, sicut esset inter coheredem, quia fideicommissarius heredis loco est. Cur vero necessarium est hoc posteriore casu actionem fideicommissario dari? An non potest sufficere quod habiturus sit vtilis exceptionem? An vero denegabunt interpretres vtilis exceptionem ei cui dant vtilis actionem? contra *reg. l. in ius. 15. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. is autem. ff. de superfic.* Quinimo quidni sufficiet equitas ipsius iudicij quod est bonae fidei, ut quicquid obtinere fideicommissarius posset, siue proposita actione siue opposita doli exceptione, id ipsum aequitate consequatur. *leg. in hoc. 14. §. 1. D. commu. diu. Tritum. n. est doli exceptiones bonae fidei iudicij ipsi iure intellet. l. sed et si ideo. 21. in fi. D. sol. mat. l. huiusmodi. 24. §. qui seruum de leg. 1.* Inde igitur cognosci potest, confusione quae fit per aditionem hereditatis vsque adeo extingui obligationem ut etiam restituta hereditate, fideicommissario consuli nullo modo possit ne quidem per exceptionem aut per aequitatem iudicij, tantum abest ut actio aliqua vtilis resuscitari possit quam ei dari oporteat. Ideoque necessario recurrendum est ad extraordinarium praetoris fideicommissarij auxilium, ut det actionem ex testamento per quam fideicommissum perinde petatur post restitutionem, acsi nulla ex parte fuisset restitutum, quandiu plenissime non est restitutum. Scio contingere aliquando ut extincta quoque actio resuscitetur, ut in specie *l. 2. in fin. Digest. ex noxal. caus. agat. l. si cum. 41. §. vlt. D. de sur. l. de ferre. 18. §. vlt. D. de iur. fidei. l. cum qui. 21. §. vlt. ff. de inof. test.* Nempe cum causa extinguenda obligationis resoluitur, & in eum statum reducit, ut nunquam interuenisse videatur, puta cum hereditas adita habetur pro non adita, vel acquisitum dominium pro non acquisito, quemadmodum supra dictis locis omnibus contingit: at casus noster omnino dissimilis est, quoniam causa extinguenda obligationis propter confusionem quae contingit per aditionem hereditatis fideicommissariae, durat semper etiam post restitutam hereditatem, siquidem, ut diximus, non eo minus heres remanet heres, quod restituerit hereditatem. Et errant valde qui putant confusionis rationem hanc vnam esse quod heres non possit agere contra scriptum, ut inferant confusionis effectum sicut & rationem cessare restituta hereditate quod eo tempore alia sit persona heredis, alia fideicommissarij qui contra heredem commode possit experiri. Nam ut supra monuimus, confusio non fit actionis sed obligationis, licet confusa & extincta obligatione actio quoque per consequentias extingatur. Obligatio autem confunditur, non quia nemo possit agere contra se ipsum, sed quia nemo sibi obligatus esse possit. Ergo cum siue debitor creditori siue creditor debitori heres extiterit, confundatur obligatio ea duntaxat ratione quod alioqui futurum esset, ut heres sibi ipsi esset obligatus, plane consequens est, ut etiam post restitutam hereditatem sicuti heres semper heres manet, ita & confusionis causa semper detur, quae proinde impedit, ne actio vlla siue vtilis siue directa vnumquam resuscitetur. Quomodo etiam euenit cum heredi aufertur per fiscum hereditas tanquam indigno. Tunc enim si qua obligatio & actio per aditionem confusa fuerat ea non idcirco resuscitatur, *l. heredem. 17. in fin. Digest. de his que vt indign.* Non ob id solum quod indignus sit cui succurratur heres qui ex indignitate sua hereditatem amisit (et si enim illa quoque ratio Papinianum mouisse videtur, si alia tamen nulla esset, non male quis id ipsum

Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Papinianus exuli. 20. D. de minor. quid commune habet delictum cum obligationis restituenda iure?* sed etiam quia non eo minus heres manet is cui fiscus abstulit hereditatem *l. ex facto. 43. §. vlt. Digest. de vulg. & pup. subst.* Quod etiam pertinent *l. 4. C. de transact. l. 2. C. si aduers. transact.* in quibus videas actionem extinctam non rescissari, sed nouam concedi, quia non precedentis extinctionis causa deficiebat, sed noua actionis concedendae causa potius emergebat. Errant etiam, multo que si fieri potest, stolidius, qui distinguunt an hereditatem heres adierit pure ac simpliciter, an cum beneficio legis & inuentarij. Nec enim beneficium illud impedit confusionem, vt vulgo à plerisque imperite creditur, neque id magis facere Iustinianus potuit, quam naturam ipsam peruertere, ac inducere vt sibi ipsi obligatus quis esse possit, sed in eo tantum prodest heredi, ne ex eiusmodi confusione damnus vllum sentire debeat supra vires & facultates hereditarias. quia nec inuentarium facere potest, quominus heres verè heres sit, ac si legis beneficium non implorasset, vt pluribus scripsimus Decad. De error. pragmat. Sic ut contrario inuentarij solennitas ommissa non impedit quominus possit heres deducere ac retinere contra fideicommissarium aut contra legatarios in ponenda legis falcidia ratione id omne quod sibi à defuncto debebatur, perinde atque aliud res alienum quodlibet, *l. in imponenda. 6. l. irritum. 8. C. ad leg. Falcid.* vt iam pridem Castrensis non infeliciter contra nonnullos ætatis suæ Doctores disputauit. De actione sola hypothecaria dubitari probabilius potest, an sicut actiones ceteræ personales confundatur per aditionem hereditatis, maxime inuentario nullo facto. Et si enim generaliter & aperte Iustinianus constituit in *l. vlt. C. de iur. delib.* vt si inuentarium factum non sit actiones omnes quæ competebant heredi confundantur, magis tamen communiter probatum est, hypothecariam non magis confundi quam directam rei & dominij vindicationem, vt tractant nostri ad *l. debitori 7. C. de pact.* quanquam hoc ipsum nonnulli sic accipi volunt sit hypotheca expressa fuerit, non etiã si tacita. Sic enim ex recentioribus Italis Ioann. Cephal. consil. 393. nu. 154. & 157. & seq. post Angel. Arer. ad *l. licet. 14. per ill. text. C. ad leg. Falcid.* Ego vero fateor equidè dominij vindicationem per hereditatis aditionem non confundi, quia vindicatio non obligationis iure datur, sed in re ipsam & solo dominij iure, nemo autem dixerit heredem vel ob id dominum esse desinere debere, quod non domino heres extiterit, vel ob id minus dominum fieri quod ipse antea dominus non fuerit, sed in hypothecaria aliud iuris esse contendo, eamque facilius periri posse per confusionem, quia licet in rem quoque sit, tamen accessoria est principalis obligationis ex ea que pedit, in quo differt à vindicatione dominij. Soleo tamen distinguere, an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerso creditori debitori. Posteriore casu, non nego si creditor idemque heres hereditatem restituere rogatus sit, etiã si post restitutionem quoque vt diximus, duret causa extinguenda per confusionem obligationis, hypothecariam tamen superesse, quia propria legem & conditionem habet illa, vt tandiu duret quandiu verum est pecuniam solutam non esse, *l. grege. 13. §. etiam. D. de pignor. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* iam autem monuimus aditionem hereditatis tum etiã cum debiti confusionem inducit, tamen solutionis loco non semper esse *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. aliquando de solut.* Scilicet cum hereditas adita ad alium per fideicommissum deuoluitur. Nam si eo casu non prohibetur heres debitum deducere tametsi non hypothecarius creditor fuerit, sed tantum chirographarius, *l. in imponenda. & d. l. irritum*, quia nimirum talis hereditas restituenda est qualis fuit mortis tempore & ante aditionem, non qualis quontave post aditionem, *l. in quantitate 73. D. ad leg. Falcid. l. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Treb.* quanto magis dicendum est hypothecariam restituta quoque hereditate superesse? Non, utique deduceretur debitum per viam retentionis si pro soluto haberetur. Et quamuis non possit heres idemque creditor hypothecariam exercere ante restitutionem hereditatem, quia tamen omnimodo futurum est vt agere aliquando possit vel etiam retinere, ipsius interest, vt ea actio non tam in totum extincta quam interim sopita esse intelligatur. In eamque rem textus est Pauli perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Treb.* At priore casu, cum debitor creditori heres extitit, licet idem ille hereditatem restituere rogatus sit, nego fieri posse vlla ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis restitutionem in fideicommissarium transferatur, quia non potest à testatore transire in fideicommissarium, nisi per mediam heredis personam, qui porro nunquam in eo fuit vt actionem hypothecariam contra se potuerit exercere, ne spe quidem inauditum namque est vt hypothecaria villo casu cõpetat, vel possit competere debitori. Nec quod per hereditatis restitutionem soleant in fideicommissarium transire ex Treb. actiones omnes quæ & heredi in heredem competeant ad rem facit. Id. n. ad eas actiones spectat quæ contra heredem competeant creditoribus hereditariis, & tanquam contra heredem, non quæ testatori viuenti contra eum quem postea heredem fecit. Omnes enim quæ fideicommissario post restitutionem competere possunt, necesse est heredi ante restitutionem competiisse, adeoque iure hereditario, ita vt si quas sibi heres comparauerit medio tempore, ea non transeant in fideicommissarium sine speciali cessione, *l. si beres pecuniam 73. ff. eod.* Hypothecaria igitur, quæ competit defuncto in bona sui debitoris eiusdemque postea heredis instituti, cum ipsi debitori heredi que nunquam competierit neque competere potuerit, in fideicommissarium transire nullo modo potest. Ac quæquam supradicta Castrensis aliorumque interpretum opinio quam nos refutauimus, vera esset, quæ fideicommissario dat vtilem actionem contra heredem eundemque defuncti debitorem, qui per confusionem obligatus esse desit, fatendam tamen esset hypothecariam, quæ defuncto competeat (ponimus. n. fuisse creditorem hypothecarium) non posse in fideicommissarium transire, & consequenter vtilem illam actionem non posse prioris temporis ordinem & priuilegium retinere, etiam si talis esset, tamque fauorabilis quæ hypothecam habere deberet. Nam & quod dici solet actionem subrogatam sapere & induere naturam & qualitates omnes eius actionis in cuius locum subrogata est, *l. 1. §. si quis sub conditione ff. vt legat. nom. cau. l. 1. §. hac actio. ff. si is qui test. lib. esse iussit* tunc locum habere non potest cum subrogatio fit in locum actionis penitus & ipso iure extinctæ, vt ex Baldo respõdit Marcus Ant. Natta consil. 538. n. 44. Quæ de re textus alius apertior quærendus non est, quam ille Pap. in *l. deducta in pr. vbi* quauis tractet ipse non de actione vtili quam dat interpretes sed de actione ex testamento, tractat tamen sed de actione noua in locum extinctæ veteris subrogata, nec eo magis admitti, vt ex noua actione vltura totius præteriti temporis debeantur si confusio nulla facta esset ex pristina actione indistincte, vt explicauimus deberentur. Quo exemplo nec dubitandum

dum est quin idem fuerit ille responsurus si de iure hypothecæ fuisset interrogatus, non enim Pap. temporibus actio fideicommissi quam ipse solam dat fideicommissario, habebat priuilegium vllum tacite hypothecæ, quod noua Iustin. constitutione primum inductum est in *l. 1. C. commun. de legat.* Porro actio ex testamento hypothecam nullam habet, nisi ex die mortis testatoris, quia nec prius ipsa competit. Et hoc etiam consequens est ei quod diximus actionem illam vtilem quam interpretes comminiscuntur dantiuam esse non natiuam. Quomodo enim fieri posset vt haberet hypothecam se ipsa antiquiorem? Euenit certe aliquando vt vincula pignoris durent etiam submotâ personali obligatione, quomodo loquitur *l. 2. C. de iur. pign.* de cuius sententia nos alibi scripsimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullo modo, nulloque casu potest. Quamquam ne quis dubitationibus istis locus relinquatur, longè expeditius est nostram probare sententiam, quæ non patitur actionem illam vtilem rescissari, quod nec vnquam competierit, nec vnquam fuerit extincta, neque rursus induci & tanquam nouam dari, sufficiente videlicet actione ex testamento, quam dari debere non solum Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentesque ceteri, sed & interpretes omnes consentiunt.

CAPVT XX.

Ad *l. si fideiussor. 29. §. pen. & §. hoc idem tractari D. mandat. & l. cum de indebito*

25. De probat.

SVMMARIA.

- 1 Duo alij Pandectarum loci in quibus visionis nomen Triboniani esse ostenditur.
- 2 Summa *l. si fideiussor 29. ff. mandat.*
- 3 Totus §. in omnibus *d. l. si fideiussor Triboniani esse.*
- 4 Si fideiussor creditori pecuniam debitam soluit nec solutionem principali debitori denuntiauerit, debitor postea eandem pecuniam solvente, soluti conditionem aduersus creditorem non fideiussori sed debitori summo iure competere.
- 5 Debitorem hoc casu non teneri indemnitate fideiussori prestare.
- 6 Vera ratio propter quam hoc casu debitor indebiti actione fideiussori cedere tenetur.
- 7 Rationem illam, ne duplum creditor consequatur, in fine §. hoc idem. expressam ad superiorem casum non pertinere.
- 8 Verba illa, ne duplum creditor consequatur, Triboniani vel alicuius Interpretis esse.
- 9 Sententiam *d. §. in omnibus. mancam esse.*
- 10 Debitorem primam solutionem faciente fideiussorem qui ignoranter secundo creditori soluit, teneri competentem sibi conditionem debitori prestare.
- 11 Tentatur eam cessionem debitori minus necessariam esse.
- 12 Distinguendum quoque esse an secunda solutio iuris an facti ignorantia facta sit.
- 13 Secunda solutio licet autoritate iudicis facta, non ideo minus conditionem, si non indebiti, saltem sine causa aduersus creditorem competere.
- 14 In secunda illa solutione iudicis autoritate facta dolum creditoris & caliditatem interuenisse.
- 15 Eo casu creditorem actione stellionatus criminaliter non conueniri, sed causam ex integro non imploratore solutionis auxilio agi.
- 16 Non bene in *d. §. pen. stellionatus. actionem fideiussori aduersus creditorem concedi.*

17 Totam legem cum de indebito. 25. ff. de probat. præcipue visionis in ea nomen Triboniani esse. Peragendum est hoc capite quod initio huius libri institueramus, vt eos omnes Pandectarum locos in quibus visionis dictionem usurpatam legimus, Triboniani esse ostendamus, aut saltem à Triboniano corruptos fuisse. Nam præter duo illa Vlpiani responsa, de quibus iam diximus, quorum alterum est in *l. sed et si lege 25. §. quod autem de petit. hered. alterum in l. quamuis 8. §. si mulier ad SC. Velleian.* supersunt alia duo, vnum eiusdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l. si fideiussor. 29. §. pen. D. mandat. hoc in l. cum de indebito 25. D. de probat.* De quibus nunc breuiter videamus. In tota *d. l. si fideiussor*, tractat Vlpianus de actione mandati an danda sit necne fideiussori, qui siue sciens, siue ignorans soluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et postquam varios casus profecutus est, multaque adhibuit distinctiones, præsertim duas illas generaliores, an sciens fideiussor soluerit, an ignorans, rursusque si ignorans an ignorantia iuris an facti, vt si vel sciens soluerit vel ignorantia iuris non sit audiendus, nisi fortè debitor conqueratur de omni exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potius quam ex bona fide, si verò ignorans, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mandati contra eum pro quo fideiussit, sequitur in §. pen. eiusdem legis, *In omnibus autem visionibus que proposita sunt ubi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta. Tunc. n. propter autoritatem rei indicatæ cessat quidem repetitio, ipse autem stellionatus crimine propter suam caliditatem plectitur.* Totum verò hunc §. ego Triboniani esse dico, non Vlpiani, motus non solum ex ipso verborum contextu parum eleganti, præcipue illo loco *stellionatus crimine plectitur*, pro eo quod scribi debuit *ex causa commissi criminis stellionatus*, (nemo enim plectitur crimine, sed pœna propter crimem) verum etiam ex eo, quod non nisi de actione mandati tota ea lege Vlpianus agit, & de repetitione quam fideiussor contra reum habere debeat per illam actionem mandati, non etiã de conditione soluti, aut, quod idem est, de repetitione aduersus creditorem ipsum danda vel deneganda. Neque verò dubitandi ratio illa occurrere poterat, quin conditione teneretur creditor, qui pecuniam indebitam accepisset, siue ideò esset indebita, quod nihil creditor numerasset, siue quod numeratæ solutione & restitutione iam habuisset. Quod ipsum iam satis Vlpianus expresserat, in §. hoc idem tractari in fin. iis verbis, *cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet ne duplum creditor consequatur.* Ostendunt enim verba illa, non solum conditione teneri creditorem qui indebitum acceperit (quod aded certum erat, vt non nisi frustra & ridiculè id addere Vlpianus potuerit, si aliud nihil addendum habuisset) sed etiam cui competat illa conditio, nimirum debitori non fideiussori, quoniam in ea specie fideiussor primus soluerat quod creditori verè debebatur, ob idque non poterat dicere solutum à se indebitum quod facere posset locum conditioni. Ipse autem debitor, qui factam à fideiussore solutionem ignorans, quod de ea certioratus non esset, iterum soluerat, sanè indebitum soluerat, cum fideiussoris solutione fuisset liberatus. Ob idque & habet summo iure conditionem contra creditorem non fideiussor, & fideiussori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præstet, non quia sit liberatus, (nam cum pecunia & facto fideiussoris liberatus sit, ea ratio facere potius deberet vt

teneretur) sed quia potest imputari fideiussori cur de solutione a se facta non certiorauerit debitorem, cum ob omissionem nuntiationem euenit, ut perinde solvere debitor coactus fuerit, ac si fideiussor non soluisset.

5 † Quæ res facit ut ex solutione per fideiussorem facta nihil commodi videatur consecutus, tamen si reuera per eam fuerit, ut iam dixi, liberatus, nisi quod propter eiusmodi liberationem accidit, ut habeat debitor conditionem, quam alioqui non esset habiturus. Sed iuris regula est, neminem idcirco obligari quia recepturus sit ob alio quod ipse præstiterit, *l. nemo idcirco 171. de regul. iur.* propterea quod cuiusque interest non soluere potius quam solutum repetere *l. 3. ff. de compensat. l. si stipulatus 15. in princ. de fideiuss.* Dicimus autem non esse obligatum hoc casu debitorem, ut indemnitate fideiussori præstet, id est, ut pecuniam ipsam quam fideiussor soluit, ei restituat. † Non autem absolutè negamus esse obligatum actione mandati: quia cum ex facto & pecunia fideiussoris acquiserit sibi actionem & conditionem, locupletatur cum damno & iactura ipsius, si ne quid ad eiusmodi actionem fideiussori cedendam teneretur. Planè ad aliud quam ut actione cedat, non tenetur. Ex alia iuris regula quæ habet, in omnibus quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegationem pro iusta præstatione esse, *l. quod debetur 51. in fin. ff. de pecul. l. quod si in diem 16. §. ult. l. item veniunt 20. §. ait Senatus 17. ff. de petit. hered.* Cedit itaque & præstat actionem, non ratione illa nuda æquitatis, de qua idcirco Vlp. in *l. creditore 38. de emitt. Cui. n. non æquum videbitur* inquit, vel hoc saltem consequi emptorem quod sine dispendio creditoris futurum est? sed quoniam actione mandati ad hoc ipsum obligatus est, ut eam actionem præstet. Ne alioqui, ut diximus, ex fideiussoris damno & iactura locupletetur. Hæc. n. vera & germana ratio est, propter quæ fideiussori cedenda est conditio non illa quæ textus habet, ne duplum creditor consequatur. Nam etsi nulla fieret cessio fideiussori, non idcirco tamen eueniret, ut duplum creditor consequeretur, quippe qui debitori conditionem indebiti teneretur, cuius æquitas illa esse solet, quæ & conditionem indebiti & cæteras omnes induxit, quod hoc natura æquum sit nemine cum alterius detrimento fieri locupletatorem, *l. nam hoc natura 14. D. de cond. indeb. l. si & me & Titium 32. D. de reb. cred.* † Itaque & accommodatior est ratio illa, ne duplum creditor consequatur, ad explicandum cur creditor conditionem teneri debeat quam ad probandum teneri debitorem ut fideiussori præstet conditionem. Imo neque probat dandam esse fideiussori conditionem, quia siue fideiussori detur, siue debitori, perinde utroque casu euenit ne duplum creditor consequatur, qui quod indebitum accepit, restituere compellitur. Quanquam probat potius, quod & verum est debitori conditionem competere, non fideiussori. Duplum. n. consequitur creditor, non cum accipit solutionem primam à fideiussore, sed cum accipit secundam à debitore. † Vnde moueor ut illam quoque rationem, ne duplum creditor consequatur, Triboniani esse putem, aut imperiti alicuius interpretis, non Vlpiani, quem credibile est meliorem aliam fuisse allaturum, si quæ certissimi iuris rationem adferre voluisset. Ut taceam huiusmodi conditionem, siue per debitorem ipsum, siue per fideiussorem exerceatur, non posse facere ne duplum consequatur creditor, quæ ponimus iam fuisse duplicem solutionem consecutum, sed ne duplum quod consecutus est, retineat, quod eueniret si conditio aduersus eum non daretur. † Ex eo autem, quod iam illo loco corruptum Vlpiani contextum fuisse fatendum est, tantò facilius cõici potest, verum

esse quod volumus, in *§. pen. eiusd. leg.* corruptum etiã fuisse. Nam & sententia loci manca est in eo primum quod non aperit Tribonianus cui danda sit repetitio contra creditorem, utrum debitori an fideiussori, cum tamen ex iis quæ proximè diximus, constet, tum quoque cum danda est, non indistinctè & promiscuè utriusque dandam esse, sed alterutri tantum. Ei scilicet qui secundus soluit, nisi per eum alteri actio cedatur. † Si. n. poneres solutionem primam à debitore factam esse, secundam verò à fideiussore primam ignorante, sicuti verum esset teneri fideiussori debitorem actione mandati ad indemnitate ei præstandam. Ita nec dubitari oporteret, quin fideiussor competentem sibi conditionem debitori præstare teneretur. Hæc sola differentia quod ea cessio faciendâ esset, non vi & iure alicuius actionis, sed ex æquitate illa *d. l. in creditore*, quod non debeat fideiussor recusare quominus id saltem præstet quod sine ipsius dispendio & incommodo sit futurum. † Quanquam defendi non male potest minùs necessariam eo casu futuram debitori cessionem, citra quam utiq. danda ei sit conditio aduersus creditorem, quasi qui soluisse ipse videatur, quod eius nomine soluit fideiussor, præsertim si fideiussori suo iam præstiterit indemnitate. Alioqui nec per solutionem à fideiussore factam debitor liberaretur, si non ipsius debitoris nomine fideiussor soluisse intelligeretur, ut euenit in mādatore qui propter mandatum suum solvens, & proprio nomine id ipsum quod alius debet, non tamen liberat debitorem. *l. Papinianus 28. D. mandati.* † Mancus etiam fuit Tribonianus in eo quod illam duntaxat adhibet distinctionem, an solutum sit creditori ex autoritate rei iudicatæ, an non, ut hoc solo posteriore casu repetitio contra eum danda sit. Priore verò, cessante repetitione ad extraordinariam stellionatus accusationem recurrendum sit, ut improbi creditoris calliditas plectatur. Cum tamen illa quoque distinctio maxime adhiberi debuerit, An scienter an ignoranter secunda solutio facta sit. Rursusque, si ignorat, an ignorantia iuris an facti. Nam si scienter fideiussor soluerit pecuniam, vel à creditore numquam numeratam, vel à debitore ipso iam solutam, nemo dixerit dandam ei conditionem. Est. n. generale & perpetuum, ut quisquis sciens se non debere soluit, numquam repetat, *l. 1. D. de cond. indeb. l. indebitum 9. C. eod.* Idque propter iuris regulam quæ vult, cuius propter errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donationem factam intelligi debere, *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Idemque est si ignorans fideiussor soluerit ignorantia iuris non facti, *l. cum quis 10. C. de iur. & fact. ignor.* quia parum interest an quis sciat, an ignoret id, quod per petitiones scire & discere potuerit ac debuerit. *l. regula 9. D. eod.* Non ergo indistinctè & generaliter verum est teneri conditionem creditorem, tamen si non ex iudicis autoritate solutio facta proponatur. † Interueniente verò re iudicata, etsi verum est eum qui condemnatus soluit, repetere non posse, propter rem iudicatam, quæ pro veritate habetur, non eò minùs tamen fieri potest, ut conditio aduersus creditorem danda sit, non quidem condemnato, sed alij qui non fuerit condemnatus, & cuius tamè interfit. Finge fideiussorem condemnatum fuisse ad solutionem, sed eo tempore quo iam debitor soluerat, ac proinde cuius tam fideiussor quam debitor ipse iam erat liberatus. Faciet quidem autoritas rei iudicatæ ne possit fideiussor tanquam indebitum repetere quod soluerit in executionem rei iudicatæ. Sed non obstat quominus debitori qui condemnatus non fuit, danda sit conditio, si non indebiti, quia quod soluit fuit debitum tempore solutionis.

lutionis saltem sine causa, quia incipit pecunia quam debitor primum dederat, esse sine causa penes creditorem, ex quo tantumdem ille à fideiussore exegit, & consecutus est quasi nihil dum solutum fuisset. Nunquam enim potest aut iuris & æquitatis ratio pati, ut idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulgare. *l. bona fides 56. de reg. iur.* † Sed neque facile video quomodo fieri possit, ut quod iam debitor soluerit, fideiussor quoque solvere condemnetur, ne per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex esse possit?) nisi forte proponas iudici obreptum fuisse, circumuentamque eius religionem dolo creditoris dissimulantem aut negatam factam sibi à debitore solutionem. Quod & Triboniani verba præ se ferunt, cum creditorem hoc casu stellionatus crimine vult obstringi propter suam calliditatem. Stellionatus enim non imperitia aut iniquitas iudicis locum facere potest, sed tantum dolo & calliditas actoris. † Atqui quoties obreptum est iudici dolo malo alterutrius litigatoribus, constat non ob stare rem iudicatam quominus ex integro causa agi possit, saltem implorata in integrum restitutione. *l. Dimus 33. ff. de re iudica.* Imò nec necessaria est in integrum restitutio quia si aduersus fideiussorem sic agentem, ac si non esset condemnatus, obiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione uti fideiussor poterit, *l. cum à te 25. ff. de dol. vbi* propter hanc causam negat Paulus in specie non dissimili, quam ibi tractat dandam esse condemnato actionem de dolo, cum aduersus rem iudicatam possit ei esse prospectum per doli replicationem. Usque ad eò enim cessat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vel sufficit vel beneficio in integrum restitutionis, aliam actionem dari posse, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium restitutionis in integrum sit extraordinarium, ideoque nec competat

quoties ordinarium & commune locum habere potest, *l. in causa 16. in princ. ff. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque est, & præterea infamis, ob id que non aliter quam omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare siue dicamus, contra sententiam per quam fideiussor condemnatus sit dolo malo creditoris dandam fideiussori restitutionem in integrum, siue doli replicationem, fatendum est creditorem non posse ciuilitè conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione stellionatus, quia constat quod in ciuilibus causis actio de dolo est, hoc in criminibus esse stellionatus persecutionem, nec proinde aliis casibus posse obici stellionatum, quam quibus actio de dolo habere locum possit, *l. 3. §. 1. ff. de crimin. stellion.* † Quod si ita est, defendi nequit quod in *d. §. pen.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine stellionatus propter suam calliditatem, si fecerit ut fideiussor per solutionem à debitore factam liberatus ad iteratam solutionem condemnaretur. Aut si solus creditoris dolo inducit actionem extraordinariam stellionatus, quidni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorsit solutionem à fideiussore, licet non interuenerit autoritas rei iudicatæ? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum disputasse sufficiat. † Ad Paulum in *d. l. cum de indebito 25. de probat.* pauca erunt adnotanda. Nihil enim est tota illa lege, siue verba, siue sensum consideres, totque distinctiones & subdistinctiones quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, à principio ad finem usque. Præsertim verò in versu. *in omnibus autem visionibus*, vbi hoc ipsum nomen usurpatum est, quod nos totum Tribonianum esse contendimus. Neque in eo probando nobis valde laborandum est, quod ante nos iam pridem à clarissimis Iureconsultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio fuit obseruatum.



AMPLISS. ET SAPIENTISS.

VIRO FRANCISCO PROVANAË COLLENIORVM COMITI, SABAVDIÆ
Cancellario;

ANTONIVS FABER S. P. D.



EMINI, sapientissimè Cancellarie, cum te ad supremum istius dignitatis fastigium, & virtutis tuæ gloria, & singulare sagacissimi Principis de industria tua & fide iudicium euenisset, idque tu ipse pro vetere summamque tui erga me animi propensione amantissimis literis primus significasses, iam inde ab eo tempore cepisse me cogitare, ecqua tandem voluntatis & obseruantie testificatione debitum tanta dignitati gratulationis officium, tanta verò benevolentia gratitudinis monumentum exhibere possem, statimque in mentem illud venisse quod postea decretum à me constitutumque fuit, ut qui prior de manu mea exiret, CONIECTVRARVM liber, is tibi tuoque nomini nuncuparetur. Id verò iam tum præstitissem, non solum ut opportunius, sed etiam, quæ liberalis eiusdemque tamen egeni debitoris ambitio esse debet, ut his dedisse viderer, quod dedissem tantum. Maxime verò posteaquam cognoui ex posterioribus tuis ad priores meas gratulatorias literis incundum id tibi & optatum fore, si non in id ipsum tempus incidisset, ut haberem in manibus & absolvendam Hemischiliadem DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & mea in Pædectas RATIONAIA, vix tum bene inchoata, quæ absolueda etiam necessario fuerunt quantum saltem præ-

sentis instituti ratio ferebat, priusquam ad prosequendas Coniecturas redirem, quarum cura per tot iam annos, quamvis nunquam deposita, fuerat tamen intermissa. Nunc vero quando ita Deus Opt. Max. consilium laborumque meum fortunavit, ut opus virumque satis diligenter, nec omnino, ut arbitror, infeliciter peractum sit, datam fidem libero, & quod promiseram, exsoluo. Tardius plane quam par esset, si id agerem ut munusculum hoc vice gratulationis fungeretur, quæ quò serior, eo minus grata esse solet, tum etiam cum iustam adfert tarditatis suæ excusationem: sed tamen tanto conuenientius, quanto plura maiorque sunt beneficia, quibus tu exinde nouis vetera cumulans, obstrictum me voluisti, si modo per te liceat: (quidni verò licebit, quod per leges licet, quarum custodia & tuitio tibi vni demãdata est?) ut mihi unica numeratio in varias causas prodesse possit. Nam ne in cæteris recensendis sim longior, quale, obsecro quantumque illud fuit quod anno superiore cogitantem optimum Principem de restituenda vetere Taurinensis Academia dignitate, mihi que in eam rem primarij Lectoris partes vltro deferentem, quasi ego is essem, cuius siue opera siue nomine tam celebris Scholæ famam augeri posse consideret, tu consilij particeps & conscius, ut id facere muturaret, confirmasti, incitasti, nec urgere, quandiu id sperari potuit, destitisti. Procurato etiam honorificentissimo honorario, quantum nec Ioanni Antonio Manutio preceptori nostro, nec Iacobo Cuiacio, cum quibus si conferar nullum plane esse me sentio, nec alij denique ante me vlli ad id muneris accedenti decreuim fuisse constaret. Atque utinam etas, valetudo, vxor, liberi, & ut omnia complectar, rerum mearum status is fuisset, ut oblatam prouinciam licuisset suscipere, quam vltro etiam gratisque olim ambire libuisset, Fecissem sanè quod obtabas, & ut dicam expressius id, quod res est, optassem ego quod fecisses. Quid enim poterat mihi gloriosius contingere, quam si ea me Academia terneret Antecessorem quæ alumnum habuerat, ut ibi possem iura enarrare, ubi audieram, sibi docere, ubi didiceram, ibi denique reddere, unde hauseram? Fatebor libere ac ingenuè, à quo die mihi visus sum posse de meo aliquid conferre, quod ad Iurisprudentiã nostram exornandam pertineret, nihil vnquam ardentius concupiui, quam ut possem aliquando quicquid esset industria mea & diligentia totum id scholis dare, ac studiosorum ingenia formare, & effingere ad eam iurisprudentiæ speciem, quam à tantis preceptoribus, te præsertim condiscipulo didicissem. Nihil vnquam molestius tuli quam quod à primis annis foro addictus facile præsentis fore, quod nunc video euenisse, ut huic meo desiderio satisfacere nunquam concederetur. Sic namque semper habui persuasum, multum quidẽ utilitatis reipublicæ accedere ab iis qui quod in umbra didicerunt, id omne ad forensis exercitationem & palastram conferunt, sed tamen multo melius de reipublica eos mereri, qui iura in scholis docent quam qui in foro exercent, propterea quod per illos fiat, ut plures euadant, qui ius possint reddere, non etiam per istos qui ius reddunt, ut plures fiant, qui possint docere. Sed quamquam ita contigit maiore meo siue bono siue malo (neutrum enim adfirmare ausim) ut à scholis ad tribunalia, & à fictis controuersis ad veras lites me sors mea traduxerit, hunc tamen ex prioris voti, ne dicam ex ambitionis pristina reliquiis fructum percepi, ut in medijs tot forensium occupationum impedimentis, nunquam me animus, studiumque deseruerit scribendi de iure, tenandique an scribendo id præstare possem, quod docendo assequi non dabatur. Quid enim aliud iam tot annos aut ago aut cogito, quam ut laboribus & scriptis meis quantum ingenij tenuitas ferre potest, iurisprudentia nostra illustretur? In quo etsi gaudeo gloriòrque iam esse me assecutum, ut eruditioribus plerisque videar aliquid profecisse, nihil tamen est, quod tant opere me oblectet, & ad maiora audenda erigat, quam quod tu vnus maxime ex iis es, qui de me scriptisque meis tam præclare iudicas, ut inter tot elegantes seculi nostri scriptores, aliquem me esse arbitreris. Tu vnus, vir amplissime, cuius præstantissimo iudicio, si nõ plus hac in re ut in cæteris omnibus tribuam quam meo, male profecit feriatum sim, & hoc ipso indignus plane quem ames. Nam nec aliud quicquam video quod me in amicitiam tuam insinuare poterit, nisi quod & iurisprudentiam & nos omnes sic amas, quot quot sumus, qui iurisprudentiam amamus, colimus, exornamus. Quid ergo reliquum est, quod te rogem? Non iam ut me ames, quod te vltro facere video, sed ut tibi plane persuadeas, si hæc prima summæque amoris erga me tui causa fuit, nihil non me facturum ut in posterum magis ac magis amare me & debeas & velis. Bene vale vir amplissime, & Principi, & reipublicæ, mihi que diu felix viue. Dat. Necj Cal. Febr. 1604.

ANTO-



ANTONII FABRI C. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CON-

SILIARI AB INTIMIS, ET IN SVPREMO

SABAVDIÆ SENATV PRÆSI-

dis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

Liber decimus nonus.

CAPVT I.

Explicatio l. i. c. de donat. ant nupt.

SUMMARI A.

- 1 Hanc legem fugiuam esse.
- 2 Priorem eius legis partem esse de donatione quam vir futurus in uxorem futuram contulerit, & quæ postea in dotem conuersa fuerit.
- 3 Hanc donationem melius donationem ante nuptias quam munus sponsalitiũ dici.
- 4 Prioris partis eius legis sententia.
- 5 Quem sensum Interpretes posteriori eiusdem legis parti adfingant.
- 6 Dotem etiam ante matrimonium contractum dici, promitti & dari posse.
- 7 Quo sensu nuptiæ ad dotem constituendam requiri dicantur.
- 8 Eum cui sic legatum est, quandoque liberos habuerit, si pregnantem uxore deceaserit, impleta conditione decepsisse intelligi, modo postumus, licet post eius mortem nascatur.
- 9 Differentia inter conditionem formalem & conditionem sine qua non.
- 10 In quo differat stipulatio dotis à traditione rei que in dotem data est?
- 11 Quis stipulationem etsi tacitam illam conditionem habeat, si nuptiæ sequantur, in casum non in tempus nuptiarum collatam videri.
- 12 Dotem à marito futuro donationis causã auctam, & ab eo acceptam siue traditam, licet eo demum tempore quo matrimonium contrahitur dos esse incipiat, in tempus prohibitorium collatam non intelligi.
- 13 Quando donatio ante nuptias facta impediatur?
- 14 Donationes inter futurum virum & uxorem in tempus matrimonij contrahendi collatas non prohiberi.
- 15 Refelluntur quæ ab Accursio & alijs ad posteriorem dictæ legis partem annotata sunt.
- 16 Due rationes ob quas in posteriore illa parte donatio à futuro marito dotis augenda facta non valet.
- 17 Solum animum donandi ad donationem legitima conficiendam non sufficere.



DE TVR ¶ esse lex hæc de numero earum, quas fugitiuas appellare solent, quod aliena sint, nec sub proprio titulo collocata. Nam cum habeat duas partes, vtraque est de iure dotis repetendæ, iudicio de dote: Debit igitur poni sub tit. de iur. dot. potius quã sub tit.

de donat. ante nupt. ¶ Prior pars nullam penitus habet dubitationem: ideoque ab interpretibus omnibus bene accepta est de donatione quam vir futurus in uxorem futuram contulerit, & quæ postea in dotem conuersa fuerit, siue munus sponsalitiũ illud dici possit contractis fortè iam sponsalibus, siue ponas nondum eo tempore sponsalitia fuisse contracta, sed factam tamen donationem contemplatione futurarum nuptiarum, & earum siue spe aliqua, siue certa contemplatione. Quod postremum magis conuenit verbis legis, quæ non de sponso loquitur, sed de viro, nec de sponso cui traditæ sint res donatæ, sed de vxore. Sic enim lex habet, si ea quæ donat. vir futurus tradiderit uxori, nimirum, futura quamvis non sponsa. Nihil enim vetat contrahi nuptias nullis præcedentibus sponsalibus. ¶ Itaque malo hanc dicere donationem ante nuptias, quam munus sponsalitiũ, quod vel ex ipsis huius Tituli verbis separatur à donatione ante nuptias, non in alio quàm quod sponsalitiũ à sponso confertur in sponsam, donatio autem ante nuptias etiam à non sponso in non sponsam. Nec quemadmodum munus omne sponsalitiũ donatio ante nuptias est, ita possis dicere donationem omnem ante nuptias sponsalitiũ munus esse. ¶ Huius verò prioris partis sententia peteudens illa est si ea quæ donat vir futurus vxori tradiderit, & postea in dotem ab vxore acceperit, donationem non impediri, & res quæ in ea causa sunt tanquam dotis effectas iudicio de dote peti posse. Cur enim donatio impediretur facta ante nuptias, & eo tẽpore quo libera est inter eos qui cõiuges futuri sunt, sibi inuicem donandi facultas? Quidni verò valeat etiã dotis datio, cum ex parte vxoris dotem dantis traditio secuta sit, sicuti ex parte viri futuri donatis vxori? Legitimè conficitur donatio, quæ traditione sumit effectum si aliud nihil impediatur eius validitatem: Legitimè quoq. dos constituitur, cū vxor in dotem tradit rem suã, siue à marito ipso siue ab altero eius rei dominium acquisiuerit. Nihil, n. referre potest, ynde dominiũ profectum sit, dummodo traditionis tẽpore ad eã personã pertineat, quæ tradit. ¶ Sed quod in posteriore huius legis parte scriptũ est, si vir futurus donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse & non acceperit, nihil actũ esse huiusmodi donatione, & quod in dotem datum non est, repeti non posse. Hoc verò quam rationem

habeat & quomodo accipiendū sit difficultas est dicere. Sic enim vulgò interpretes nostri intelligunt, vt hoc casu non valeat donatio etiam si traditio aut stipulatio interuenerit: nō quasi aliquid sit, quod impediat eo tempore in spēto, ne valeat, sed quia videtur collata in tēpus contracti iam matrimonij & consequenter in tempus prohibitum, quandoquidem certi iuris est donationes inter virum & vxorem moribus populi Romani improbatas esse, nec quicquam referre, vtrum quid fiat tempore prohibito, an in tempus prohibitum cōferatur, *l. quod sponsa 4. C. hoc tit. vbi dicitur quod ad hanc interpretationem valdè pertinet, id quod sponsa donatur ea lege vt tunc dominium eius adipiscatur mulier, cum nuptiæ erunt secutæ, sine effectu esse: quemadmodum dicimus ita datam libertatem, Stichus seruus meus, si eum heres alienauerit liber esto, inutiliter datam esse, quia in id tempus collata est quo dari non potuit à testatore. i. quo seruus alienus erit, *l. Stichus 39. ff. de manu. test.* Cur autem videatur hæc donatio collata in tempus prohibitum, ratio illa adfertur, quod augendæ dotis animo facta sit, dos autem sine matrimonio esse non possit *l. vlt. hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.* Paria ergo videntur esse, donationē fieri ante nuptias animo augendæ dotis, & conferri in id tempus quo dos esse poterit, id est, quo erit matrimonium. † Ego verò hanc interpretationem non minùs ab Imperatorum sensu & mente, quàm à iuris ratione alienam esse semper existimaui. Nam si iuris rationem inspiciamus, quæ semper & ante omnia inspicienda est, etsi dos sine matrimonio esse non potest, ita vt dotis stipulatio, aliãve promissio quælibet tacitam eam condicionē habere intelligatur, si nuptiæ sequantur, *l. 4. §. huius ff. de pact. l. stipulat. 21. ff. de iur. dot.* Nihil tamen vetat dotem dici aut promitti, aut dari etiam priùs quam matrimonium contrahatur, adeò vt neque dos illa pendeat in diem nuptiarum, nisi conuenierit expressè, vt non priùs dotalis res esse incipiat, quàm nuptiæ fuerint secutæ: quomodo in specie *l. si ergo 9. §. si res. ff. cod.* † Nuptiæ. n. requiruntur, non vt dos incipiat, quasi tū demum impleta conditione formalis, sed tanquã conditio sine qua non, vt loquuntur philosophi. Eiusq. rei argumentum manifestum est, quod si quid ante nuptias in dotem datum sit ea mente vt statim fiat accipientis nec postea nuptiæ sequantur, nō vindicationi locus sit, quasi non translato dominio ob nō impletam conditionem, sed condictioni quasi causa nō secuta, *d. l. si ego. in pr.* † Sic dicimus, eū cui sic legatū est *quandòq. liberos habuerit*, si prægnante vxore decesserit, intelligi expleta conditione decessisse, & legatū valere, transmittiq. ad heredem: si tamē posthumus natus fuerit, inquit Iulian. in *l. is cui legatum 18. ff. quand. dies legat. ced.* posthumi ergo natiuitas requiritur, vt legatū & valuisse, & transmissam fuisse intelligatur, an non tanquã condicio quæ suspendat legatū (hanc. n. post legatarij mortē impleri nihil prodesset si non eo viuo aut impleta verè esset, aut saltem pro impleta haberetur, sed tanquã condicio sine qua nec legatū cōditio extitisset, nec transmissio facta fuisset intelligeretur. † In eòq. differt conditio vera, quam nos formalem appellamus, à cōditione sine qua non, quod illa suspendit actum. hæc nō suspendit, tanquã quæ ad materiam circa quam, magis quàm ad formã rei spectat, nec nisi extrinsecus aduenit. † In hoc planè distinguenda videtur stipulatio dotis à traditione rei quæ in dotem data sit, quod stipulatio nullam actionem parere potest priùsquam nuptiæ sequantur *d. l. stipulationem.* Propriū. n. est condicionis tacitæ perinde ac expressæ, vt impediat actionis natiuitatem ex*

stipulatione *l. inter d. 73. l. continuis 137. §. cum in a. ff. de verb. obl.* Traditio autem quæ purè sit nullam recipit tacitam conditionem cum sit aptus modus transferendi statim dominij quoties purè sit, & ex iusta causa. Ita q. is qui tradit, si dominij statim per ipsam traditionē transferre nolit, expressim cauere debet, vt nō priùs res fiat accipiētis, quàm vel hoc illud fuerit secutum, vt contingit etiã cū mortis causa donatio fit *l. 2. l. senatus 35. §. mortis causa. D. de mort. caus. dona.* Quid. n. potest superesse faciendum ad translationem dominij cū traditio sit secuta? An non idē est in stipulatione, per quã scilicet promittitur solutio futura: & idcirco quãdiu solutio facta nō est. multò facilius est vt actio quæ alioquin ex alia stipulatione purè cōpeteret, suspendatur in tempus vsq. nuptiarum, quali tacitã conditionem habens illam. *si nuptiæ sequantur.* Hoc volo dicere facilius posse suspēdi tacitè stipulationē, quàm traditionem. † Sed etiã dotis stipulatio condicionem illam habeat tacitam *si nuptiæ sequantur*, an id dicendum erit, collatam videri eam in tempus nuptiarum? Minimè verò. Sunt. n. ista longè differentia, Conferri quidem in casum, & Cōferri in tempus. Fateor stipulationem dotis conferri in casum nuptiarum: sed nego conferri in tempus nuptiarum. Primo namq. instanti quo nuptiæ contrahi incipiunt, impletur cōditio nuptiarum, etiã priùs quàm deducta sit vxor in domū & cubiculum mariti, dummodo perfectus & absolutus cōsensus interuenerit *l. pen. de don. in. vir. & vxor. l. cui fuer. 15. de cond. & demonst.* Atqui primum illud instans nō est tēpus. Cōstat. n. tempus. & vt ita dicam, conficitur ex plurib. instantib. successiuis, non ex primo vnico. Nō igitur quod cōfertur in casum nuptiarum dici potest in earū tempus collatum esse. † Quod si contendas condicionē nuptiarum non impleri primo instanti, sed vltimo, adhuc tamen verum erit dotē promissam aut traditam sub conditione nuptiarum non esse collatam in tempus prohibitum. Tempus. n. prohibitum, tempus est matrimonij iam contracti, nō quo contrahitur: sicut & tēpus permissum intelligitur, cum matrimonij dissolui incipit, quamuis nondum dissolutum sit *l. quia in hoc tempus 10. cum §. vlt. d. preced. De donat. in. vir. & vxor.* Sic & cum vsufructus alicui legatur his verbis, *cum morietur* inutiliter legari dicitur tanquã collatus in id tempus, quo vsufructus à persona discedere incipit, *l. Titio cum morietur 51. de vsuf.* licet verū sit vsufructū non decessisse in totum antequàm vsufructuarius mortuus sit, quia & cum moritur, adhuc viuunt, morique incipit, non esse mortuus. Et verò quod fit in casum & sub conditione quandoquocunq. eueniente casu vel conditione, vires accipit ex eo tempore quo factum fuit, non ex quo condicio euenit. Vnde est quod nostri solent dicere, quamquam minùs rectè, conditiones retrahit ad tempus quo actus conditionalis interpositus fuit, *l. qui balneū 9. l. potior 11. qui potior. in pign. hab.* At quod fit in tempus non potest videri alio tempore factum esse, quia tempus nunquam retrahitur, idēque hereditas quæ sub conditione dari potest, in diem tamen certam dari non potest, *l. hereditas 34. ff. de hered. instit.* Cū igitur eadem demum donationes impediatur quæ fiant inter eos, qui sunt iam coniuges, prius autem sit, vt fiant coniuges quàm vt sint, prius consequens est, vt dos quæ siue promissa, siue tradita fuerit in id tempus quo nuptiæ fient, non possit dici collata in tempus prohibitum, quia collata est in tempus quidem matrimonij, sed contrahendi, non iam contracti. † Alioqui sequeretur non valituram donationem ante nuptias, quæ fieret propter nuptias & in casum

casum nuptiarum, siue secutis nuptiis, siue non secutis. Nā secutis nuptiis dicendum esset non valere tanquam collatam in tempus prohibitum, *d. l. quod sponsa:* non secutis verò nuptiis, non velere tanquam non secuta causa ob quam facta esset donatio. Quod vtrūque tamen falsum est siue ius vetus inspicias, siue nouum à Constantino inductum in *leg. cum veterum. 15. & seq. C. eod.* tum demum enim donatio ante nuptias facta impeditur, cum eo modo facta est, quo in *d. l. quod sponsa*, id est, ita vt dominium rei donatæ adipiscatur vxor eo tantum tempore quod nuptiæ erunt secutæ, non quo sequentur. † Nam cum dicimus nuptias secutas, significamus tempus iam contracti matrimonij: cum vero nuptias quæ sequentur, tēpus matrimonij contrahendi. Tēpus autem matrimonij quod contrahitur, non est tempus prohibitum si de donationibus tractetur, sed tempus matrimonij iam contracti. † Inde concludo, nulla ratione probari posse quod Accursius & ceteri ad hanc legem notant, cum maritus futurus donandi animo dotem auxit, vt videatur accepisse, quod non acceperit, ideo nihil actum esse huiusmodi donatione, quod facta mentio dotis ostendat collatam fuisse donationem in tempus matrimonij iam contracti: Etsi enim non potest esse dos sine matrimonio, incipit tamen esse statim atque matrimonium contrahitur, nec requiritur vt iā sit contractum. † Quæ ergo rationē habere potest quod lex ait nihil actum esse huiusmodi donatione: duplicem vt puto, quoniam & duo à futuro marito agebantur, illud primum vt donaret, quia donandi animo dotem augebat, deinde vt dotem augetet. At neutrum fieri potuit eo modo, id est, neque donatio, neque dotis adscriptio. Nō donatio, quia neque inter coniuges, neq. inter exteros potest fieri donatio nisi per traditionē, aut stipulationem, si respicias ad ius vetus. Iure namque no uo sufficeret nudum pactum, adeoque testificatio quælibet voluntatis, *l. si quis argentum. 35. §. pen. C. de don.* † In proposita verò specie neq. traditio, neq. stipulatio interuenerat, sed tantum animus donandi, quem nemo dixerit posse sufficere ad donationem legitime conficiendam. Non etiam dotis adscriptio, quia dotem nec solus animus constituendæ dotis nec scriptura dotis acceptæ, sed numeratio sola facit *l. 1. C. de dot. caut. non num.* Est enim contractus dotis ex eorum genere, qui re ac traditione, non solo consensu perficiuntur, nisi cum stipulatio interuenit, cuius tamē loco pollicitationem sufficere posse voluit Theodosius in *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss.* sed fient planiora hæc omnia ex iis quæ lequenti capite dicemus.

CAPVT II.

Exceptio *l. 2. C. de dot. caut. non numer. eiusque conciliatio cum l. 1. C. de donat. ante nupt.*

SVM MARIA.

- 1 Verba *d. l. 2. & Accursij interpretatio.*
- 2 Diverfas esse species quæ in dictis legibus tractantur.
- 3 Necessariam fuisse in specie *d. l. 2. ad donationem confirmandam, orationis D. Seueri aut horitatem.*
- 4 Donationem inter sponsam & sponsam si in matrimonio tempus collata non sit non posse ex oratione Seueri, aut ex prudentium ad eam orationem interpretatione confirmari, si qua ratione non valeat.
- 5 Alia diuersitas inter superiorum legum species.
- 6 Sensus horum verborum *d. l. 2. quatenus liberalitas interposita munita est.*
- 7 Dictam *l. 2. ad actionem ex stipulatu ad consequendam*

donationem morte confirmatam, legem vero *l. C. de don. ant. nupt. ad dotis repetitionem pertinere.*

- 8 Imperatores in *d. l. 1. C. de don. ant. nupt. non aliter responsum fuisse et si maritus in matrimonio prior decessens in eadem voluntate perseverasset; imò etiam si legitime confecta donatio fuisset.*
- 9 Dotem donationis causã dari vel adscribi non magis posse, quàm societas contrahi, vel locatio vel emptio potest.
- 10 Eiusmodi contractus inter coniuges oratione Seueri confirmari non posse.
- 11 Explicantur nonnulla in *§. si inter. vitum. 24. l. cum hic status. 32. ff. de donat. in. vir. & vx.*
- 12 Cur mulier in *d. l. 2. quæquid maritus donandi animo de suo in dotem adscripsit ex stipulatione petat, non autem iudicio de dote repetat?*
- 13 Respondetur ad argumentum pro Accursij ad *d. l. 1. in interpretatione allatum.*
- 14 Quid in *d. l. 2. ad validitatem donationis requiratur?*

AT obtare valdè creditur rescriptū Imp. Alexandri in *l. 2. C. de dot. caut. non numer.* cuius verba hæc sūt *Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo, in dotem adscripsit, si eandem donationem legitime confectã non reuocauit, qui doti incrementum dedit, & durante matrimonio mortem obijt, ab heredibus mariti quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.* In ea siquidem specie perinde ac in *l. 1. C. de bon. ante nupt.* id egerat maritus, vt donandi animo dotem augetet adscribendo in eam de suo, vt videretur accepisse quod non acceperat. Et tamen non dubitat Imperator quin valeat donatio, ex eaq. agi possit, si modò confirmata sit morte mariti, eiusdemq. testatoris. Neq. sanè habet interpretes nostri, quod adferant, vt locos istos conciliant; Nisi quod Accurs. notat ad *d. l. 1.* ponendū esse in specie illius legis solutum fuisse matrimonij, non morte mariti, vt in *d. l. 2.* sed vel morte mulieris, vel diuortio: Quasi aliud respondere debuerint Imperatores & rescripturi fuerint, si mariti morte solutum fuisset matrimonium: tanquam eo casu confirmata per Seueri orationem donatione, quæ ab initio non valuisset. Verum quis non videt planè commentitiam esse hanc interpretationem, cum in *d. l. 1.* nihil sit ex quo possit cōiici de ea specie consultos fuisse imperatores in qua matrimonij vel diuortio, vel morte mulieris, non etiam morte viri solutū proponeretur? † Illud magis mirū est, cur interpretes hanc legē illi opponant, cum sit apertissimū diuersas esse species quæ in hac & in illa tractantur. In *l. 1.* maritus futurus donandi animo dotem auxerat, i. augete voluerat: nec. n. poterat verè augete dos quæ nulla dū erat, In *l. 2.* id ipsum fecerat cōstante iā matrimonio: ac proinde in specie legis *1.* nihil impediēbat donationē si modò legitime confecta fuisset, interueniente scilicet traditione vel stipulatione. At in *d. l. 2.* illud impediēbat donationē quantumvis legitime confectam & solenniter, quod cōstante matrimonio facta erat. † Et idcirco necessaria est auctoritas orationis Seueri ad confirmandã donationē in specie *d. l. 2.* quæ nec necessaria nec utilis esse poterat in specie *d. l. 1.* Non. n. pertinet oratio illa ad alias donationes, quæ constant matrimonio fiunt inter virū & vxorē: adeò vt si sponsus sponsæ donauerit collata in matrimonij tēpus donatione, necessaria fuerit interpretatio prudentū vt orationis sententiã ad hanc quoque speciē produceretur, vt nimirū si donatoris voluntas vsque ad mortē perseverauerit, valeat donatio & confirmetur morte. *l. cum his status. 32. §. si sponsus. 22. & §. si quis sponsam. 27. D. de don. in. vir. & vxor.* nempe quia donationes eas tantum confirmauit

saltem fictam interuenisse propter fictionem breuis manus, contra quos nobis disputandum est cap. seq. vt quàm falsum hoc sit ostendamus.

CAPVT III.

De fictione breuis manus, & facta traditione circa speciem l. 1. C. de don. ant. nupt. & l. 2. C. de dot. caus. non num.

SVMARIA.

- 1 *Varia exempla fictionis breuis manus.*
 - 2 *De longa manu eiusque fictione.*
 - 3 *Deficientibus legitimis transferendi dominij causis necessarium esse fictam traditionem inducere quum dominij translatio aliqua reperitur.*
 - 4 *Interpres in duobus legibus initio propositis fictam traditionem inducere.*
 - 5 *Quomodo ydem superiores duas leges cum l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & vx. conciliarint?*
 - 6 *Ex eorundem sententia dotem nuda confessione constitui posse.*
 - 7 *Fictio breuis manus quando ad inducendam fictam traditionem locum habere possit?*
 - 8 *Quum maritus donandi animo de suo in dotem adscribit vt accepisse videatur quod non accepit, nulla donationis, nullam dotis causam, nullam obligationem superesse, ex qua maritus ad quantitatem adscriptam tradendam cogi possit.*
 - 9 *Quoties in eo negotio quod plures exigat traditiones fictio breuis manus inuenitur aliquam veram traditionem intercedere oportere.*
 - 10 *Non posse in posteriore specie d. l. 1. C. de don. ant. nupt. breuis manus fictionem admitti.*
 - 11 *Aliud in dicta posteriore specie responsum iri si stipulatio certa quantitatis vel alterius rei ex causa donationis precessisset.*
 - 12 *Nudam tamen confessionem mariti etiam precedente stipulatione non sufficere, nisi acceptilatio ex parte vxoris interueniat, vt breuis manus fictio inducatur.*
 - 13 *Acceptilationem in specie d. l. 2. C. de dot. caut. non num. legitime interponi non potuisse.*
 - 14 *Donationes etiam sine traditione factas inter virum & vxorem Seueri oratione confirmari posse.*
 - 15 *Contrariam Papiniani sententiam in d. l. Papinianus, 23. ab Vlpiano tanquam explosam referri.*
 - 16 *Dictionem recte sibi idem irreputatum esse.*
 - 17 *Ad leg. stipulata. 33. ff. de donat. int. vir. & vx.*
- N**otissima est, vt elegantissima Vlpiani nostri sententia illa quæ extat in l. 3. §. pen. de don. int. vir. & vxor. fieri plerumq. vt celeritate coniungendarum actionum, vna occultetur. Quod euenit in specie quæ eo loco tractat, si maritus debitorum suum vxori soluere iusserit. Nam & debitor liberatur, & numeri sunt mariti, non vxoris, quemadmodum si pecunia à debitore mariti ad maritum, deinde à marito ad mulierem perueniret: qui rei gerendæ ordo futurus esset, si donatio iure ciuili non impediretur. Nec nouum, aut mirum est, inquit eo loco Vlp. quod per alium accipias, te accipere. Nam et si is qui procuratorem se tui creditoris esse simulauerit, à debitore tuo, iubente te, pecuniam accepit, & furti actionem te habere constat, & ipsam pecuniam tuam esse. Similiter si donaturum mihi iussero dare vxori meæ, nullius momenti est donatio, vt ex Iuliano scribit Vlp. in §. vit. d. l. 3. Perinde enim habendum, atque si ego acceptam rem, & meam factam vxori meæ dedissem, Et hæc est breuis illa manus, quæ sic appellat IC. in l. licet. 4. §. 1. de iur. dot. † cui tamen si opponatur, si verborum figuram spectes, manus lon-

ga, de qua loquitur Iauolenus in l. si pecuniam. 79. de solut. illud tamen vtrique commune est, quod fictam designat traditionem. Sicut enim breuis manus est, cum id quod semel tantum traditur, pro bis tradito habetur, ita & manus longa. quoties, id quod re vera nunquam traditum fuit pro semel tradito habetur, vt in specie d. l. pecuniam, id est cum pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem in conspectu meo ponere te iussi: quo casu licet mihi tradita non sit, tamen euenit, vt mea esse incipiat, & tu statim libereris: Tum enim, quod à nullo corporaliter eius rei possessio detineatur, acquisita mihi res, & quodammodo longa manu tradita esse existimanda est, vt eo loco Iauolenus scribit. † Et factum est cum non possit dominium transferri sine traditione, vbi neque mancipatio, neque viciatio, neque cessio in iure, neque adiudicatio, neque lex interuenit, qui erant olim sex modi transferendi iure Quiritium dominij, vt docet Vlpian. fragment. Tu. 19. De acquisit. rer. prorsus necessarium est fictam traditionem inducere quoties dominij translatio aliqua reperitur, nec tamen vera vlla traditio in eam rem interuenit. Inde nimirum est, quod interpretes nostri captant occasionem comminiscendæ plerumque fictæ traditionis, tum quoque cum nulla interuenisse proponitur, iis videlicet casibus quibus traditionem aliquam necessariam esse arbitrantur. † Eiusque rei exempla duo suppeditant duæ illæ leges, de quarum sententia hucusque diximus, lex 1. C. de don. ante nupt. & lex 2. C. de donat. caut. non num. Putant enim nostri donationem inter coniuges factam, aut ante nuptias quidem, sed in tempus matrimonij collatam, non aliter confirmari ex oratione Seueri & Antonini, quam si facta fuerit per traditionem, quantuncumque donator in eadem voluntate decessisse proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani sententia ab Vlpiano non solum relata, sed etiam, vt videtur, probata in l. Papiniana. 23. de don. int. vir. & vxor. Consequens igitur esse existimant, vt in iis speciebus, de quibus Imperatores rescripserunt supradictis locis, traditio ficta interuenit, vt possit verum esse quod rescriptum est in d. l. 3. valere donationem quasi confirmatam, si maritus, idemque donator in matrimonio prior, & in eadem voluntate decesserit Traditionem enim veram interuenisse non audent dicere, cum ea verba dictæ leg. 2. quod de suo maritus constante matrimonio in dotem adscriberet, non traditionem vllam veram & realem præferant, sed nudam confessionem acceptæ dotis interueniente scriptura factam. † At fictæ traditionis inducendæ materiam ex hoc ipso captant, quasi confessio illa acceptæ quantitatis quam de suo maritus adscripsit in dotem, perinde habenda sit, ac si maritus eam quantitatem vxori tradidisset donandi animo, eamque postea in dotem ab vxore accepisset. Et ob id nimirum negant pugnare leges illas cum d. l. Papinianus in eo quod Imperatores volunt donationes per stipulationem aut acceptilationem factas inter coniuges, aut in matrimonij tempus collatas confirmari morte propterea quod Papiniani sententia, quæ traditionem exigebat, sic interpretanda sit, vt traditio tacita & ficta possit sufficere, vbi vera non interuenit. † Eademque ratione volunt etiam dotem posse constitui nuda confessione, licet regulariter exigat traditionem, quia videatur marito tradita dos, quam maritus confessus est se accepisse, adeo vt post annum, neque exceptio, neque vlla querela possit obici non numeratæ dotis non magis quam si vera traditio interuenisset, l. vit. C. de dot. caut. non num. nisi quod distinctiones quasdam introduxit Iusti. Nouel. 100. de iur. non solut. pec. sup. dot. vnde

Vnde sumpta est *Aut. quod locum. C. ill. tit. de dot. caut.* & hanc putant esse sententiam d. l. 1. in illis verbis *videtur accepisse, quod non accepit.* simileque esse aiunt, quod quamuis contractus mutui sint ex eorum genere qui re perficiuntur, si tamen cum ex causa manere qui re aliam pecuniam mihi deberes, conuenerit vt dati vel aliam pecuniam mihi deberes, conuenerit vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta, vt disertè Vlpia. scribit in l. singularia. 15. De reb. credit. Quidni ergo, inquit, in l. singularia. 15. De reb. credit. Quidni ergo, inquit, dos, & donatio valebit tanquam interueniente traditione si maritus confessus sit in dotem accepisse id, quod re vera non accepit? Sed hæc omnia quanquam speciosè prima facie dici videntur, si tamen penitus introspectas, planè improbabilia sunt, & à iure aliena. † Numquam n. fictio breuis manus locum habere potest ad inducendam fictam traditionem, quin præcedat obligatio, cuius potestate adigi potuerit ad veram traditionem faciendam is qui fictam fecisse præsumatur: vt videre est in omnibus exemplis quæ supra attulimus, non ex interpretibus, sed ex Vlp. ipso in d. l. 3. §. pen. & vit. De don. int. vir. & vxor. & d. l. singularia. Nam cum nec vera & realis traditio quicquam proficit ad transferendum dominium, nisi iusta etiam causa præcedat *l. nunquam nuda. 30. de acquir. rer. domin.* quid prodesset inducere tacitam, vt hunc ipsum haberet effectum? An fortè vt plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu verò? † At cum maritus donandi animo de suo adscribit in dotem vt videatur accepisse, quod non accepit, nulla subest causa, nullaque obligatio ex qua potuerit cogi maritus vt eam quantitatem vxori traderet: non causa donationis, quia donatio nulla præcesserat: nisi si quis ex solo donandi animo induci eam posse putat, quod nemo vnquam dixit, & dici non posse iam supra ostendimus. Causa verò dotis multo minus, quia nec dotem vllam maritus vxori debebat, nec mariti est dotem dare vxori, sed vxoris dare marito, quam porro dare vxor non potest nisi de suo, cum per dotis traditionem id agatur, vt dominium in maritum transferatur, l. doce. 6. C. de rei vindic. §. 1. *Inf. quib. alien. licet vel non.* Prius igitur est vt maritus rem aliquam vxori ex iusta causa tradiderit, aut saltem tradidisse fingatur, quàm vt eandem rem eidem marito in dotem illa dedisse fingi possit: sicuti & natura & ordine intellectus prius est vt fuerit illa domina quàm vt maritum suum dominum facere potuerit. Deinde per fictionem breuis manus, is demum tradidisse rem fingitur, qui eam vel iam habet penes se vt tradere potuerit, vel alteri tradi iussit, vt eam accepisse videatur. † Cæterum quoties fictio breuis manus inducitur in eo negotio quod plures exigat traditiones, aliquam traditionem veram intercedere necesse est, vt celeritate coniungendarum actionum ficta occultetur, vt in d. l. 3. §. pen. & vit. de don. int. vir. & vxor. aut saltem aliquod esse propter quod haberi possit res pro iam tradita ex noua causa, quia iam aliquando tradita fuit re vera, licet ex alia causa: Vt puta, si rem quam tibi tradidi vt esset penes te titulo depositi, aut commodati, postea vindiderim tibi: non enim necesse est vt iterum tibi tradam ad dominium ex causa donationis transferendum, sed sufficit vt ex consensu nostro mutetur causa traditionis præcedentis ad hoc vt nonum effectum habere possit perinde ac si hodie fieret, l. siue autem. 9. §. 1. de publican. in rem actio. l. rem hereditariam. 62. in princ. de iur. l. si seruus. 21. §. 1. de acq. rer. domin. † At in proposito nostro nulla vera traditio interuenit, vt neque alia iusta causa tradendi, neque ex parte mariti, qui maiorem de suo quantitatem adscribit in dotem, neque ex parte mulieris, cui donare vult

maritus. Nihil ergo est quod breuis manus fictionem possit admittere. † Aliud esset si poneret præcessisse stipulationem certæ quantitatis vel alterius rei interpositam ex causa donationis. Tum enim si maritus eam ipsam rem vel quantitatem à se vxori debitam fatetur habere se ab vxore ex causa dotis, posset defendi habendam esse pro tradita, dotemque rectè constitutâ quasi per traditionem, quia esset quod maritus vxori tradere cogi potuisset, ac quod vicissim vxor marito tradere. Idque secundum Vlpiani sententiam, qui fictionem breuis manus etiam in vna persona admittendam putauit *d. l. singularia. in fin.* contra quam senserit Africanus, qui hoc expressim negat in *l. qui negotia 34. ff. mandat.* † Quamquam nec putarem sufficere nudam hanc mariti confessionem etiam præcedente stipulatione, si non acceptilatio etiam interueniret ex parte vxoris. Ea namque est, quæ multò apertius & commodius inducit hanc breuis manus fictionem, cum mulier pro accepto habet quod tibi debebatur, & consequenter maritus dotem pro accepta, quam ei vxor de suo dare potuisset, si quantitatem sibi ex stipulatione debitam, quod suo iure facere poterat, exegisset. Alioqui maritus, qui semel tantum obligari voluisset, duplici vinculo teneretur, duplicique actione, & ex stipulatu & de dote, quod esset iniquum. Et hic frequentissimus olim erat modus dotis constituendæ, sc. per acceptilationem *l. promittendo 41. §. 1. d. l. licet 43. in princ. l. si pater 44. §. 1. de iur. dot. l. si mulier 10. D. de cond. caus. dar.* Nulla verò acceptilatione interueniente dico non posse fieri per mariti scripturam, & receptæ dotis professionem vllam, vt videatur accepisse, quod non accepit. Idque apertissime probatur ex d. l. 1. C. de don. ante nupt. vbi Imp. disertè rescribunt. Si maritus donandi animo dotem auxerit, vt videatur accepisse quod non accepit, nihil actum esse eiusmodi donatione, id est neque donationem legitime factam videri nulla videlicet interposita traditione vel stipulatione, neque dotem ritè constitutam, ob idque iudicio de dote repeti non posse id, quod re vera datum non fuit, quomodo utique repeteretur, si pro dato traditioque haberetur. Idem probatur etiam non male ex eo, quod scriptum est in l. 1. C. de dot. caut. non scripturam, sed numerationem facere dotem: denique ex ipsa dotis cautæ & non numeratæ exceptione, cui nullus vnquam locus esse posset, aut deberet si mariti quælibet confessio sufficeret ad fictam traditionem inducendam. Est enim omnimodo tradidisse, non minus quàm si verè tradidisset, vt cernimus euenire in dote per acceptilationem constituta. † Quare nec Accursius ipse ad d. l. 2. C. de dot. caut. vllam potest fictam traditionem comminisci, quin eodem somnio comminiscatur etiã interuenisse acceptilationem, cuius tamen nec verbum, nec vestigium vllum in tota lege reperitur. Neque verò fieri poterat, vt in ea specie acceptilatio vtiliter interponeretur, cum nulla præcederet utilis & efficax obligatio quæ per acceptilationem perimi posset. Prius namque est, vt obligatio aliqua utilis præcedat quam vt sequi possit utilis acceptilatio. Alioqui quomodo posset quis habere pro accepto id quod exigere, etiã si maxime voluisset numquam tamen potuisset: At qui nihil erat ex quo posset conueniri maritus vt eam quantitatem præstaret, quam donandi animo in dotem adscripserat, etiam si donationem legitime confecisset, id est, per stipulationem, quia non potuisset ea stipulatio valere, tanquam donandi animo interposita constante matrimonio, certumque est quod ex ea non potuisset vxor agere contra maritum habuissetque

simpliciter, id est, quod ad omnes, l. qui repudiant is. 17. §. ut ff. de inoff. testam. quia quoties quis absens vincitur, præsumentur est victus ob id potius, quod absuerit, quam quod malam causam habuerit, l. Papm. 8. §. meminisse cod. l. si ideo 51. de cuius. licet differentia illa sit, quod vno casu Stichus qui vincit, ingenuus fit propter autoritatem rei iudicatae, alio non item: quia neque iudicatum est, neque, vt dixi, iudicari debuit ingenuum esse aut liberum eum qui ire seruitutem vel libertinitatem petebatur, nisi per viam exceptionis hoc ipsum quoque in iudicium deductum sit. Nam cum reus in exceptione sit actor, l. 1. ff. de excep. l. in exceptionibus 19. de probat. non minus super exceptione, si iusta sit, pronuntiandum est pro reo, quam super actione si iusta fuisset, pronuntiari debuisset pro actore. ¶ Rursus quod sequitur, Quod si ex seruitute in ingenuitatem se allegat, (impropria sanè ac peregrina locutio: dicimus enim vindicare, & petere se in libertatem aut ingenuitatem, non allegare) melius fecerint si cognitionem circumduxerint, ego quale sit, certè non intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occasionem pronuntiandi pro libertate aut ingenuitate per absentiam eius qui controuersiam status faciebat? l. 3. ff. de alien. iud. iur. caus. fact. l. inter pares 38. de re iud. Ponimus enim nulla urgente iusta causa abesse eum qui iudicio adesse, si velle, posset, & deberet. An non à fauore libertatis prorsus alienum illud est, vt non possit pro libertate aut ingenuitate contra absentem pronuntiare iudex, qui, vt eadem lex subicit, pro praesente contradicere aduersus absentem Stichum sine cunctatione iudicare posset? cur deterior esse debeat conditio libertatis? an quia facilius possit succurri libertati contra sententiam pro domino vel patrono redditam, quam domino vel patrono condemnato contra libertatem & rem iudicatam simul? Atqui nihil iniquius dici potest, quam vt tanto facilius laedatur libertas, quanto iustius per beneficium restitutionis postea indemnitas seruari potest, argul. l. 2. C. in quib. caus. rest. an integ. necess. non est. ¶ Illa autem ratio quae sequitur, ne sine aduersario pronuntietur ingenui videri, prorsus ridicula est: non enim absens videtur aduersarius qui per contumaciam abest, cum eius contumacia praesentia sit, Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. agi oport. Alioqui nec contra libertatem pronuntiandum esset, absente eo qui seruus dicitur aut libertinus: nec rursus pro libertate, etiam si magna causa id suaderet, ac euidentes probationes suggererent, quia non potest iudicium constare quin & actor aliquis sit, & reus: & quidem vterque praesens, aut saltem habendus praesentis loco. Deniq; si fieri potest vt etiam absens vincat is, qui petitur in seruitutem, aut libertinitatem, vt scriptum est in d. l. Dmi. in fin. quanto magis eum vincere aequum est, si praesens ipse sit, aduersarius verò nõ nisi per contumaciam absit? Planè si is qui pro sua libertate litigat desit, contradicere verò praesens sit, nemo dubitat quin sententia proferri possit. Sic enim lex ait, melius erit in augeri causam eius sententiamq; proferri, quo vel solo ex verbo in augeri, pro eo quod est non protrahi, non extendi, si quis Triboniani manum & elegantiam non agnoscat, is certè nec Vlpianum benouerit. Item ex eo quod sequitur, si enim liquerit, contra libertatem dabit, scripsisset namque Vlpianus dabit, cum de iudicibus in plurali numero actum esset. Fuit autem is error frequens & familiaris Triboniano Graeco homini, quia plerumque Graeci verbu numeri singularis iungunt cum nominatiuo plurali. ¶ At neque video cur de iudicibus haec lex loquatur, cum de libertate & ingenuitate iudices non darentur, sed magi-

stratus ipsi cognoscerent, l. 2. C. de pedan. iudi. id est, Cofules in vrbe, Praefides in prouincijs, l. 4. ff. si ingen. eff. dicit. l. 5. C. vbi caus. stat. agi deb. quod & Vlpianus significat in d. l. Dmi, referens rescriptum Diuorum fratru ad Proculum & Munatium qui consules erant, quod & verba illa significant, vestra grauitatis est. Denique fuisse eam cognitionem iurisdictionis constat, neque 36. §. vlt. de fiduc. libert. At iudices dati non iurisdictionem, sed iudicium exercebant. Quod si ipsos quoque magistratus velis iudices dicere, saltem maiores iudices dicendi sunt, vt in l. non distinguemus 32. §. de libert. li. De recept. qui arbit. recep. ¶ Omnium verò maxime Triboniani incitiam detegere illud mihi videtur, quod in legis sine scriptum est, euenire autem potest vt tuam absens vincat. nam potest sententia etiam secundum libertatem ferri. Quis enim tam stupidus est, cui possit sententia pro libertate ferri eo casu, quo posset etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonianus scribere secundum absentem. Nam illud vti que verum est, Posse sententi in pro absente quoque ferri, si is bonam causam habeat, l. 1. C. quomod. & quand. iud. l. propendendum 13. §. & si quidem cum seq. C. de iudic. ¶ Scio Iacobum Cuiacium libr. 6. obser. cap. 27. locum hunc emendare, & pro mangeri legere mandari, pro eo quod est mandari, quomodo vult alio loco in scienciam pro sciencie interpretari in l. si seruus 34. de vsuca. vtrumque parum probabiliter, vt alibi scripsimus. Sed tamen ea quoque & emendatione & interpretatione admitta, nihilo magis satisfactum erit ceteris quae nos mouent vt Triboniani locum hunc esse arbitremur, & quae ab eo non fuisse obseruata miror, aut quasi non obseruauerit, fuisse dissimulata.

CAPVT V.

De nuntiatione noui operis pro seruitute ad l. qui viam 14. ff. de oper. noui nunt. & l. vnic. de remiss.

S V M M A R I A.

1. Eum cui vel iter vel via per fundum alienum debetur, et qui in via vel itinere illo aedificat opus nouum nuntiare non posse, sed vindicanda duntaxat seruitutis habere?
2. Noui operis nuntiationem omni alio remedio deficiente concedi.
3. Superiori sententiae & l. qui via. de nou. op. nunt. ob stare quod in l. 1. ff. de remiss. dicitur, ius nouum opus nuntians ei competeret qui dominum aut seruitutem habet.
4. De triplici causa noui operis nuntiationis.
5. Exempla noui operis nuntiationis propter seruitutem facta.
6. Distinctio inter seruitutes urbanas & rusticas ad superiorum legum conciliationem allata reprobatur.
7. Mancam esse distinctionem à Cuiacio ad dictas leges conciliandas allatam.
8. Vera distinctio & subdistinctio adhibenda ad illas leges in consonantiam reuocandas.
9. Domino fundi seruiens qui contra seruitutem directò aedificat nouum opus nuntiare posse, si verò non directò, non posse.
10. Vicino in detrimentum seruitutis aliquid licet non directò facienti nouum opus nuntiare posse.
11. Superiori distinctionis confirmatio.
12. Cuiacij emendatio ad § penult. d. l. 1. de remiss. probatur.
13. Eadem aduersus Roberti reprehensionem defenditur. Si t ha-

1. Si habeam seruitutem viae vel itineris per tuum fundum, & tu in eo aliquid facias per quod vsus seruitutis impediatur, habeo quidem ius vindicandae seruitutis, per quam actionem consequar, vt si quod detrimentum seruituti meae feceris, cogaris destruere, omnique in pristinum statum reponere, sed tamen opus nouum tibi nunciare non possum, l. qui viam 14. D. de oper. noui nunt. vbi Iulianus ait, eum qui viam habet, si opus nouum nuntiet aduersus eum qui in via aedificat nihil agere, sed seruitutem vindicare non prohiberi. Vtrumque nimirum eadem ratione, quia cum seruitutes sint iura, & in iure consistant, noui autem operis nuntiatio, quae facti est, non possit vt nec aliud factum quodlibet ad id vsque quod iuris est, pertinere, satis esse debet ei qui seruitutem habet, quod ea vindicando, ius suum tueri potest, eiusque possessione aut quasi possessionem retinere, quam e contrario per noui operis nuntiationem amitteret. Est enim hoc proprium noui operis nuntiationis, vt possessorem eum faciat, cui nouum opus nuntietur, l. de pupillo 5. §. meminisse. eo. ¶ Nec sanè permittenda facile est noui operis nuntiatio, si alia ratione aequè commodè, ne dicam commodius conseruare quis ius suum possit. Remedium namque odiosum est, nec nisi necessitate ipsa tolerabile, non ob id solum quod fiat propria nuntiantis autoritate (est aliqua est operis noui nuntiatio quae fit per praetorem, d. §. meminisse) sed etiam quia eam autoritatem habet vt siue iure, siue iniuria facta sit, inhibeat noui operis perfectionem, quousque is cui nuntiatum est, vel satisfecerit de eo demoliendo, si nõ iure aedificasse probabitur, vel impetrauerit remissionem nuntiationis, quam tamen non prius remittit praetor in effectu quam viderit nullo eam iure factam esse, l. 1. in prin. §. 1. l. praetor ait 20. in prin. §. 1. eod. l. vnic. de remiss. ¶ In quo tamen dubitatione magnam illud facit, quod in d. l. vnic. §. ius habet, generaliter Vlpianus scribit, ius habere nuntians noui operis non modò eum qui dominium habeat, sed & illum, qui seruitutem. Cui conuenit quod idem ille scribit in d. l. de pupillo. §. bellè Sextus Pedius: triplicem esse causam noui operis nuntiationis, naturalem, publicam, imposititiã: naturalem cum in nostras aedes, quae nullam seruitutem debent, aliquid immittitur, aut aedificatur in nostro: publicam, quoties per noui operis nuntiationem tueruntur leges, aut senatusconsulta, aut edicta, cõstitutionesque Principum, id est, impedimus ne opus nouum fiat in eo loco in quo per leges, vel senatusconsulta, vel constitutiones Principum fieri aliquid prohibeatur, d. l. 1. §. nuntiamus. cum praeced. eo. et. denique imposititiã, cum qui ius suum diminuit & alterius ausit, i. cum posteaquam seruitutem ipse suis edibus impõsuerit, nihilominus contra seruitutem fecit. Hoc enim si ita est, cur non liceat nouum opus ei nuntiare qui in via aedificat? An non fit contra seruitutem hoc ipso, & vsus seruitutis eo facto impeditur? ¶ Auget dubitationem, quod plerisque locis exempla extant factae noui operis nuntiationis propter seruitutem, vt in l. primisquam 15. cod. vbi agitur de seruitute altius non tollendi, & altius tollendi: itemque in l. seruitutes 15. ad fin. De seruit. urban. praed. vbi de seruitutibus, Neluminius, aut oculis officiat, & in l. et si forte 6. §. vlt. ff. si seruit. vindic. vel ad alium pertinet. neget. ¶ Itaque interpretum nostrorum plerique, vt locos istos concilient, distinguunt seruitutes urbanas à rusticis, putantq; pro seruitute urbana tuenda nuntiare posse nouum opus, pro rustica non posse: quam in sententiam mouentur non tam ex probabili aliqua diuersitatis ratione, quae inter urbanas & rusticas seruitutes hac parte reperia-

tur, quam quia videntur leges, quae permittunt nuntiare nouum opus pro seruitute, non nisi de seruitutibus urbanis exempla ponere, Iulianum. v. in d. l. qui viam, vbi negat valere nuntiationem, de via tantu loqui, qui seruitus rustica est. Ita solent illi perpetuo ratione iuris ad verba legum detorquere, non vt fieri oportuit, leges ipsas, earumq; interpretatione ad ratione iuris accommodare. Quoru exemplo esset multo expeditius dicere, Pro omni seruitute praeterquam via posse nouu opus nuntiare, cu de via tantu non etiam de alijs seruitutibus locutus sit Iulianus: si qua tamen diuersitatis ratio excogitari posset inter viam & ceteras seruitutes rusticas, quae certè nulla prorsus est, non magis qua inter rusticas & urbanas. ¶ Cuiacius verò l. 1. obser. ca. 17. putat in hac quaestione nihil aliud inspiciendum esse, quam vtrum opus nouum, de quo per nuntiationem inhiendo agitur, tale sit vt fieri non possit quin fiat contra seruitutem, vt eo demu casu permittatur noui operis nuntiatio pro seruitute siue urbana siue rustica: si verò nihil fiat contra formam & naturam seruitutis constitutae, non sit permittenda nuntiatio, nec vsus seruitutis impediatur, sed decurandum necessario ad seruitutis vindicationem. Quam intentionem ex eo mouetur, quod domino fundi seruitute debetis liceat in eo fundo facere quicquid velit, iure scilicet et domini, adeo vt nec à socio suo possit prohiberi cum quo habeat fundum communem, l. in prouincijs 3. eod. l. in re communi 26. de seru. urba praed. quod tamen tunc dici non potest cum altius aedes suas tollere vult ille, qui ipse impõsuerit aedibus seruitutem altius non tollendi. Cur non ergo liceat vicino, cui seruitus debetur, intendere, ius ei non esse altius sublatas aedes habere, in eamque rem nouum opus illi nuntiare? Veru hac quoque sententia si non facta, certè manca est, nisi adiuetur & suppleatur. Ei namq; consequens videretur vt is cui viae seruitus esset debita, nunquam posset nouum opus nuntiare aduersus eum, qui in via aedificaret, quisquis ille esset, siue dominus fundi seruitutis, siue alius, quia semper verum esset non fieri directò contra constitutionem seruitutis viae ab eo qui in via aedificaret, quandoquidem aliud est constitui seruitutem viae, aliud verò in ea aedificari, licet per aedificationem vsus viae impediatur. Et tamen certum est, si in Scampronij fundo, qui mihi seruitutem viae debet, tu aedifices, posse me tibi nouum opus nuntiare, quia possum intendere iustitiam non esse in eo fundo aedificandi, me inuito, cum & ego sim dominus seruitutis cuius vsus vis impedire, & tu non sis dominus fundi seruitutis, vt in eo possis pro tuo iure & arbitrio aedificare. ¶ Distinguendum igitur est, an nouum opus nuntietur domino fundi seruitutis, an alij vicino cui libet in eo fundo aedificari, siue sciente & volente, siue ignoante domino fundi alius aedificat. Priore casu subdistingendum est, an nouum opus fiat directò contra formam constitutae seruitutis, an per indirectum duntaxat, ¶ Nam si directò, vt puta si is cuius aedes seruitutem debent altius non tollendi, velit illas altius tollere, quantumuis praedij dominus ille sit, prohiberi tamen potest per noui operis nuntiationem ne id faciat, tanqua qui nõ habeat ius ita faciendi etiam in suo fundo contra voluntate eius, qui sit dominus seruitutis non aliam ob causam constituta, quam ne altius aedes tolli possint. Qui casus est d. l. inter seruitutes 15. ff. vrb. praed. & d. l. si priusquam de oper. noui nunt. Si. v. nihil fiat directò contra seruitutem vt contingit cum is aedificat cuius praedij seruitutem viae debet, non etiam seruitutem nõ aedificandi, nõ potest ei nuntiare nouum opus, quia si nullo iure aedificet, cum habeat ius aedificandi in fun-

do suo hoc ipso quod dominus est, qui sensus est d.l. qui viam. Posteriore. v. casu prioris distinctionis cum alius quam dominus fundi seruiens aedificat in detrimentum seruitutis etiam si nihil faciat directo contra seruitutem, nuntiari tamen ei nouum opus potest quia verum est nullum ius in eum habere ius aedificandi: Probaturque manifeste haec distinctio ex d.l. vnic. §. pen. de remiss. vbi Vlp. scribit secundum sententiam Iul. qui putabat fructuarium habere ius vindicandarum seruitutum quae fructuario fundo deberentur, permittendum esse fructuario ut possit nouum opus nunciare vicino, at non etiam ipsi domino praedij seruiens: quia inquit, non sicut aduersus vicinum, ita & aduersus dominum agere potest, ius ei non esse inuito se altius aedificandi. Sed si hoc facto vsusfructus deterior fiet quomodo fiet proculdubio, si seruitutis fundo Cornel. fructuario debita vsus impediatur, debet vsusfructuarius vsusfructum petere, id est vindicare, cuius. f. vindicatio competit domino vsusfructus contra quoscunque vsusfructum impediens. Quod ipsum iisdem verbis ex Iul. proditum extat in l. 2. de oper. noui nunt. Porro quod Iul. dixit de fructuario, id etiam haud dubie sensit de caeteris quibus aliqua seruitus deberetur a vicino, ut idem Vlp. in d. §. pen. in quo tamen magnum subesse mendum bene obseruauit Cuiac. li. 1. Obs. c. 16. in conuersione eorum verborum *utilis & inutilis*. Nam ut ille argumentatur ex princ. d. l. vnic. Remissio nuntiationis noui operis, per praetorem facta, tum demum est utilis cum non tenet nuntiatio. Sunt enim ista contraria, nuntiationem tenere, & remitti. Ea demum vero nuntiatio non tenet, quae facta est ab eo qui nullum ius habuit nuntiandi contra eum qui ius habuit aedificandi. E contrario autem remissio nuntiationis tunc est inutilis cum nuntiatio tenet: quae porro tunc duntaxat tenet, cum facta est ab eo qui ius habuit nuntiandi contra eum qui nullum habuit ius aedificandi. Consequens igitur est, ut si fructuarium nuntiauerit nouum opus proseruiente, quod facere secundum Iulianum potest contra alium quemlibet, praeterquam dominum praedij seruiens, remissio sit inutilis, quia nuntiatio tenet: fit vero utilis remissio si fructuarium nuntiauerit nouum opus domino, quia nuntiatio non tenet. In eoque male reprehensus fuit Iac. Cuiacius a Io. Roberto, quem illud certe sefellit, quod putauit remissionem nuntiationis esse vtilem omni casu, quo nuntiatio tenet ab initio, id est, eo tempore quo facta fuit in praesens opus, & priusquam ad praetorem iretur: cum tamen debuerit animaduertere, quoties nuntiationis remissio facta esse dicitur, non de illo quaeri, an nuntiatio tenuerit ab initio, quantum ad illum effectum ut impediret aedificationem, sed de illo tantum, an nunc teneat apud praetorem. Inter quae quantum inter sit, ex eo apparet, quod semper, aut saltem ferè semper verum est nuntiationem ab initio tenuisse ad impediendum opus nouum, cum siue iure siue iniuria facta sit, nihilominus vim suam habeat quousque vel per satisfactionem extincta sit, vel per remissionem. An non est bona consecutio, ut quae nuntiatio ab initio tenuit ante petitam a praetore remissionem, teneat etiam apud praetorem, & impetrata iam ab eo remissio? Nam cum antea de illo solo quaereretur an nuntiatio facta esset ab illo qui ius nuntiandi habuisset,

siue iure, siue iniuria nuntiasset, huc cum petito remissa est incipit quaeri debere, An qui nuntiavit ius habuerit prohibendi ne inuito se nouum opus feret: id eoque obseruandum est sic loqui Vlp. in d. l. vnic. §. 1. de remiss. ut dicat verba praetoris ostendere remissionem ibi demum factam videri, non ubi nuntiatio non tenet, sed ubi nuntiatio non tenetur: & retrò, voluisse praetorem ibi demum nuntiationem tenere, non tenuisse, cum ius est nuntiari prohibere ne se inuito fiat. Caeterum, si ponas nuntiationem factam esse ab eo qui non fuerit admittendus ad nouum opus nuntiandum, puta a pupillo alienum commodum curante, nectutoris auctoritatem adhibente, aut a seruo, ut in d. l. de pupillo §. in prin. & §. 1. de oper. noui nunt. nihil necesse erit adiri praetorem ad impetrandam nuntiationis remissionem, nec rursus offerri satisfactionem, cum nullum vnquam effectum habuerit nuntiatio: essetque illo casu remissio non modò inutilis dicenda, sed etiam superuacua & ridicula. Potestque eiusdem rei aliud exemplum poni in fructuario ipso nouum opus nuntiante proprio nomine, si non tam Iuliani sententiam sequi velimus quam aliorum iuris autorum, qui putarunt non esse permittendum vsusfructuario ut proprio nomine nuntiet nouum opus, ne quidem alij quam domino: nec rursus ut seruitutes fundo fructuario debitas vindicare possit: sed tantum ut vel nouum opus nuntiet procuratorio nomine, vel vindicet vsusfructum, atque ita consequatur, quanti eius interfuit, nouum opus factum non esse: quae sententia tandem contra Iulianum obtinuit ut & Cuiacius obseruauit ex d. l. 1. §. vlt. D. de oper. noui nunt. & l. 1. in prin. D. si vsusfruct. pet. non enim ceteri Iuriconsulti de illo disputarunt an teneret noui operis nuntiatio ab vsusfructuario facta apud praetorem, quae dicerent nec ab initio quidem tenuisse.

CAPVT VI:

De oppignatione seruitutum.

SVMARIA.

- 1 Seruitutes sine praediis nec obligari nec vendi posse.
- 2 Easdem hypotheca dari non posse, & hac parte hypothecam a pignore non differre.
- 3 Quo sensu dicatur inter pignus & hypothecam nominis tantum sonum differre?
- 4 An quia Marcianus in §. vlt. l. si is qui 11. de pignor. seruitutes urbanas oppignorari non posse tradit, aliud in rusticis existimasse credendus sit?
- 5 Ratio distinctionis hac parte ab Interpretibus resellitur.
- 6 Alia Duareni distinctio ad seruitutum oppignationem pertinens.
- 7 Differentia inter seruitutes urbanas & rusticas quoad ad oppignationem a Cuiacio constituitur, & differentiae ratio redditur.
- 8 Ea Cuiacy sententia resellitur.
- 9 Pignoris venditionem in perpetuum quidem fieri, omnino vero pignus ad tempus tantum esse.
- 10 Seruitutem iam constitutam non posse a domino praedij dominantis oppignorari quum praedium ipsum non oppignoratur.
- 11 Seruitutem per venditionem constitutam etiam fundo non vendito vendi posse.
- 12 Cur seruitutes iam constitutae sine praediis quibus debentur vendi non possint?
- 13 Respondetur rationi qua motus Cuiacius cuiuslibet seruitutis rusticae oppignationem indistincte admittendam putauit.

Serui-

Seruitutes sicut vsu capi non possunt sine praediis quibus debentur, ita neque oppignerari; Duplicatione. Prima est, quod cum sint iura, & res incorporatione, non possunt tradi neque possideri, l. 1. §. vlt. D. de ver. dms. Pignus autem, quod a pugno ob eam causam dicitur volunt, contrahitur re, & per traditionem, traditurque possessionem in creditorem, leg. si rem. §. 9. §. pro. prii. & l. cum & sortis 35. §. 1. de pignor. act. l. 1. §. creditor. de oblig. & action. Altera est, quod cum sint iura praediorum, nihil aliud sunt quam ipsa praedia qualiter se habentia, l. quid aliud §. 6. de verborum signif. Proinde fieri non potest ut sine praediis obligentur, non magis quam ut sine praediis acquirantur, l. 1. §. 1. D. com. pred. Itaque non est quod quis obiciat seruitutes posse vendi, omnia autem quae emptionem venditionemque recipiunt, oppignationem quoque recipere posse. l. sed & quod §. 9. §. 1. D. de pignor. Nam neque seruitutes praediis debita vendi possunt sine praediis, non quia non sint in bonis nostris, ut male vulgo creditum est, (cum earum nomine & actiones competant, & exceptiones, tot. tit. si seruit. vindic. iunct. l. rem in bonis §. 5. de acquirend. rerum dom.) sed quia separari a praediis nullo modo possunt. Atque ita concludit I. C. in l. si quis 11. §. vlt. eod. de pignoribus. oppignerari seruitutes non posse: ubi tamen mirari quis possit quod ex eo infert, nec igitur posse hypothecam dari, cum ea differentia sit inter pignus & hypothecam, quod haec non rei traditionem exigit ut pignus, sed nudo pacto constituitur, l. 4. eod. Est enim hic vnus casus ex iis in quibus praetor contra regulam vtriusque iuris tam praetorij quam ciuilib, dat ex nudo pacto actionem, quae hypothecaria appellatur, aut quasi Seruiana, ut proinde ratio quam diximus impedire pignus seruitutum, hypothecam earundem impedire non videatur: siquidem nihil vetat de iuribus perinde ac de rebus quae possidentur fieri conuentionem, dummodo in bonis nostris, & in commercio nostro sint. Sed respondendum est non posse in hac re differre hypothecam a pignore, quia licet hypotheca constituatur nudo pacto, & sine translatione possessionis, tamen actio hypothecaria, quae ex eo pacto nascitur, in id tantum datur ut auocet possessionem, l. si cum venditor 66. versicu. non est idem. ff. de emet. Ideoque non magis fieri potest ex ipsa ratione iuris, ut earum rerum quae possideri non possunt hypotheca valeat, quam ut pignus. Idque est quod ait Marcian. in l. 5. §. penult. de pign. inter pignus & hypothecam nominis tantum sonum differre, sc. quod ad formulam hypothecariam, cuius eadem vtroque casu vis est, & potestas. Est enim ea lex sumpta ex Marciani lib. sing. ad formulam hypothecariam, quod & iam alij ante nos obseruarunt: sed illud magis mirum est quod in d. §. l. si is qui. §. vlt. loquitur I. C. nominatim de seruitutibus urbanorum praediorum. Inde namque videtur inferri posse, aliud eum existimasse in seruitutibus rusticorum praediorum, ut sc. dari possint, & pignori & hypothecae. Et ita esse fatentur vulgo interpretes, differre nimirum hac in re seruitutes rusticas ab urbanis, ut haec oppignerari non possint, illa possint. Cuius differentiae rationem illam adfert Bartolus quod urbanae sunt perpetuae, rusticae vero non item: quasi perpetuitas illa, ut cum eo loquar, urbanarum seruitutum non patiatur ut pignori dentur creditori qui eas forte pro arbitrio suo extincturus esset, atque ita vrbè ad cuius decorè ex seruitutes pertinent, deformaturus. Quod ne eueniat summopere cauere legislator debet l. vlt. ne quid in loc. pub. Sed quam falsa sit ratio haec diuersitatis apparet manifestè ex eo quod alibi disputauimus, & verissimum est, seruitutes

omnes causam debere habere perpetuam, nec minus rusticas quam urbanas ex l. foramen 28. de ser. vrb. pred. Neque verò desunt pleraque seruitutes vrb. quae tolli possint, ita tamè ut ciuitas ruinis non deformatur. Nec denique verum est, quod Bart. & sequaces volunt, seruitutes rusticas oppignerari posse ab eo cuius praedio debeantur, siue iuris rationem, siue aequitate intueamur, ut paulò post ostendemus. Itaque Franc. Duaren. lib. 2. disp. c. 3 post explosam, beneque confutatam distinctionem hanc interpretum, nouam ipse opinionem induxit ut hac parte non sint separandae seruitutes urbanae a rusticis, sed tantum seruitutes iam constitutae a constituendis, & separanda praeterea ratio iuris ab aequitate. Putat enim tam urbanas quam rusticas seruitutes, si iam constitutae sint, non posse oppignerari, neque ex ratione iuris, neque ex aequitate: si verò nunc primum iure pignoris constituantur, non posse quidem ex ratione iuris valere conuentionem, quia seruitutes non magis ad tempus, quam ex tempore constitui summo iure possunt, l. 4. ff. de seruit. verum tamen ex aequitate, ac propter vtilitatem contrahentium defendi, siue urbana sit seruitus, siue rustica, cum urbana quoque precario dari hoc modo possit, l. 3. ff. de precar. At contra hanc quoque sententiam multis argumentis insurgit Iacob. Cuiac. lib. 15. Obser. cap. 6. probatque quod certè negari non potest, ex vtriusque legis coniunctione differentiam ponendam esse inter seruitutes rusticas, & urbanas. Cur enim Marcianus in d. l. si is qui. §. vlt. loqueretur de seruitutibus urbanorum praediorum nominatim, si idem sentit de seruitutibus rusticorum? Et contra, cur Paulus in l. sed an via 12. de seruitutibus rusticis, si non aliud constituisset in urbanis? Nec sanè credendum est Duarenum in eam venisse sententiam, ut seruitutes urbanas a rusticis non distingueret, nisi quia dissimilitudinis rationem nullam potuit inuenire. Cuiacius verò eam adfert, quod de pignoris natura fit, ut queat distrahi, adeo ut sit inutile pignus quod alij vendi non potest, & ob eam causam non valeat conuentione, ne pignus vendi possit, l. 4. ff. de pignor. act. l. mulier 11. C. de distract. pignor. Atqui seruitutes urbanae, inquit, non possunt distrahi, quia fieri nequit ut reperiant emptorem, cum nullam possint adferre vtilitatem alij praedio, quam cui primum debentur, ut cernere est in seruitute tigni immittendi, stillicidij auertendi, & aliis similibus. At seruitutes rusticae facile possunt vendi & inuenire emptorem, puta si habeat vicinum cui aequè commodum & vtile futurum sit ac mihi transire per fundum tuum, ut eat in sum. Verum neque haec viri doctissimi sententia probabilis mihi videtur. Primum quia sic ille loquitur, quasi seruitutum oppignatio valeat ipso iure. Ad eam enim obiectionem quam videt fieri ex eo posse, quo seruitutes ad tempus constitui non possunt, dicit l. 4. de seruit. Respondet fieri ex natura pignoris ut nihilominus oppignerari queant, quoties aliud nihil impedit pignorationem: quia, inquit, omne pignus constituitur, ita ut possit in perpetuum distrahi si creditori non fuerit satisfactum: Et tamè ea ipsa lex Pauli qua ille nititur, ut probet seruitutes rusticas pignerari posse, d. l. sed an via, declarat apertissime non nisi propter vtilitatem contrahentium receptam esse, aut recipiendam eam sententiam, quae habet, seruitutes rusticas oppignerari posse. Et v. ita esse concluditur necessariò ex eo quod diximus, & Cuiac. fatetur, nullas seruitutes ad tempus constitui posse d. l. 4. Nam & inde est, quod ait l. locare 19. ff. locat. Neminem posse locare seruitutem: quod sicut generaliter scriptum est, ita & generaliter intelligendum, ut neque, seruitus urbana, neque

Zzz z

rustica locari possit, neque ab eo cui sit dominus fundi seruentis, neque ab eo cui seruitus debeat: quod & Cuiac. fatetur, non alia id ratione quam quod locatio sit ad tempus, præterquam si de fundis vectigalibus aut emphyteuticariis agatur, seruitus verò ad tempus constitui nequeat. † Nec oppigneratione seruitutis ea ratio tueri potest, quam adfert Cuiac. quod sit ex natura cuiuslibet pignoris vt in perpetuum distrahatur possit. Aliud enim est de oppigneratione seruitutis, aliud de pignoris venditione tractare. Pignoris quidem venditio, & aliarum rerum in perpetuum sit, non ad tempus, sed non eo minus verum est omne pignus esse ad tempus, cum ex cuiusque pignoris natura illud sit, vt l. l. ff. de iur. dot. unct. l. non solet. 39. ff. locat. Igitur debuerat potius inferre Cuiac. ex eo quo videbat, omne pignus esse temporale. Nullam ergo seruitutem oppignerari posse. † Deinde labitur aperte vir doctiss. in eo, quod non leparat hac in re seruitutes constitutas à constituendis, in eoque multò meliùs sensit Duar. qui putauit separandas. Neque enim fieri potest vt seruitus ià constituta oppigneretur à domino prædij dominantis, cum prædium ipsum non oppigneretur. Siquidem ea seruitus vsq; adeò ius est prædij dominantis, vt ne aliud quicquam esse videatur, quam prædium ipsum qualiter se habens, vt in initio diximus ex d. l. quid aliud. 86. de verb. sign. Quomodo igitur fieri potest vt oppigneretur seruitus prædij iam constituta, prædium ipso non oppignerato? † Nec minùs erroneum illud est, quod adfert Cuiac. Seruitutes vendi posse tã à domino fundi cui seruitus imponitur, quã ab eo cui seruitus debetur ex l. cum manu sata 8. §. 1. ff. de contr. emp. l. 3. §. si iter. l. tener. 6. §. si tibi. & seq. ff. de act. emp. Neque enim iis locis agitur de seruitute vendita, quã iã antea deberetur, sed de seruitute per venditionem constituta quam proculdubio nihil prohibet vendi, etiam fundò non vendito. Quinimò vt possit vendi, necesse est fundum retineri à venditore seruitutis, quoniam alioquin fundo vendito cum seruitute, quomodo posset idem fundus emptori, eidemq; nouo suo domino seruire? l. in re communi. 25. de ser. urb. prad. † At in d. l. tenetur. §. sed si fundus, vbi tractatur de vendita seruitute quã iam erat constituta, ponit etiã Iurisconsultus venditum fuisse fundum, cui seruitus debebatur, vt intelligamus nõ posse tales seruitutes iam constitutas vendi sine prædiis, quibus debentur: Nec sanè aliter constitui ius posset citra summam iniuriam eius cuius prædium seruiret, etiam admissò eo, quod numquam admittendum est, vt ius prædij vnus possit ab eo separari, & fieri ius alterius. Ita naq; fieret multo deterior conditio seruitutis, nimirum in eo quod fundus qui ab initio non nisi vni prædio seruitutem debuisset, inciperet postea eam pluribus debere, saltè quandiu pignus duraret. Facta v. seruitutis venditione, etsi nõ deberetur seruitus nisi vni prædio, deberetur tamen alij prædio, quã cui fuisset constituta, idque ignorante eo, qui esset dominus fundi seruentis, cuius tamen quam maximè interesset, neque augeri, neque immutari seruitutem. Generalis enim regula est in tractatu isto de seruitutibus; Nihil fieri posse propter quod deterior seruitutis conditio efficiatur, licet melior fieri possit. l. seruitutem. 20. §. nullicidit. de ser. urb. prad. l. cum adificium 24. eo. † Nec ad rē per-

inet, quod seruitutes rustica iam constituta eo tempore quo pignori dantur, non minùs facile possunt reperire emptorem, quã reperturæ essent, si nunc primum iure pignoris constituerentur: Quia vna ratione mouetur Cuiac. vt putet indistinctè admittendam cuiuslibet seruitutis rustica oppignerationem: quasi verò in hanc rem tãtum sit necessarium vt seruitus oppignerata possit vendi, ac non potius & ante omnia illud inspiciendum sit, an aliquid extet, de cuius venditione tractari possit. Quis enim dixerit ob hoc solū posse quid oppignerari, quod possit etiam vendi? An non ratione ista concluderemus, res etiam alienas oppignerari posse, cum vendi possint. l. rem alienam. 28. de contr. emp. Et tamen alienam rem oppignerari nõ posse certum est. l. rem alienam 41. de pign. act. l. 1. & tot. tit. C. si res alien. pign. dat. sit. nempe quia non posset tale pignus valere citra iniuriam domini qui rem suam ab alio obligatam non posset euincere, nisi soluta priùs pecunia quã deberetur, quod tamen esset euidenter iniquum, & contra regulam iuris naturalis & civilis, quẽ habet, Alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. Eadem ergo ratione dicendum est non posse oppignerari seruitutem siue vrbana, siue rusticam, quẽ iam fuerit constituta, quantumuis inueniret emptorem, quia non posset fieri sine iniuria domini ad quem prædium seruiens pertineret. Esset autem bona ratio Cuiacij, si seruitutis constituta oppignerationem nihil aliud impediret, quã quod ea vendi posset. At cum de pignore priùs tractandum sit quã de pignoris venditione, priùs debuerat Cuiac. probare seruitutem rusticam iam constitutam posse dari pignori quã iure pignoris vendi posse. Est enim recta consecutio à constitutione pignoris ad venditionem, vt quicquid vtiliter datum est pignori, debeat etiam posse distrahi: sed non est bona consecutio, vt quicquid posset distrahi, si vtiliter pignori datum esset, hoc ipso videri debeat vtiliter datum esse, tũ quoque cum ex eo futurum est, vt alteri iniuria inferatur.

CAPVT VII.

De differentia seruitutum vrbana & rusticarum, Item constitutarum & constitutendarum, si de ipsarum oppigneratione quærat.

SVMARIA.

- 1 Seruitutes rusticas constituendas ex æquitate ac propter vtilitatem contrahentium oppignerari posse.
- 2 Cur hac parte seruitutes constituenda à constitutis separantur?
- 3 Difficilius esse vt seruitutes pignori quam vt precario dentur.
- 4 Seruitutes constitutas etiam precario dari non posse.
- 5 Quanam cõcurrere necesse sit vt seruitutes rustica constitutenda oppignerari possint?
- 6 Pignus seruitutis sine prædio vendi non posse nisi in constituenda seruitute id nominatim cautum sit.
- 7 Seruitutes vrbanas non ideo minus constitui quod vicini prædium interpositum sit, rusticas vero interiacente prædio quod seruitutem non debeat impediri.
- 8 Seruitutem vrbana pignori dari non posse, ne quidem si expresse conuenierit vt eam vicino vendere liceat, quippe qui citra emtionem eandem vtilitatem seruitutis habiturus sit.
- 9 Non posse eiusmodi seruitutis oppignorationem ideo valere, quod vicino vtilis emptio ob hoc saltem esse possit, ne is cui ea seruitus debetur eam fundi seruentis domino pretio accepto remittat.

10 Cur liberum prædium interpositum seruitutis vrbana constitutionem non impediatur, in rusticis vero seruitutibus constituendis obstat?

11 Cur Seruitutum rusticarum constitucendarum locatio permissa non sit sicut oppignatio.

12 Seruitutes vrbanas ex vtilitate contrahentium precario constitui posse.

13 Quam ratio seruitutum rusticarum eo tempore quo constituntur oppignorationem permitti suadeat?

14 Dicendum igitur est, meo iudicio, cum Duareno contra Cuiacium, separandas esse seruitutes constitutas à constitutis, sed tamen cum Cuiacio contra Duarenum, separandas etiam vrbanas à rusticis: non quidem si rationem iuris spectemus, quã semper illa obstat, quod seruitus, vt superiore capite disputauimus, constitui ad tempus non possit, omne verò pignus sit ad tempus, sed ex æquitate, ac propter vtilitatem contrahentium, vt scriptum est in d. l. sed an via. 12. ff. de pignor. quã vtilitas rusticarum duntaxat seruitutum oppignationem induxit, non etiam vrbana, propter illam diuersitatis rationẽ quã attulit Cuiacius, quod vrbana seruitutes non possit vendi sine prædio cui debentur, nec si dominus ipse prædij seruentis consentiat quia non alij quã domino fundi dominantis vtilis esse possunt: inutile autem pignus sit quod distrahi nequeat. Seruitutes autem rusticæ possunt vendi, quoniam alij etiam vicino vtilis esse possunt. † Ideo autem separamus seruitutes constitutas à constituendis, quod cum pignori datur seruitus iam constituta, sit iniuria domino prædij seruentis: cum verò seruitus nunc primum constituitur pignoris iure, & hac lege nominatim adiecta, quam requirit Paulus in d. l. sed an via, vt non soluta ad diem pecunia liceat creditori oppigneratam sibi seruitutem alij vicino distrahere, nulla sit iniuria domino fundi seruentis, qui hanc ipsam legem sibi dixit. † In quo quemadmodum errauit Cuiac. ita & à contrario Duarenum, non in eo solum quod seruitutes vrbanas à rusticis non distinxit, quomodo distinxerunt Iureconsulti in d. l. 1. §. ult. & l. 12. de pign. sed in illo etiam quod eandem precarij & pignoris rationem esse existimauit. Nihil enim est quod eum tam sefellerit, vt dixerit seruitutes etiam vrbanas constitui posse iure pignoris, quã quod vidit posse illas etiam dari precario d. l. 3. D. de precar. Quasi non sit difficilius vt dentur pignori, quã vt dentur precario: Nec animaduertit differentiam illam quã alioqui pereuides est inter pignus & precarium, quod valet precarium omnium rerum, quã aliquam commoditatem accipienti præbere possunt, quamuis distrahi nequeant: at non similiter dari possunt pignori ea omnia quã commodum aliquod adferre queant, si non etiam illud concurrat vt distrahi possint. † Contrario autem errore Cuiacius existimauit seruitutes etiam constitutas posse dari precario, quod certè non minùs falsum est, quã si quis diceret, Possit etiam vrbanas dari pignori. Nam cum seruitus aliqua, siue vrbana, siue rustica prædio meo debeat, non est meum precibus tuis concedere, vt ea seruitute vti possis in vicini prædium, quia seruitutem debet, sed ad eum pertinet cuius est prædium seruiens, vt eam commoditatem præstet, si velit. Nec enim quicquam obstat, quominus idem prædium eandem seruitutem pluribus præstet, leg. qui perceptum 15. D. comm. prad. leg. 2. §. 1. de seruit. rust. prad. & ob id nimirum l. c. in dict. leg. 3. de precar. disertè loquitur de seruitute per precarium constituta, non de constituta seruitute precario data. † Nec minùs aperte Paulus in d. l. sed an via, cum ex Pomponio scribit viden-

dum esse vt talis pactio fiat, vt quandiu pecunia soluta non sit, iis seruitutibus creditor vtatur, quã lex ipso tempore iure pignoris constituuntur. Idq. ita demum si vicinum fundum habeat creditor, itemq. si in conuentione illud etiam adiectum sit, vt si pecunia intra diem constitutum soluta non sit, liceat vicino eas seruitutes ita constitutas pignoris iure alij vendere, qui sit etiam vicinus, vt intelligamus, nisi hæc omnia concurrant, non posse defendi oppignationem seruitutum rusticarum, ne quidẽ ex contrahentium vtilitate: nempe quia non liceret creditori seruitutem in ta constitutam vendere, nisi in ea seruitute constituta nominatim id cautum esset. † Quod non satis bene à Cuiac. obseruatum est, cum scripsit pignus seruitutis hac in re nõ differre à cæteris pignoribus, sed eandem naturam & conditionem habere, vt in perpetuum distrahi possit. Perpetuus. n. viri doctissimi error in eo est, quod putat seruitutem, quã est eius prædij, posse vendi sine prædio, quod tamen fieri numquam potest nisi in seruitute constituenda id nominatim cautum sit. l. cum essent 33. §. 1. de seruit. rust. prad. Solet n. prætor tueri conuentiones quã fiunt de seruitutibus. eo tempore quo constituuntur, licet à ratione iuris sint alienaræ, puta si vel ex tempore, vel ad tempus constitutæ sint, vel sub conditione, vel ad conditionem, quia creditibile est, eum qui hac lege seruitutes constituit, non aliter eas constitutum fuisse d. l. 4. D. de ser. l. eum qui ita 56. §. qui ita. in ff. De ver. obl. † At fortasse obiiciet quispiam, Si nihil aliud impediet oppignationem seruitutum vrbana, nisi quod vendi non possunt (ne scilicet oppignatio illa vtilitatis causa defendi possit, sicut defenditur oppignatio seruitutum rusticarum) non debuisse hac parte separari seruitutes rusticas ab vrbanis, cum è contrario seruitutum vrbana proprii illud sit vt interpositum prædium vicini non impediatur quominus constituantur, ex l. si ades mea 38. cum seq. De ser. urb. prad. l. in tradendis 7. §. interpositis. D. comm. prad. l. loci corpus 4. §. vltim. & l. seq. si ser. vrb. quod in seruitutibus rusticis diuersum est, quã constat impediri si medium prædium sit quod seruitutem non debeat, leg. qui sella 7. in fin. de seruit. rust. prad. Cur non enim posset vendi seruitus vrbana, quã sic esset constituta, & emptorem reperire, saltem vicinum illum, cuius ades essent interpositæ, & cuius maximè interesset suis ædibus acquirere illam seruitutem? † Verum respondendum est pro Cuiacio, cum quo & nos hac parte sentimus, non posse vrbana seruitutem dari pignori, nec si ea conuentione expressim facta sit, vt liceat illam vicino vendere (hoc enim addendũ necessariò est, vt retineatur ea differentia quã ponimus inter vrbanas & rusticas seruitutes) quia nec creditibile est, vicinum vnquã empturum illum, quippe qui eandem vtilitatem seruitutis habiturus sit etiã citra emptionem. Si. n. ades Titij vicini mei debeant tuis seruitutem altiùs non tollendi, & mea interpositæ sint, nõ potest fieri vt tu ea seruitute vtaris, quin ego etiam vtar, siue mea quoque ades tuis debeant eandem seruitutem, siue nullam. Cur ergo emerem à te eam seruitutem quã nec possis retinere, quin ego eadem vtar, nec alij vendere, cui l. ea emptio vtilis esse nõ possit? † Replicabis, Imo posse fieri vt mihi vtilis sit emptio ob hoc saltem, ne alioqui eam ipsam vendas, i. accepto pretio remittas domino fundi seruentis, qui postea ades suas altiùs sublaturus sit, atq. ita meis incommodaturus. Sed non potest hæc ratio facere bonam oppignationem seruitutis, quia cum dicimus inutile esse pignus, quod vendi non potest, exigimus vt possit reperire emptorem alium quã ipsum debitorem, cum eo demum cauti-

Quid vim omniam q
induit Faber. Cuiacium
seruitutes constituendas
oppignerari posse, quã
sicut constitutis tunc
sui in creditore fabo
non propter pignus in
semper quod in meo
ita fundis constituenda
sui pignori, q. sine
quod ei nequit l. si
de v. o. hoc secundum
fidei seruitus, saltem in
non Augustus pignus
natura pignoris, ea est
ut manente pignore
pignus debeat. Alio
aut quasi in
pignus in ac
ad hanc l. 35 §. 1. l. 1.
Cum multi alii de pign
non alii sed est im
possibile quod ego ser
uiter constituenda pign
2. causa maneat pign
Cuiacius, q. ipse Cuiac
sunt, q. vtiliter pignus
ad hanc l. 5 §. 1. d. d. v. o.
cum seq. De ser. urb. prad. l. in tradendis 7. §. interpositis.
D. comm. prad. l. loci corpus 4. §. vltim. & l. seq. si ser. vrb.
vtiliter constituenda & l.
qui occupantur debent
in pignore sui centrali
pignus.

soleat perueniri ad venditionem pignoris, cum debitor non vult soluere, & pignus luere: Quod ipsum vix aliter vnquam contingit, quam si pecuniam non habeat in numerato, quam tamen statim explicari sibi que numerari creditor velit. Nec rursus credibile est, debitorem quemquam fore tam stultum, qui pignus à se datum velit emere, aut potius luere à creditore qui nullum alium reperire possit emptorem, præter id quod remissio seruitutis ea potius dicenda esset, quàm venditio, cum rem suam emere nemo possit, *leg. sue rei 16. Digest. de contrah. empt.* multo minus debitam à prædio suo seruiente. Quod si ponas, vltra ædes tuas, quibus debetur ea seruitus altius non tollendi, contiguas esse ædes Sempronij, cui tu eam posses vèdere, perinde ac mihi: dicam similiter non magis separandum esse vt velit ille emere seruitutem, cuius comodum percipiat etiam citra emptionem, præsertim quia etiam vbi eam emisset, tamen esset in potestate mea & tua altius tollendo ædes nostras, siue vtraque, siue alterutras, facere vt nihil iam tua interesset, an vicinus ille meus suas altius tolleret, necne. Nisi etiam adderes impositam & meis, & tuis ædibus, seruitutem altius non tollendi. In quo tamen non video quænam possit esse tua vtilitas in vendenda ea seruitute, cuius non aliter emptorem reperire possis, quam propriis quoque tuis ædibus seruitutem imponeres. Illud tamen explicatione dignum est, quam rationem habeat quod toties diximus, interpositum prædium liberum non obstare quominus vrbana seruitus constituitur, cum tamen obstet in seruitutibus rusticis constituendis. Puto autem diuersitatis huius rationem petendam ex eo esse quod alibi docuimus, vrbana seruitutum ius & vsum pendere ex statu ipso prædij seruientis, & dominantis: rusticarum verò ex facto hominis, cuius est prædium cui seruitus debetur, *l. hæc au- tem 6. de seru. vrb. præd.* Inde namque fit vt non possis mihi constituere seruitutem itineris per tuum fundum ad meum, si interpositum sit prædium Titij quod meo non seruiat, quia nullus mihi vsum esse possit eius seruitutis, nisi eundo per tuum fundum ad meum, ad quem tamen ire non possum iure meo, quin ius habeam eundi per fundum quoque Titianum: quod ius non habeo, nec habere possum nisi constituta etiam per Titium seruitute. At cum agitur de seruitute vrbana, puta altius non tollendi quàm ædes tuæ debeant meis, licet interpositæ sint ædes Titij, non eo minus tamen vtor seruitute, & quidem iure meo, ac inuito etiam Titio, quandiu ille non tollit altius ædes suas, dummodò tuæ in conspectu mearum sint, quia vsum talis seruitutis non exigit vt quid faciam, aut facere possim in ædibus Titij, sed tantum ne quid ille faciat quod vsum seruitutis impediatur. Itaque si ædes suas velit altius tollere, atque ita facere ne amplius ædes tuæ in conspectu mearum sint, poterit quidem pro suo iure id facere, & assequi si per longum tempus ædes suas altius sublatas habuerit, vt hoc ipso amiserim seruitutem à tuis ædibus debitam meis, scilicet non vtendo: sed ea res non impedit, quominus etiam inuito eo inter nos ea seruitus constituitur, tamdiu nimirum futura vtilis, quandiu ille suas ædes altius non sustulerit, aut etiam si sustulerit, dummodò ante completum id tempus quo seruitutes non vtendo amittuntur, sublatas habere desierit, *d. l. loci corpus. §. vlt. l. 5. & 6. in pr. si seru. vind.* † At rursus ille scrupulus adhuc tollendus superest, cur non ergo seruitutum rusticarum saltem & constituendarum locatio permittatur sit, sicut & oppignatio, non quidem ex iuris ratione, quæ non magis oppignationem patitur, quàm

locationem, vt supra diximus, sed ex contrahentium vtilitate. Neque enim dubitandum arbitror, quin quod scriptum est in *Locare. 44. ff. locat.* seruitutem locari non posse, generaliter accipi debeat non solum de seruitutibus omnibus, sed etiam ita vt earum locatio non magis ex vtilitate contrahentium, quam ex iurisdictione defendatur. Verum facilis responsio est, locationem nullam fieri nisi eius rei quæ iam sit, & cuius proprietate ad eoque possessio remanere debeat penes locatorem. Nec quemadmodum necessitas plerumque exigit, vt seruitus rustica vel pignori vel precario constituitur, ita potest vnquam necessarium videri vt seruitus locetur cum vtilitatem aliquam adferre non possit locatio, quam non facilius & commodius possit quis sibi comparare emendo seruitutem ad tempus, postquam placuit tales seruitutis constitutiones ad tempus factas defendi à prætore. † At vt possint seruitutes etiam vrbanae precario constitui, vtilitas contrahentium facit, ne alioqui nulla superfit ratio adquirendæ sibi gratitudine in tempus aliquod seruitutis. Nec enim posset constitui seruitus aliqua titulo commodati, magis quam titulo locati. Eadem ratione, quia nec commodari potest id quod nondum est, Item quod commodatum vel locatum fuit, restituendum tandem est finito tempore locationis vel commodati. Nihil autem esset quod posset restituere is cui seruitus vel locata fuisset, vel commodata. Quod in precario diuersum est, de cuius natura non est, vt reddi debeat, sed tantum vt finiri, & quidem ad nutum concedentis, vnde est quod in iuribus quoque potest consistere, *l. 2. §. vlt. ff. de precar.* in quibus tamen nec locatio posset consistere, nec commodatum. † Quod autem ad pignus attinet, ea ratio vtilitatis suadet, vt permittenda sit oppignatio seruitutum rusticarum, quæ per ipsam pignoris conuentionem tum primum constituitur, quod facile possit euenire, vt quis creditorem querens nullum inueniat sine pignore, nec tamen aliud onus commodè dare possit, quàm seruitutis, cuius constitutionem titulo pignoris facere non recuset, spe futuræ aliquando luitationis, quam tamen per venditionem puram & in perpetuum constituere nolle: sicut & facile possit contingere, vt reperiatur qui velit talem seruitutem pignori accipere, vt liceat sibi vendere illam vicino, si ad certam diem pecunia non soluat, qui tamen eam pro se empturus non esset, fortassis ea non indigens, & sciens futurum vt quæsitam prædio suo seruitutem alij postea quantumuis vicino vendere sine prædio non posset. Denique in iis omnibus quæ contra rationem iuris ex sola contrahentium vtilitate admittit legislator, perpetuo solet obseruare, vt nihil admittatur, nisi quatenus necessitas & libertas commercij exigit, ne priuentur ciues eo commodò, quod ex rebus suis percipere alia iusta & licita ratione non possunt, vt à iuris regulis, quàm minimum fieri potest, recedatur.

CAPVT VIII.

De oppignatione vsusfructus, vsum, & habitationis. Et ad l. ff. de vsufr. legat.

SVMARIA.

- 1 Cur vsusfructus magis quam cetera seruitutes oppignari possit?
- 2 Aliter vsusfructum, aliter rusticas seruitutes oppignari.
- 3 Vsum sicuti nec locari, nec vendi ita nec pignori posse, habitationem verò posse.
- 4 Pignus seruitutis rusticæ non aliter valere quam si eo creditor

creditor vtatur, in ceteris vero pignoribus credito- rem pignore vti non posse quin sursum faciat.

5 Ratio diuersitatis.

6 Rejellitur ratio ab Interpretibus allata, ob quam seruitutum oppignationem ipso iure valere non putant.

7 Seruitutes in bonis nostris esse.

8 Explicatur l. ff. de vsufr. leg.

Pignare † cum iis, quæ diximus, maxime videtur, quod scriptum est in *d. l. si is qui. u. §. vsusfructus ff. de pign. vsumfructum posse dari pignori & hypothecæ, cum vsusfructus sit seruitus, & consequenter in iure consistat, vt ceteræ omnes seruitutes, nec proinde magis quam ceteræ oppignerari posse videatur. Sed dissimilis ratio est vsusfructus, & ceterarum seruitutum, quæ prædiorum appellantur, non in hoc tantum quod personalis seruitus est, illæ verò reales & prædiales, sed in eo etiam quod vsusfructus, licet in iure consistat, non in corpore, nec in parte dominij, tamen omne rei commodum & emolumentum continet, *l. Manus. 66. §. fundo. l. cum filius. 76. §. dominus de leg. 2.* ideoque omnem vtilitatem, quæcumque ex re fructuaria colligi potest, fructuario adferre debet. Atqui fructus rei est vel pignori dare licere, *l. vlt. ff. de vsufr.* Quidni ergo ei licere debeat dare pignori non tantum vsumfructum, cuius ipse pleno iure dominus est, sed etiam rem ipsam, cuius ille non nisi fructuarius est? Hactenus nimirum vt valeat pignus, quandiu durabit vsusfructus *d. l. vlt.* Alioqui certum est proprietatem à fructuario in perpetuum obligari non posse, *l. inter- est. 6. C. de vsufr.* † Sed & obseruandum illud est, alio sèu nos admittere oppignationem vsusfructus, quàm admittimus seruitutum rusticarum. Has enim ita demum oppignerari patimur si pignoris iure constituantur, non si iam antè fuerint constitutæ. Vsusfructus verò etiã qui iam fuerit constitutus oppignerari potest, quia in eo nulla fit iniuria domino proprietatis, non magis quam si venditus aut locatus esset, quippe qui semper æstimetur ex persona fructuarij, vt eo moriente, vel capite minuto finiatur: quod in seruitutibus rusticorum prædiorum diuersum est, quæ si à domino prædij dominantis in alium transferri possent sine prædio, alia essent seruitutes, nouaque iura prædiorum quibus acquirerentur, ideoque manerent iis in perpetuum acquisitæ. Nec eo minus tamen admittimus, posse vsusfructum sicut & seruitutes rusticas constitui iure pignoris, adeoque quod magis est ex ipsa etiam iuris ratione, quia vsusfructus in eo differt à seruitutibus realibus, quod & ex tempore, & ad tempus constitui potest, *l. 4. ff. de vsufr. l. & puto. 16. vsufr. ff. famil. ercisc.* quia non quæ ratio impedit ne seruitutes prædiorum ad tempus constitui possint, nempe quoniam sunt iura prædiorum, eadem locum habet in vsusfructu, quippe qui ius quidem est, sed personæ, non prædij. † Alia vrbana ratio est, quia sicuti locare vsum non potest, nec vendere, ita neque pignori dare, cum id ad fructus magis quam ad vsum causam pertineat, *d. l. vlt. De vsufr.* vrbanius verò vsum duntaxat habere debeat, non etiã fructum. At in legatario habitationis postquam placuit Iustiniano vt possit habitationem locare, in *l. cum antiquitas. 13. C. de vsufr.* facile etiam illud admitti potest, vt pignori habitatio dari possit, & hac parte vt & in alijs plerisque vsusfructui magis quam vsui soli comparetur. † Sed hoc est valde singulare in seruitutum rusticarum oppignatione, quod vtilitatis causa receptum esse diximus, vt necesse sit pignus illud ita constitui, vt eo vti creditor possit, adeo vt nec aliter valiturum sit, quàm si conuenerit vt iis seruitutibus rusticis iure pignoris constitutis vti creditor possit, *l.**

sed an via *12. ff. de pign.* Cum tamen in ceteris pignoribus regulare sit, vt pignore creditor vti non possit quin sursum faciat, *l. si pignore 54. De surr.* sicut & qui vtiur deposito, aut etiam commodato in alios vsus, aut in alio tempore, *§. sursum. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* † Ratio autem diuersitatis est, quia non posset valere pignus quod non posset vendi: nec vendi, quod non posset tradi: cum venditor quilibet teneatur ad tradendum, *l. 1. ex empto 11. §. 1. ff. de act. empr.* neque rursum tradi quod non possideretur à creditore, siquidem traditio nihil aliud est quàm datio & translatio possessionis, *l. 3. in pr. eod.* Ob eamque causam si non pignus contractum sit, quod non contrahitur nisi per traditionem, sed tantum hypotheca, quæ contrahitur nudo pacto, non prius potest creditor hypothecam vendere, quàm egerit hypothecaria siue contra debitorem ipsum, siue contra quemlibet alium possessorem, ad auocandam scilicet possessionem, *l. si cum venditor 66. ff. de emitt. l. debitor 5. l. vlt. & pass. C. de remiss. pign. l. qui prædium 3. C. de distract. pign.* Ac nec rursus posset creditor seruitutem sibi iure pignoris constitutam possidere, quin prius ei esset tradita aut quali tradita per debitorem: qui porro non aliter eam quasi tradere potest, quàm si patiatur creditorem ea seruitute vti, *l. 1. in fin. De seru. rusi. præd.* aut, quod effectum id est, quàm cauerit per se non futurum quominus creditor ea seruitute vtatur, *l. vlt. ff. de seru. 13. §. si uer. de act. empr.* Consequens igitur est, vt non aliter valeat pignus seruitutis, quàm si eo pignore creditor vtatur, vel ob id etiam ne alioqui videatur data pignori res, quæ non sit. Nec enim seruitus quæ nunc primum constituitur, & qua nemo adhuc vsum fuerit, vlla esse intelligitur priusquam seruitute quis vtatur, an vti possit. † Apparet verò ex iis quæ hoc capite diximus, quàm stulta sit ratio illa quæ adferre nostri solent, quoties quarunt, Cur non valeat ipso iure oppignatio seruitutis: Rationem enim aliam non adferunt, quàm quia seruitutes neque in bonis nostris sunt, neque extra bona, *l. 1. ff. de vsufr. leg. pignus a. non aliarum rerum valere possit.* quàm quæ sunt in bonis nostris, *l. que prædij. C. t. r. C. si alien. res pig. dai. sit.* Ita namque post Azonem ratiocinatur Accursius ad *d. l. si is qui 11. §. vlt. ff. de pign.* Quæ ratiocinatio si recta esset, quæro cur vsusfructum potius quam alias seruitutes oppignerari leges permittant. Nam nec nisi de vsusfructu loquitur *d. l. 1. de vsufr. leg.* ex qua desumunt illi propositionem istam, Seruitutes neque in bonis nostris, neque extra bona esse. † Quidni verò sunt in bonis nostris, cum earum nomine & actiones competant, & exceptiones & interdicta tot. tit. ff. si seru. vind. vel ad alium pertin. neget. Et tit. De in. act. que priuat. Siquidem solemus dicere, & verissimum est, eam demum rem in nobis nostris esse, cuius nomine & actionem habemus ad eam consequendam, & exceptionem ad retinendam, *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* † Neque verò existimandum est aliter Paulum sensisse in *d. l. 1. de vsufr. leg.* vbi quod scripsit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit, non ad vsusfructum, aut ad seruitutem simpliciter referendum est, sed ad vsusfructum itineris, de quo ibi agitur, & ad seruitutem seruitutis que per rerum naturam nulla esse potest, quia & secundum philosophos accidens accidentis non est: Non entis autem nullæ sunt qualitates, vt proinde id quod neque natura neque iure subsistit, nec in bonis nostris, nec extra bona nostra esse possit. Planè quod sequitur in *d. l. 1. ab illis verbis, sed incerti actio,* vsque ad finem legis Triboniani omnino est, non Pauli cum abhorreat euidenter à iuris ratione, vt alio loco ostendemus.

De vsucapione & longa quasi possessione seruitutum.

SVMARIA.

1. Cur seruitutes prædiorum siue urbanorum siue rusticorum vsucapi non possint?
2. Specialiori ratione rusticarum seruitutum vsucapionem impediri.
3. Urbanarum seruitutum quasi possessionem continuam, rusticarum vero interruptam esse.
4. Alia differentia inter urbanas & rusticas ad earum amissionem pertinens.
5. Non posse seruitutem urbanam prædio dominantis debitam amitti, quin seruitus ei contraria à domino prædij seruientis statim acquiratur.
6. Explicatur §. vlt. l. 4. ff. de vsucap.
7. Contrariam illam seruitutem que per libertatis vsucapionem acquiritur odiosam non esse, eiusque vsucapionem permittendam esse.
8. Lege Scribonia vsucapionem seruitutis odiosa, non etiam eius que favorabilis est sublatam esse.
9. Quomodo libertas seruitutis urbanæ vsucapi possit?
10. Seruitutes licet vsucapi non possint, pro iure constitutis haberi, si forte earum vetustas tanta sit vt memoriam hominum excedat.
11. An illi iuris loci qui de seruitute longo tempore acquirenda tractant, de decennio vel vicennio, an vero de tempore immemoriali accipiendi sint.
12. Corrasij hac parte distinctio inter iuris rationem, & æquitatem siue publicam utilitatem resellitur.
13. Refutatur alia Interpretum distinctio inter seruitutes continuas & discontinuas.
14. Pleraque seruitutes urbanas quasi possessionem continuam non habere.
15. Omnes seruitutes tam urbanas quam rusticas causam perpetuam habere debere, ubi quid sit causa perpetua docetur.
16. Aqueductus seruitutem, licet discontinua sit, longo tempore & sine titulo acquiri posse.
17. Nullam aliam speciem seruitutis vsucapi posse, quam eam que in consequentiam vsucapitæ libertatis necessario acquiratur.

3. Seruitutes prædiorum, siue urbanorum, siue rusticorum vsucapi non posse notissimum est, leg. seruitutes 14. ff. de seru. ratione illa omnibus cõmuni, quod seruitutum omnium natura ea sit, vt considerari non possint, cum sint incorporales, leg. si aedes meæ 32. §. 1. urban. prædior. Certum enim est sine possessione nullam esse vsucapionem, l. sine possessione 25. ff. de vsuc. In seruitutibus tamen rusticis alia specialior ratio est que impedit vsucapionem, nimirum quod tales illæ sunt vt non habeant certam & continuam possessionem. Nemo siquidẽ tam perpetuo & tam continenter ire agere potest, vt nullo momento eius possessio interpellari videatur, d. l. seruitutes. Atqui ad vsucapionem non tantum necessaria est possessio, sed illud etiam, vt possessio sit continua. Ergo quod sequitur in d. l. seruitutes, idem & in seruitutibus prædiorum urbanorum obseruari, quod scriptum fuit in seruitutibus prædiorum rusticorum, non sic accipiendum sit, quasi nulla sit hac parte inter seruitutes urbanas & rusticas differentia, quod ad continuam earum possessionem, sed tantum vt non magis urbanæ, quam rusticæ vsucapiantur. Cæterum urbanarum seruitutum quasi possessio continua est, non vt rusticarum, interrupta, quia rusticæ æstimantur ex hominis facto, quod

continuum esse numquam potest: urbana verò ex prædij seruientis statu, qui suapte natura semper idem manet, quamdiu vel ab homine, vel ipsa temporis vetustate non immutatur. Itaque qui habet, exempli causa, seruitutem tigni immittendi, licet non nisi semel tignum immiserit in aedes vicini, semper tamen seruitute vtitur, tum quoque cum dormit, nec solum quando tignum immisissum manet, sed etiam exemptum sit, dummodò non sit obturatum foramen in quod fuerat immisissum, l. hoc autem 6. de seru. urbanor. prædior. In vbi Caius aliam ex hoc differentiam infert inter seruitutes urbanas & rusticas: nempe quod rustica solo non vsu percunt & amittuntur: urbana verò non aliter quam si dominus prædij seruientis aliquid in suo prædio fecerit contra seruitutem, quæ debebatur, quod videri potest acquisisse prædio suo libertatem: puta in seruitute tigni immittendi, si foramen ex quo tignum exemptum est, obturauerit: aut in seruitute altius tollendi, si aedes suas quæ seruebant altius sublatas per statutum tempus habuerit. Quoniam alioqui nihil esset ex quo possit dici dominum prædij dominantis non esse vniuersam seruitutem, cum non prius incipiat non vt, quam à vniuersa quæ factum sit per quod vt prohibeatur. Ex qua differentia rursus illa nascitur, quod non potest amitti seruitus urbana quæ debebatur prædio dominantis, quin hoc ipso dominus prædij seruientis vsucapiendo libertatem suarum aedium, acquirat iis seruitutem contrariam ei quæ amissa fuit, hoc est, negatiuam, si amissa fuit affirmatiua, & contraria. Exemplum esto in eo cuius aedes debebant seruitutem altius tollendi. Nã si aedes suas altius sublatas habuerit, per statutum tempus, quod olim erat biennij, hodie decennij, aut vincennij, non tantum dicitur vsucapisse libertatem suarum aedium, d. l. si aedes 32. §. libertas. de seru. urb. præd. sed etiam hoc ipso acquisisse seruitutem altius tollendi, non per quam cogat vicinum altius tollere (nulla enim talis seruitus prodita est, l. quoties. §. 1. de seru.) sed vt habeat ius aedes suas altius tollendi inuito etiam vicino, cum antea prohibente seruitute id facere non posset. Atque ita cum deberent ipsius aedes seruitutem negatiuam, acquisiuit iisdem seruitutem affirmatiuam. Et hoc est, vt puto, quod ait l. 4. §. vlt. de vsuc. libertatem seruitutum vsucapi posse, nec prohiberi vsucapionem per legem Scriboniam, aut, vt alij malunt, Voconiam, quæ vetabat ne seruitutes vsucaperentur. Id enim pertinebat ad eas seruitutes quas aliquis sibi per vsucapionem acquireret, ac tum primò constituere vellet. Quæ vsucapio inhibenda fuit fauore libertatis naturalis omnium rerum, quam conseruari publicè intere, perinde ac ipsam hominum libertatem, nisi quatenus iure constituta seruitus reperiretur. At hæc eadẽ ratio facere debuit, vt libertas seruitutum vsucapi tanto facilius posset, cum per talem vsucapionem nihil noui fiat cum ad pristinam libertatem, statimque naturalẽ res reuocatur. Nec pugnat, quod proximè diximus, vsucapi non posse libertatem seruitutis urbanæ: quin hoc ipso seruitus priori contraria vsucapiatur, lege autẽ Scribonia sublatam esse vsucapionem seruitutis. Illa. n. seruitus contraria, quæ per vsucapionem libertatis acquiratur, non est talis seruitus, quæ videri debeat odiosa, & cuius vsucapionem oportuerit eã ob causam lege Scribonia inhiberi, cum ea nihil aliud inducat, quã vt dominus prædij ante seruientis possit liberè vti fundo suo, ac si nunquam seruitutem debuisset, nisi quod hoc ipsum ius vtendi liberè fundo suo, seruitus hodiè est, quod non esset seruitus si contraria nulla præcessisset. Igitur quod scriptum est in d. l. 4. §.

d. l. 4. §. vlt. sublatam lege Scribonia vsucapionem per quã seruitus constituitur, intelligi debet de ea seruitute quæ sit odiosa, & contra naturalem prædij libertatem, non de illa quæ sit e contrario favorabilis, & restitutam prædij libertatem necessario concomitetur. At difficihus illud videtur, quomodo possit vsucapi libertas, cum ea non minus quàm seruitus, sit quid incorporale, & quod possideri non potest. Verum ad hanc dubitationem respondet Iulianus in d. §. libertas, naturam seruitutum etiam urbanarum eam esse, vt quamuis possideri non possint, tamen intelligatur earum possessionem habere is qui aedes possidet, indeque fieri vt is, qui aedes possidebat quæ debebant seruitutem altius tollendi, eam libertatem seruitutis vsucapere cõperit, & iam altius edificatũ habere, deinde ante statutum tempus desierit eas possidere, interpellata sit vsucapio, sitque ei necesse qui postea easdem aedes possidere cõperit, vt integro statuto tempore eas possideat, ad libertatem vsucapiendam. Ex quo apparet, quoties de libertatis vsucapione tractamus, non nisi de libertate seruitutis urbanæ nos intelligere. Nã seruitutis rusticæ libertas vsucapi nunquã potest, cum acquiratur, vt diximus solo non vsu domini prædij dominantis. Quamquã autẽ seruitutes vsucapi non possint, neque per longi temporis possessionem acquiri, tamen pro iure constitutis habentur, si forte earum vetustas tanta sit vt memoriam hominum excedat, l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & est. vbi scriptum est, ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum excesserit, haberi loco eius qui iure sit constitutus. Quod etiam pertinet, quod scriptum est in l. 1. §. vlt. ff. de aqua & aqua plu. arcend. quotiescunque seruitus non inuenitur imposita, eum qui diu illa vsus sit, neque vi, neque clam neque precario videri habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam seruitutem, vt intelligimus nihil referre an ex iure, an ex consuetudine seruitus imposita sit, quoniam longa consuetudo ius est, & ideo non minus habilis quàm conuentio aut legatum ad imponendas & constituendas seruitutes, quæ sunt iura. Vnde & Paulus noiter in l. 2. in pr. in d. in. inter tria esse in summa per quæ locus vnus seruiat alteri, Conuentionem partium, Naturam loci, puta si fundus vnus sit superior, alius inferior (semper enim qui inferior est, naturaliter seruit superioris d. l. §. sed est vicinus. & d. §. vlt.) & deniq. vetustatem, quæ, inquit, semper pro lege habetur, minucendarum scilicet licium causa. Et si non parua dubitatio est, an iis locis dicatur ille diu vsus seruitute, qui vsus est per longum duntaxat tempus, id est per decennium inter presentes & vicennium inter absentes, An verò debeat vterque locus intelligi de eo casu quo veritas vsus seruitutis hominum memoriam excesserit ex d. l. 3. §. ductus aquæ. Eademque dubitatio cadit in responsum Scæuolæ, de quo in l. vlt. de aqua & aqua plu. arcen. vbi ait, tolerare illos, qui iuri dicundo præsumunt, tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetulstaret, tamen si ius non probaretur. Facit verò dubitationem, quod Vlpianus scribit, in l. si quis diu in no. 10. ff. si seruit. vindic. Si quis diu in no. vlt. & longa quasi possessione ius aquæ ducende nactus sit, non esse ei necesse docere de iure quo aqua constituta sit, veluti ex legato vel alio modo, sed habere illũ vtilem actionem, si ostendat per annos fortè tot vsũ se non vi, non clam, non precario. Illa namque verba per annos fortè tot, non obscure præ se ferunt significari tempus certum, & quod sit longè breuius, quàm quod immemorabile vocat, cui etiam conuenit quod scriptum est in l. 1. C. de seru. & aqua. longi temporis consue-

tudinem seruitutis vicem obtinere, si modo is qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possederit: & in l. 1. 2. C. cod. aperte scriptum est. Si quis per fundum vicini eo sciente aquam duxerit acquisisse eum seruitutem tempore, exemplo rerum immobilium. Quæ verba excludunt omnino tempus illud cuius memoria non extet, quippe quod nec longum vnquam appellatur, cum sit plurimum longissimum, neque ad vsucapionem, aut præscriptionem rerum immobilium tale vnquam requiratur: præter id quod fieri nequit, vt immemorabile sit tempus illud quo quis aquam duxerit, non magis quàm vt per immemorabile tempus quis vixerit. Accedit quod Paulus in l. foramen 28. de seru. urb. prædior. ait non posse acquiri tempore seruitutem, si foramen sit in imo pariete conclauis, vel trichinij, quod esset proluendi pavimenti causa, quod id neque flumen, neque alia seruitus esse possit: Ita innuens, fore vt tempore posset acquiri, si tale quid esset quod posset esse seruitus. Scio placuisse Ioan. Corrasio separandam hac parte rationem iuris ab æquitate, & publica utilitate, vt ex ratione iuris non possit seruitus acquiri tempore præsertim post legem Scriboniam quæ fusuisset earum vsucapionem d. l. 4. §. vlt. de vsucap. iuncta d. l. seruitutes 14. de seru. sed tamen propter utilitatem publicam receptum tandem fuisse, vt vsucapi possent quauis earum natura repugnaret, quod incorporales essent, nec possideri possent. Sed contra sententiam hanc multa videntur. Primum quod nulla lex est quæ dicat posse vsucapi seruitutes, sed tantum posse tempore acquiri, quod longè diuersum est. Nam & ea tempore olim acquirerebantur, quamuis vsucapi non possent. Longius siquidem tempus exigebat longi temporis præscriptio, quàm vsucapio, & facilius interrompebatur, nimirum superueniente mala fide, quia minus favorabilis erat, quod non tam expressa lege, vt vsucapio, quàm moribus esset introducta. Deinde quia leges quæ probant tempore acquiri posse seruitutem, non magis publica utilitate, quàm ratione iuris nituntur, vt proinde distinctio illa planè commentitia esse videatur. Adde, quod neque dubitationem nostram tollit, quæ potissimum in illo est, An ad acquirendas tempore seruitutes necessarium sit tempus immemorabile, an sufficiat decennale inter presentes, vicennale inter absentes. Nam & cum quid diu factum esse Iureconsulti dicunt, vt plurimum intelligunt de decennio, vt in l. si cum fidei commissis 16. §. Aristo. D. qui & a quib. manum. Itaque magis cõmuniter probata est ab interpretibus nostris distinctio illa, quæ fuit veterum, an agatur de continua, an de discontinua seruitute. Ita enim solent illi seruitutes distinguere, vt alie sint continuæ, alie discontinuæ. Continuas appellant eas quæ habent causam continuam, eiusmodi volunt esse seruitutes urbanorum prædiorum: discontinuas verò, quæ habent causam discontinuam & interruptam, vt seruitutes rusticorum, ex d. l. seruitutes 14. de seru. & d. l. foramen 28. urban. præd. Vblunt autem continuas posse acquiri longo tempore ex d. l. foramen. & l. 1. C. de seru. Discontinuas verò non nisi eo tempore quod hominum memoriam excedat, ex d. l. 3. §. ductus aquæ. de aqua quotid. & est. & d. l. vlt. de aqua & aqua plu. arcend. atque ita esse accipiendam l. si quis diu in no. 10. D. de seru. vindic. Ego verò hanc distinctionem semper commentitiam esse existimaui. Inaudita enim sunt prudentibus nostris nomina ista continuarum, & discontinuarum seruitutum, & pleræque sunt seruitutes, etiam urbanorum prædiorum, quæ quasi possessionem continuam non habent, vt seruitus stillicidij immittendi,

immittendi, vel auertendi, seruitus fluminis, id est, foramen per quod fluat aqua de caelo cadens, unde aqua non magis assidue cadere potest, quam illud fieri, vt assidue quis vtatur seruitute aquæ ductus. † Neq. verò ita loquitur Paulus in *d. l. foramen*, vt dicat seruitutes omnes prædiorum aut quasdam debere causam habere continuam, sed ait omnes omnino seruitutes debere causam habere perpetuam, quod planè aliud est. Causa enim perpetua dicitur, quæ est naturalis, licet non habeat effectum continuum, & nunquam interruptum, quia, vt lex ait, quod ex naturali causa fit, licet non assidue fiat, perpetuò tamen fieri intelligitur, nempe, quia perpetuò fieri posset, si rerù utilitas, & natura id exigeret. Proinde non sunt hac parte separandæ seruitutes rusticæ ab urbanis, vt ex eo intelligamus, quod in eadem *l. foramen*, Paulus loquitur, etiam de aquæ ductu, quam tamen nemo negauerit esse rusticam seruitutem. Et huius propositionis ratio illa est, quia seruitutes nihil aliud sunt, quam iura prædiorum, iura verò prædiorum nihil aliud quam ipsa prædia qualiter se habentia, *leg. quid aliud 86. de verb. signif.* Atqui prædia ipsa sicut naturaliter, ita perpetuò sunt prædia, ergo & iura prædiorum perpetua est necesse est, & consequenter causam habere naturalem, vt possint esse perpetua. Ex quo infert Paulus in *d. l. foramen*, non posse aquæ ductum constitui ex stagno, quod scilicet in plano continetur, neque ex lacu, qui nõ sit viuus & perpetuus, qualis ille est, de quo in *l. via 23. §. 1. iust. præd.* sed qui melius dici posset lacuna viuam aquam non habens, quia talis lacus post constitutam aquæ ductus seruitutem, fortasse cito areficeret, atque ita perpetua seruitus esse non posset: ideoque nec ex cisterna eadem seruitus constitui potest, quia non habet perpetuam causam, nec viuam aquam, *l. i. §. hoc interdictum. de cisterna. D. de font. nec rursus ex puteo possis seruitutem hausit imponere, nisi habeat aquam perennem l. i. §. loquitur 5. de aqua quotid. & est. †* Dein se facit contra interpretum sententiam, quod seruitus aquæ ductus est ex earum numero, quas illi discontinuas vocant, cum fieri nequeat, vt assidue & continenter aqua ducatur, neque rursus id etiam prædiis, quibus talis seruitus debetur, expediat. Et tamen seruitutem aquæ ductus acquiri posse longo tempore exemplo rerù immobilium, adeoque quod magis est, sine titulo aperte scriptum est in *d. l. 2. C. de seruit. & d. l. si quis diuturno 10. D. si seruit. vindic.* Alia igitur conciliatio querenda est, & illud primùm quidem iudicio meo animaduertendum, nullo iuris loco scriptum esse, † Vtucapi speciem vllam seruitutis, præter eam quæ vtucapitur necessario in consequentiam vtucapitæ libertatis, si qua seruitus antea debebatur. Et vero cum ius vtucapionis inductum sit lege duodecim tabularum iis verbis, *Vsus auortus fundi biennium esto, ceterarum rerum vsus annuus esto*, nemo vtique dixerit seruitutes quæ iura sunt, & incorporales, fundi appellatione contineri, quæ inuis fundo adhæreant *dict. l. seruitutes 4. D. de seruit.* multo minus appellatione rerum mobilium, cum adhæreant rebus immobilibus. adeo, vt ab iis separari non possint, non magis quàm vnum & idem prædium censeret iure rei mobilis, quod ad aliquas; & iure rei immobilis, quod ad alia, *l. eum qui ades 23. de vsucap.* sed & in lege 12. tabul. vsus nihil aliud significat quàm possessionem, eamque continuam, *l. 3. & l. sine possessione 25. D. de vsucap.* Atqui seruitutes possideri non possunt: ergo neq. vtucapi, vt initio capitis diximus, & scriptum est in *dict. l. seruitutes. & l. 4. de vsucap.* quomodo etiam scriptum fuisse opinor in *leg. si aliena 10. §. hoc iure eodem*

vbi tamen Tribonianus more suo reposuit *longo tempore capi*, pro eo quod Iurisconsultus scripserat, *vtucapi*. Et si loquitur ibi I. C. de seruitutibus alieno fundo debitis, nos de iis quas quis prædio suo debitas esse dicit. In eo igitur tota quæstio versatur, quid illud sit quod tot aliis iuris locis scriptum est, posse acquiri tempore seruitutes. Rursus cur tempus illud exigatur aliquando tantum, vt hominum memoriam excedat, aliquando verò contenta sit lex, vt fuerit breuius, quale est tempus quod longum appellatur *tot. tit. C. de long. temp. præsc.* De quibus omnibus quid nos sentiamus post aliorum sententias & distinct. confutatas dicendum nobis est c. seq.

CAPVT X.

De differentiis vtucapionis & præscriptionis longi temporis, maximè in acquirenda seruitute: & ad l. si quis diuturno. 10. ff. si seruit. vindicet.

SVMARIA.

1. *Quinque præcipua inter vtucapionem & longi temporis præscriptionem differentia notantur.*
2. *Eum qui longi temporis præscriptione tutus erat, si rei acquisita possessionem amisisset, rei vindicationem ad rem illam recuperandam habere non potuisse.*
3. *Longi temporis præscriptionem vtucapioni quodammodo subsidiariam fuisse, tam quoad res prouinciales quam ad seruitutes.*
4. *Seruitutes immobilium exemplo, sed tamen longè aliis conditionibus & legibus longo tempore præscribi seu acquiri posse.*
5. *Res immobilis etiam ignorante & absente domino præscribi, seruitutes non nisi sciente vicino longo tempore non posse.*
6. *Ad acquirendam longo tempore seruitutem hoc quoque requirit, vt quis ea tanquam iure suo, & credens sibi debitam vsus sit.*
7. *Cur ad seruitutis præscriptionem præcedens titulus non requiratur, ad immobilium verò præscriptionem necessarius sit?*
8. *Pro seruitute per longi temporis possessionem acquisita non minus quam pro seruitute iure legitimo constituta aduersus dominum fundi seruitutis actionem in rem competere.*
9. *Cur in seruitutis præscriptione scientia & patientia domini fundi seruitutis requiratur, in immobilium præscriptione non requiratur?*
10. *Quid hac parte à Iustiano immutatum fuerit?*
11. *Ratio dubitandi in §. 1. l. si quis diuturno ff. si seruit. vindic.*

Existimo in propofita quæstione de seruitutibus tempore acquirendis, & in aliis plerisque, separandam esse vtucapionem à longi temporis præscriptione, & quamuis seruitus nulla vtucapi possit, quæ admodum superiore capite probauimus, Omnes tamen seruitutes tã urbanas quàm rusticas longo tempore acquiri posse. † Fuerunt enim plures olim differentia inter vtucapionem, & longi temporis præscriptionem, inter quas hæ potissimum: prima quòd ius vtucapionis Italico solo concludebatur, ius verò præscriptionis longi temporis, ad regiones quæ extra Italiam essent populo Romano subiectæ, pertinebat, *l. vnic. C. de transform. vsucap. §. 1. Institut. de vsucap.* Secunda, quòd vtucapio rerum mobilium anno vno, immobilium biennio cõplebatur: præscriptio verò longi temporis quantum ad res quidem mobiles annum similitè exigebat,

exigebat, sed quantum ad immobiles, decennium inter præsentem & vicennium inter absentes *d. §. primo de vsucap.* Tertia quòd per vtucapionem dominium acquirebatur, & quidem absolutum, id est, quiritariũ, vt constat ex definitione ipsa vtucapionis posita in *l. 3. D. eod.* At per longi temporis possessionem non acquirebatur dominium, sed præscriptio tantum, id est, exceptio. Vnde & longi temporis præscriptio appellabatur. Quid enim aliud est Latinis & prudentibus nostris præscribere, quàm excipere: *tot. tit. de except. præscr. & præiud. & de diuers. tempor. præsc. & C. de præscr. long. temp.* † Quare nec vindicationem habere poterat is, qui longi temporis præscriptione tutus erat, si forte rei possessionem amisisset, sed cogebatur experiri interdictis recuperandæ possessionis, vt possessori factus, si postea rem ab eo dominus vindicaret, tueri se posset longi temporis exceptione. Cuius iuris licet antiquatè à Iust. in *l. vnic. C. de vsur. transf.* vestigium tamen superest in *l. si duo. 13. §. Iulian. de iure. vbi scribitur*, eum qui post longi temporis possessionem inquietatus de fundi dominio iuravit aduersario deferente suum esse fundum, etiam vtilem actionem habere debere, scilicet in rem, qui vtique directam habere deberet etiam citra iusiurandum, si per longi temporis possessionem sicut per vtucapionem dominus factus esset. At non habet nisi vtilem, quia re vera dominus non est, eamque habet non propter longi temporis possessionem, aut præscriptionem, sed propter religionem iusiurandi, quod non tantum rei iudicata, sed etiam probationis vim habet *l. 1. & 2. l. eum qui. 30. & pass. 20. 11.* Quarta differentia erat, quod vtucapio non interruptebatur per superuenientem malam fidem, adeoque nec per litis contestationem, *l. si post acceptum. 8. & l. præc. §. fin. D. de rei vindic.* At longi temporis præscriptio non tantum ab initio bonam fidem exigebat, sed per totum possessionis tempus continuatam, *l. 1. & 2. l. nec bona fide. 10. C. de præscr. long. tempor.* Sed & in longi temporis præscriptione adhibebantur distinctiones quædam inter causam lucretiam & onerosam, minusque fauebatur possessori lucretiam duntaxat habenti quàm si onerosam haberet, præsertim cum quærebatur de accessione temporis quo possessoris autor possedisset, vt innuit Iustinianus in *l. super long. 11. eodem tit.* vbi tollit eiusmodi distinctiones, quibus certè nullus in vtucapione locus erat, quippe quæ esset tanto fauorabilior, quanto Italia dignior erat prouinciis, & lex duodecim dignior iure moribus tantum recepto. † Ex quibus apparet non solum differentiam olim fuisse inter vtucapionem & longi temporis præscriptionem, sed etiam, quod ad institutam à nobis disputationem magis pertinet, præscriptionem longi temporis fuisse quodammodo subsidiariam vtucapioni, vt quæ res vtucapi non possent, earum pleræq. tamen longi temporis præscriptione acquiri possent. In quo numero sicut erant res prouinciales, propter loci qualitatem quòd essent extra solum Italicum, ita & seruitutes propter qualitatem rei quòd essent incorporeales. Quanquam, n. longi temporis præscriptio non minus quàm vtucapio possessionem requirebat, cum tamen nulla lege esset introducta, sed tantum moribus, minuendarum litium causa, & ne manerent omnia in incerto, nihil vetabat acquiri tempore seruitutes, quamuis non possiderentur, quòd earum saltem quasi possessio aliqua siue ex emptorũ prædiorum possessione, siue ex vsu ipso intelligeretur. † Quare non sic loquimur, vt dicamus seruitutes longo tempore possideri potius quàm vtucapi potuisse, sed dicimus eas longo tempore acquiri, &, vt lo-

quuntur, præscribi potuisse, & quidem exemplo rerum immobilium, vt scriptum in *l. 2. C. de seru. & aq.* sed tamen longè aliis conditionibus, & legibus Res namq. immobiles ita demum longo tempore acquirebantur, si possessor habuisset bonam fidem, quam tamen non aliter habere poterat, quàm si titulum aliquem haberet suæ possessionis, puta si doceret rem sibi venditam, vel legatam, vel traditam à non domino fuisse. Nec enim sufficiebat, si putaret se habere titulum, si re vera nullum haberet, ne quidem in vtucapione, quamuis esset illa multo fauorabilior, vt iam diximus, *l. Celus. 27. de vsuc. l. si existimans pen. cod. alias l. pen. pro sol. l. 2. pro emp. l. 1. pro don. l. memo. 6. pro dereh. l. 2. & 3. pro legat. l. vlt. & pen. C. pro hered.* At seruitutes poterant longo tempore acquiri etiam sine titulo, in eoque melioris erant conditionis quam res quælibet immobiles, non quasi sint modici præiudicij, vt post Dynum & Bartolum vulgò creditum est (quid, n. grauius & intolerabilis, quàm fundum habere affectum seruitute?) † sed quoniam ex alia parte deterioris conditionis erant in eo quòd res immobiles poterant & vtucapi, & longo tempore acquiri etiam domino ignorante, nedum absente, ob eamque causam adhibebatur distinctio, non quidem in vtucapione, quia lex 12. tab. quæ vtucapionem induxerat, locuta fuerat indistinctè, sed in longi temporis præscriptione, an contra præsentem præscriptionis tempora cucurrissent, an contra absentem, vt contra præsentem sufficeret decennium, contra absentem verò vicennium requireretur. At seruitutes non poterant longo tempore acquiri nisi quis vsus iis esset sciente vicino contra quem volebat acquiras, *d. l. 2. C. de seru. & aqua.* Idque esse videtur, quod aliis locis scriptum est, eum qui dicit longo tempore à se quæsitam seruitutem probare debere, quòd ea vsus sit per tot annos non vi, non clam, non precario, *d. l. si quis diuturno, 10. ff. si seru. vmd. d. l. 1. §. vlt. De aqua & aquæ plu. arcen. l. vlt. de itin. act. que priu.* Vix, n. est vt quis vt potuerit seruitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea fuerit vsus, non solum sciente vicino, sed etiam patiente. Siquidem vi tacere dicitur quisquis aliquid facit prohibitus: clam verò, qui celato aduersario à quo controuersiam timuit, aut verisimiliter timere debuit, *l. 1. §. quid si vi. in l. 3. §. penult. & vlt. c. m. l. seq. ff. quod vi aut clam.* Precario autem qui precibus impetrauit à vicino, vt liceret sibi seruitute vt, vel alia realiena, *l. 2. §. vlt. l. 3. de prec.* A quo multum distat, qui re aliena vsus est, vel in ea quid fecit iure familiaritatis, *l. qui iure. 41. de acq. poss.* † Quanquam nec hoc sufficit ad acquirendam longo tempore seruitutem, vt si ea vsus aliquis sit non vi, non clam, non precario, nisi etiam illud cõcurrat vt sit vsus tanquam iure suo, & credens sibi debitam seruitutem. Alioqui non potest videri acquisiuit seruitutem is qui ea vsus est, ideo quod vt non prohiberetur, non vsurus tamen si prohiberetur, ne quidem ad causam interdicti, quamuis soleat illud concedi facilius quàm actio in rem, & vindicatio seruitutis, *d. l. vlt. ff. de itin. act. que priu.* vbi rationem Cels. reddit, quòd iure fundi possedisse oporteat, vt sit locus ei interdicto: neque sufficiat quòd per alienum fundum iuerit, neque vi, neque clã, neque precario, quinimò etiam si quis per alienum fundum iuerit, existimans posse se id facere, inuito quoque domino fundi, idemque facturus, tametsi prohiberetur, sed tamen iure publico, aut alieno potius quàm suo priuato, puta dum existimat se vti via publica, aut alterius tertij seruitute, nõ videbitur acquisiuisse longo tempore seruitutem, quànvis verù sit eum nec vi, nec clam, nec precario, nec iure familiaritatis vsus fuisse, quia verù

etiam est eum non fuisse vltum tanquam iure suo. *l. vlt. ff. quemadm. seruit. amitt.* † Cum igitur ad acquirenda a longo tempore seruitutem ista omnia concurrere necesse sit, vt quis ea vsus fuerit tanquam iure suo, & prætereà nec vi, nec clam, nec precario, ac quod plus est, sciente & patiente vicino, mirum videri non debet. ita ius constitutum esse vt ad huiusmodi acquisitionem non requiratur præcedens titulus, qui ad acquisitionem rerum immobilium requireretur, *l. diutina, 4. cum seq. C. de præscrip. long. temp.* nempe quoniam rerum immobilium traditionem necessariorum ponendum est à non domino factam fuisse, cum si à domino facta esset, hoc ipso dominium translatum inueniretur, nec locus superesset quaestioni de vsucapione, aut longi temporis præscriptione. At seruitutis quasi traditio, quæ per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum quod sciuit. & passus est vicinū vti seruitute, quandoquidem scientia illa, & patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet, *l. vlt. ff. de seruit. l. i. in fi. de seruit. rustic. præd.* Qua. v. fronte potest titulum seruitutis exigere is qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit seruitutem? Aut quis tam stultus & lupinus sit, vt vicinū vltro patiat iure seruitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat seruitutem? Ob eam igitur causam merito receptum est, vt longo tempore possit acquiri seruitus, etiam de cuius iure ac titulo non doceatur, dummodo in ea acquirenda concurrant omnia, quæ diximus, quæ ipsa tamen sanè pro titulo sunt, ad eoque quod magis est, pro titulo quem à vero domino habuerit, præscribens. Et ideo *l. C. in d. l. si quis diuturno*, non ita loquitur, *si quis diuturno vsu, & longa quasi possessione aquam duxerit*, sed, quod longè diuersum est, *si quis diuturno vsu, & longa quasi possessione ius aquæ ducenda nactus sit*. Nam vt quistale ius nanciscatur, non sufficit quod aquam duxerit per longum tempus, sed illud etiam exigitur vt duxerit iure suo, non vi, non clam, non precario, adeoque sciente & patiente vicino, *d. l. 2. C. de seruit. & aqua*. † Sed & hoc plus est in seruitute per longi temporis possessionem acquisita, quod eius nomine competit actio in rem non minùs quam pro seruitute quæ iure legitimo esset constituta, nec minùs aduersus dominū fundi seruiantis, quam aduersus tertium quemlibet prohibentem vsum seruitutis, *d. l. si quis diuturno, in prin. & s. i. cum tamen acquisitio quæ fiebat olim per longi temporis præscriptionem, non pareret actionem in rem, saltem contra verum dominum, sed tantum exceptionem, vt iam probauimus tam ex nomine ipso præscriptionis, quam ex d. l. si duo, 13. §. 1. ad iur. iur.* † Quare nec est quod quis miretur in præscriptione seruitutū requiri scientiam & patientiam vicini, seu domini fundi seruiantis, quæ in rerum immobilium præscriptione non requiritur. Sicut. n. mitius agitur cum præscribente seruitutem in eo quod de titulo suo docere non cogitur, ita oportuit cum eo durius agi in eo, quod nisi sciente & patiente domino sibi seruitutem acquirere non posset. Quoniam alioquin fieri non posset, vt non videretur in mala fide fuisse, qui per eum fundum quem sciuisset alienum, & naturaliter liberum, sibi aliquod ius comparere voluisset, nullo præsertim titulo præcedente. Sed et si poneret venditum tibi fundum Corn. tanquam dominantem, & cui seruitus itineris à fundo Sempron. deberetur, quæ reuera nulla debebatur, non faciet ille titulus vt eo magis videaris tibi quæuisse seruitutem, etiam si per fundum Sempron. iueris longo tempore, si non iueris domino eius fundi sciente,

ac patiente: quia statim atque tollis scientiam & patientiam domini, nihil est durius, aut odiosius seruitutis acquisitione, nec propter quod tam citò ad rixas & arma, nedum ad lites decurratur: dū studet quisque naturalem rei suæ libertatem tueri quantum potest. † Iustin. tamen in *l. vlt. in fin. C. de præscrip. long. temp.* nouum ius hac in re fecit, & constituit, vt non magis in seruitutibus quam in aliis rebus quæ & corporales & immobiles sunt, longo tempore acquirendis distinguere oporteat, an aduersarij scientia, vel ignorantia interuenit, dummodò bonum fuerit initium præscriptionis, hoc est, dummodò aliquis titulus adfuerit. Alio, qui quomodo bonum posset esse initium possessionis, si neque titulus, neque domini scientia interuenisset? † Vnde & dubitandi causa nascebatur in *d. l. si quis diuturno §. 1.* vt non videretur danda in rem actio pro seruitute contra tertium, quasi quæ longo tempore quaesita non fuisset, nisi propter scientiam, & patientiam domini, quæ porro non alij nocere debere videbatur, quam illi ipsi qui sciuisset, ac passus fuisset. Verum vt in rebus mobilibus aut immobilibus facta traditio à domino parit acquirenti vindicationem, nō tantum contra veterem dominum, sed etiam contra quemlibet possessorem: ita & in seruitutibus dicendum est, eam quæ fuit quaesita per longum tempus ex causa quasi traditionis factæ à vero domino, posse vindicari non minùs contra quemlibet impediendam vsum seruitutis, quam contra dominum ipsum.

CAPVT XI.

Ad l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quorid. & æstiu.

SVM MARIA.

1. Legum pugna in quaestione, an ad seruitutum præscriptionem longum tempus, an vero immemorabile requiratur.
2. De duplici aqueductus specie quam commentarij sunt Interpretes vt. l. 2. C. de seruit. & ag. & l. si quis diuturno, ff. de seruit. vind. cum §. ductus aquæ l. 3. ff. de aqu. quorid. & æst. conciliarent.
3. Accursij distinctio ad harum legum conciliationem.
4. Omnem aqueductus seruitutem discontinuam esse.
5. Seruitutes, licet longo tempore acquiri possint non tamen pro iure constitui haberi, nisi eo casu quo earum vsum hominum memoria excederit.
6. Explicatur distinctio proposita in §. vlt. l. 1. ff. de aqua & aquæ pluuiæ arcendæ. inter seruitutem quæ ex consuetudine, & eam quæ ex iure imponitur.
7. Loci indicantur qui de ea aqueductus specie cuius origo memoriam hominis excederit accipi debent.
8. Seruitute & præcipue urbana vsu videri eum qui in alieno fundo aliquid iure seruitutis habet & retinet, licet seruitutis illius commodum nullum percipiat.
9. In seruitute aqueductus illam quaestione raro incurrit, an is qui se per longum tempus seruitute vsu dicit, iure suo vsus fuerit nec ne.
10. In ceteris seruitutibus præsumi vniuersumque suo iure facere voluisse quod fecit, dummodo sciente ac patiente domino fecerit.

P Ræcipua † quæ in hoc tractatu est difficultas velatur circa id quod scribit Pomp. in l. 3. §. ductus aquæ. De aqua quorid. & æst. ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum excederit iure constituti loco haberi. Videtur enim id pugnare ex diametro cum eo, quod scriptum est in *d. l. 2. C. de seruit. & aqua*, seruitutem aqueductus acquiri longo tempore exemplo rerum

terum immobilium: quod tempus immemorabile esse non potest, siue quodnam tempus longum sit, siue exemplum rerum immobilium intueamur. Nec rursus potest harum legum conciliatio peti ex ea, quam ab interpretibus nostris adhiberi diximus, distinctione, An seruitus continua sit, an discontinua, cum vterque locus sit de seruitute aqueductus, de qua etiam agitur in *l. si quis diuturno. 10. ff. de seruit. vind.* vbi tamen pro acquirenda huiusmodi seruitute, diuturnum duntaxat, id est longum tempus requiritur, vt in *d. l. 2. non immemorabile, vt in d. §. ductus aquæ*. † Et ideo interpretes nostri cum nihil melius excogitare possent quod dicerent, duplicem aqueductus speciem constituerunt, vnam quæ sit seruitus continua, vel saltem quasi continua, id est, si non actu, tamen aptitudine: nimirum, inquit Bartolus post Accursium si aqua de cælo cadat, quo casu nulum hominis factum intercedit, habetque seruitus causam naturalem, & consequenter perpetuam, vt docuimus in superioribus: Alteram vero, quæ sit seruitus discontinua, si aqua ex fonte aliquo ducenda sit, aut ex lacu viuo: In quo casu, quia factum hominis omnino necessarium est, fieri nequit vt seruitus continuum habeat vsum, nec continuum quoque causam. In priore specie aqueductus volunt decennium sufficere, ac de ista specie accipiendum esse quod scriptum est in *d. l. 2. C. de seruit. & aqua*, & in *d. l. si quis diuturno*: In posteriore autem requiri tempus immemorabile, & ad eam speciem pertinere quod ait Pomponius in *d. §. ductus aquæ*: † Scio Accursium addere, intelligi Pomponium posse ac debere de aqueductu publico, vel fiscali: alias vero leges de aqueductu priuato. Sed hanc distinctionem vt planè cõmentitiam & ineptam alij omnes interpretes receperunt, superiorem vero, duce Bartolo adprobarunt. Quam tamen non minùs commentitiam esse, apparet ex eo, quod ij omnes loci quos adduximus de aqueductu, simpliciter ac indistinctè loquuntur, nec verbum in iis vllum est ex quo possit conici an hic aut ille agatur de aqua quæ de cælo cadat, an de ea quæ facta manūq. hominis ex fonte ducenda sit: nisi quod si verum amamus, lex secunda *C. de seruit. & aqua*, ad eum potius aqueductum pertinet, cuius quasi possessio factum hominis requirat. Id. n. præ se ferunt verba illa, *si aquam duxisti*, quæ & ad personam relata sunt, & personæ factum designant: E contrario autem in *d. §. ductus aquæ*, nihil est quo factum aliquod hominis significetur, sed potius opus ipsum aqueductus, cuius origo memoriam hominum excederit. Ergo secundum Bartoli distinctionem debuerat Imp. in *d. l. 2.* requirere tempus immemorabile, vbi tamen non nisi longum tempus exigit. Pomp. autem in *d. §. ductus aquæ*, contentus esse longo tempore, vbi tamen immemorabile requirit. † Et verò nomen ipsum aqueductus nihil aliud sonat quam ductionem ipsam aquæ, quæ ductio quomodo possit vel intellectu ipso concipi sine facto hominis qui equam ducat? Riuus. n. ipse per quem aqua ducitur, & qui semel factus nullum aliud homini factum exigit ad ducendam aquam, quæ de cælo cadit, non ductus, sed iter aquæ est, aut potius iter ductus, vt loquitur Labeo in *l. vlt. ff. si seru. vind.* Neque rursus expedit prædio dominantis vt semper ducatur aqua quæ de cælo cadit, nec si assidue plueret sed statis temporibus, vt proinde factum hominis semper necessarium sit; vt aqua etiam quæ de cælo cadit, ducatur vel non ducatur. Alioqui aut semper aqua duceretur etiam cū non expediret, aut nunquam, si. ne tamen quidem cū expediret, ob eamque causam solent aqueductus riuus ita contrui, vt nō nisi ad voluntatē domi-

ni aquam possint excipere, ne alioqui damnofa fiat seruitus quæ propter prædij vtilitatem fuerat constituta. Quare nec dubitandum est quin aqueductus omnium seruitus discontinua sit, si qua vsu ipsa est quæ hoc nomen mereatur. Exiget ergo semper eius acquisitio tempus immemorabile, si vera interpretum nostrorum traditio est, cum tamen leges omnes quotquot de aqueductu loquantur, longo tempore contentæ sint, si excipias quod Pomponius scribit in *d. §. ductus aquæ*. † Nos verò respondemus in *d. §. ductus aquæ* rith negari seruitutē aquæ ductus acquiri decennio; quod aperte scriptum est in *d. l. 2. & d. l. si quis diuturno*. sed illud tantum dici, Ductū aquæ cuius origo memoriam excederit, iure constituti loco haberi: quorum verborum longè alius planèque diuersus sensus est. Et si. n. dicimus, Possit acquiri longo tempore seruitutes, etiam de quarum iure non doceatur, non ideo tamen admittimus perinde habendas eas esse, ac si essent iure constitutæ, nisi eo casu quo earum vsus hominum memoriam excederit. Nempe quia cum seruitus iure constituta est, aut quod effectu ipso idem est, cum perinde habetur ac si seruitus esset iure constituta, nihil exigimus eorum omnium quorum probationem requiri supra diximus ad acquirendas tempore seruitutes, nec inquirimus an quasi seruitute vsus fuerit, & suo iure, nec rursus an vi, aut clam, aut precario, quæ tamen omnia nisi probentur concurrere in acquirenda per longum tempus seruitute, præscriptio non procedit. † Probatur autem hæc distinctio non obturè ex *d. l. 1. §. vlt. De aqua & aqua pluuiæ arcend.* vbi dicitur etiam qui diu sit vsus seruitute, neque vi, neque clā, neque precario, videri habuisse seruitutem impositam vel ex consuetudine, vel ex iure, ita separatis seruitutem impositam ex iure ab ea quæ sit imposita ex consuetudine, vt intelligamus seruitutem impositam ex consuetudine nō idcirco statim videri impositam ex iure, nimirum quoties consuetudo est temporis non immemorialis. Cum enim tempus immemorabile est, non tã ex consuetudine, quam ex iure imposita credi debet *d. §. ductus aquæ*, nec locus relinquatur quaestioni, An ea interuenierint quæ necessaria sunt ad consuetudine inducendam, de quibus alius erit, dicendi locus. † Et de hac vti que aqueductus specie, cuius origo memoriam hominis excederit, accipi debet quod scriptum est in *d. §. vlt. De aqua & aqua pluuiæ arcend.* solere illos, qui iuri dicundo præfunt tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetustas daret, tamen ius non probaretur. Quis enim credat vetustatis appellatione nihil nisi longū tēpū solūque decennium significari? Sic & apud Vlpianū & Paulū in *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. eod.* vbi scribunt vetustatē semper pro lege haberi, minuendarū scilicet litium causa, vt Paulus ait in *d. l. 2.* quamuis ea ratio non minùs profit ad longi temporis, quam ad immemorialis præscriptionem inducendam: nec alia melior ratio quaerenda est, propter quam inu ita non minùs iurisprudencia, quam natura receptum sit, vt longo tempore acquiri seruitutes possint. Fieri autem facile potest, vt in seruitute aqueductus, vt extet opus, cuius extractio fuerit, necessaria, ad inducendam aquam, nec memoria temporis extet, quo illud opus extractum est: neque tamen qui hodie vult vindicare seruitutem aqueductus, ea fortassis vnquam vsus sit: quò casu nemo dixerit permittendum ei esse vt vindicet seruitutem aqueductus, quasi longo tempore quaesitam. Neq. tamen eo minùs dicerem cum Scruola tuendum illum in ea seruitute, cui auctoritatem vetustas daret, si modò non esset amissa seruitus non vtendo: quod vix est vt eueniat in aqueductu, cuius

iter & opus perpetuò manserit. † Generaliter enim verum est videri seruitute vti eum, quicquid in alieno fundo aliquid habet & retinet iure seruitutis, quamuis alioqui seruitutis commodum nullum percipiat, vt in vrbis seruitutibus cernere est, puta in seruitute tigni immittendi, si foramen maneat in pariete feruente, quamuis tignum nullum manserit immisum. In seruitutibus verò rusticis difficilior quidem illud est, quia vt plurimum non exigunt, vt opus vllum fiat in fundo feruente, sed tamen exemplum apertissimum occurrit in hac ipsa seruitute aqueductus, de qua tractamus: quia non potest esse quin per fistulas, aut per lapidem stratum aqua ducatur, *leg. si prius. 17. §. vlt. D. de aqua & aqua plu. arcen. leg. vltim. Digest. de aqua quor. & est.* † Ex quo etiam fit vt in seruitute aqueductus non possit facile occurrere illa facti quaestio quae in aliis seruitutibus occurrit, An is qui se per longum tempus dicit seruitute vsum, fuerit vsum iure suo, necne. Nec enim quisquam in alieno fundo riuos aut fistulas ponere auit, nisi iure seruitutis, cum nemo permissurus sit tale quid fieri in fundo suo iure familiaritatis, nisi saltem interposita solenni testatione, per quam id probati quandoque possit quod alioqui nemo crederet. Quamquam in ceteris quoque seruitutibus verius est, praesumi vnum quemque suo iure facere voluisse quod fecit, dummodo sciente ac patiente domino, nisi ex aduerso probetur eum vel fecisse vi, aut clam, aut precario, vel iure familiaritatis, vel iure publico, vel denique iure alienae seruitutis, *dict. leg. si quis diurno dicta l. vlt. D. quemadm. seruit. amit. leg. vltim. de iur. iur. priuat.* Absurdum si quidem esset ab eo probationem exigere qui se fundat in negatione: cum negatio per rerum naturam, sicut nihil est, ita probari nullo modo possit, *l. actor. 23. C. de probat. l. ad iudic. 10. C. de non numer. pecun.* Qui autem probat se vsum seruitute, in eo quod addit, non vi, non clam, non precario, nihil planè adfirmat, sed tantum negat.

CAPVT XII.

Ad l. si quis emptionis. 8. C. de praescript. 30. vel 40. annor. obseruatus Triboniani error.

SVMARIA.

1. Ei qui longi temporis possessione rem acquisierat dominium non potuisse olim acquiri, nec amissa possessione actionem in rem sed tantum exceptionem competuisse.
2. Superioribus obstare videri d. l. si quis emptionis. in fine principij.
3. Ius illud verum vel planè diuersum vel omnino certum fuisse.
4. Locum illum de ea actione accipiendum quae non contra dominum aut creditorem eius hypothecarium, sed contra tertium exerceatur.
5. Dictam l. si quis. ante transformatam à Iustiniano vsucapionem latam fuisse.
6. Iuris illius veteris in iure propositi vestigia quadam in Pandectis extare.
7. Magnam esse quod ad praescriptionem longi temporis differentiam inter seruitutes & res immobiles.
7. Cur olim rei longo tempore possessa dominium acquiri non potuerit, nec amissa vindicatio competierit?
9. Seruitutem longo tempore quaesitam vtili actione tam contra dominum fundi seruentis, quam contra tertium quemlibet vindicari posse.

Et quod diximus in praecedentibus, ex longi temporis possessione non potuisse acquiri olim do-

minium, nec proinde actionem in rem, sed tantum exceptionem siue de re mobili, siue de immobili longo tempore possessa quareretur, valde contrarium esse illud videtur, quod Iustinianus ait in *leg. si quis emptionis 8. Codic. de praescriptione triginta vel quadraginta ann.* † vbi non solum constituit, vt si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cuiusque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos possederit, & longi temporis praescriptionem contra dominos vel creditores hypothecarios sibi acquisierit, postea fortuito aliquo casu eius rei possessionem amiserit, actionem habeat ad eam vindicandam: sed etiam addit, idem olim veteres leges, si quis eas rectè inspexerit, sanxisse. Verum circa hanc constitutionem multa iudicio meo sunt obseruanda, quae facient ne quid à nobis falsò hac in re aut imprudenter à nobis dictum videatur. † Primum, apparere ex ea ipsa constitutione ius vetus, vel planè diuersum, vel saltem non omnino certum fuisse: alioqui superuacua esset constitutio Iustiniani in eo iure confirmando, quod antea indubitatè obtinisset. Quod & innuunt verba illa *Si quis eas rectè inspexerit*, † deinde dici etià posse, quod & verissimum arbitror, eam actionem in rem quam dat Iustinianus, & quem veteribus legibus non incognitam fuisse testatus, de ea esse accipiendam, quae non contra dominum, aut creditorem eius hypothecarium, sed contra tertium exerceatur. Id enim ipsa constitutionis verba praecise ferunt, quae non nisi de exceptione contra dominos vel creditores danda loquuntur, itémque manifesta ratio iuris, quia inauditum est vt actio in rem quae non nisi domino detur, contra dominum dari debeat: multòque facilius est vt contra quemlibet alium possessorem accommodetur, vt cernere est in Publiciana quae datur non domino contra possessorem quemlibet, etiam qui fit in bona fide, sed non contra dom. *l. pen. & vlt. ff. de Publ. in rem act.* Quod videtur etiam posse colligi ex alia eiusdem Iustiniani constitutione in *l. vnic. C. de transfor. vsuc.* vbi transformans Iustinianus vsucapionem in longi temporis praescriptionem, & similiter praescriptionem in vsucapionem, vt ex eo iure quod in vtraque obtinebat nouum modum constituit acquirendi tempore res alienas, praecipit inter cetera, vt qui longo tempore rem alienam bona fide ab initio interueniente possederit, iure eam possideat quasi per vsucapionem acquisitam. Quibus verbis omnino consequens est vt non tantum exceptionem habere debeat, quemadmodum antea, sed & vindicationem, adeoque contra eum qui prius fuisset dominus, quoniam impleta vsucapione idem contingeret. Hoc ipsum verò constitui nil necesse fuisset, si prioris constitutionis Iustiniani quae extat in *dict. l. si quis emptionis*, eadem sententia fuisset: vt ei qui longo tempore rem alienam bona fide possideret, vindicatio etiam dari deberet contra veterem dominum, aut eius hypothecarium creditorem. † Latam enim fuisse legem *si quis emptionis*, ante transformatam à Iustiniano vsucapionem, colligi potest ex eo quod in *dict. l. si quis*, vocat ille longi temporis praescriptionem exceptionem, cum tamen hodie post eam vsucapionis transformationem non tam exceptio sit, quam acquisitio dominij, sicut erat olim vsucapio. *l. 3. D. de vsuc.* † Quod si putauit Tribon. illud quoque legibus antiquis cautum fuisse, vt qui haberet longi temporis praescriptionem, idem etiam vindicationem haberet, nec minis contra veterem dominum quam aduersus alium possessorem quemlibet, proculdubio errauit, aut certè iniuriam nobis fecit, qui non modò nulla eius iuris vestigia nobis

bis in Pandectis reliquit, sed etiam contrariae sententiae non obsecrum argumentum, vt supra probauimus in *l. si duo. 13. §. 1. D. de iur. i.* Possèdque eo casu Tribon. fecerit quod scriptum est in *d. l. si quis diurno. 10. D. si seruit. vnd.* de seruitute qua quis per longum tempus vsum sit non vi, non clam, non precario, vtilem competere actionem in rem. † Vidit. si. non esse hanc vsucapionem, cum seruitutes vsucapi non possunt, sed tantum per longi temporis praescriptionem acquiri, nec cogitavit quod cogitare debuit, magnam esse hac parte differentiam inter res immobiles & seruitutes, quam nos explicauimus in superioribus, nepe in eo quod seruitutes longo tempore acquiruntur, hoc ipso videntur traditae à domino, id est, ab eo qui ius habuisset constituenda expressim seruitutis, si eam constituere voluisset, cuius nimirum & scientiam & patientiam interuenire necesse est ad acquirendam longo tempore seruitutem. Res verò immobiles, quantum tempore possessae, non idcirco videri possunt à domino traditae, cum & verum sit à non domino traditae fuisse, & ad earum praescriptionem necessaria non sit scientia & patientia domini quae pro traditione esse possit. † Itaque cum actio in rem non competat nisi domino, dominium autem quod ad hanc rem pertinet, non possit acquiri nisi per vsucapionem, vel per traditionem quae à vero domino facta sit, fatendum est longi temporis praescriptionem, quae nec vsucapio est, nec comitem habere potest traditionem à domino factam, dominium quoque acquirere non posse, nec conuecter parere rei vindicationem, siue directam, siue vtilem, saltem contra veterem, dominum, nisi quatenus id contra iuris rationem Iustiniani constitutiones introduxerunt: in quibus tamen illud etiam reprehensione dignum est, quod antiquato hac parte iure vetere antiquum tamen praescriptionis nomen retinuerunt: quo nomine certum est solam exceptionem, non etiam actionem vllam significari. † At longotempore acquisitam seruitutem è contrario necesse est posse vindicari, saltem vtili actione, tam contra dominum fundi seruentis, quam contra tertium quemlibet, cum quasi dominus seruitutis videri debeat ille cui fuit quasi tradita per eum qui verum seruitutis dominium transferre potuisset. Traditio enim illa est quae dominium transferre solet, non conuentio quae praecedat traditionem, *vulg. l. traditio. 20. C. de pact.* Ac quamquam non aliter solet traditio dominium transferre, quam si iusta causa praecesserit, hoc tamen ad propositum non pertinet, quia si traditio, aut quasi traditio seruitutis fieret ex iusto titulo praecedente, acquireretur verum dominium seruitutis, atque ita daretur vindicatio directa ei cui seruitus constituta esset, temet si nunquam ea vsum fuisset. Nos verò loquimur de vtilitatem in rem actione danda ex causa quasi traditionis factae à vero domino, concurrente tamen vsum seruitutis per longum tempus.

CAPVT XIII.

De seruitutibus quae in superficie consistere dicuntur. Item de iis quae superficialio constituuntur ab herede pendente conditione legati.

SVMARIA.

1. Seruitutes alias in solo alias in superficie consistere.
2. Seruitutes quae in superficie consistunt videri quodammodo cum ipsis adibus possideri, ac proinde vrbis arum

seruitutem quae in superficie plerumque consistunt libertatem vsucapi posse.

3. Rusticarum seruitutum libertatem vsucapi non posse, sed eas tantum non utendo amitti.
4. Seruitutes vrbis ferè omnes in superficie rusticis verò in solo consistere.
5. Definitio seruitutum quae in solo, & earum quae in superficie consistunt à nonnullis Interpretibus allata refellitur.
6. Seruitutes quae à superficiario vel possessore fundi veltigalis aut emphyteutae constituntur, non ipso iure sed iurisdictione praetoria valere.
7. Easdem ab iisdem constitutas tempore finire posse, licet eo animo constitutae fuerint vt perpetuae essent.
8. Pignus fundi veltigalis à possessore constitutum tandiu durare quandiu ius possessoris durat.
9. Seruitutes fundo quem testator sub conditione ab herede legauerat, ab herede impositas legati conditione existente finire.
10. Easdem seruitutes pendente conditione valere, nec tam sub conditione constitutas, quam sub conditione extinguibiles videri, si legati conditio extiterit.
11. In quo haec dissimiles sint à seruitutibus superius hoc capite enarratis?
12. Cur pendente conditione serui legati heres eum manumittere non possit, fundo verò sub conditione legato ea pendente seruitutem imponere possit?

Inter ceteras seruitutum praedialium diuisiones vna illa est, vt aliae in solo, aliae in superficie consistant, *lege tertia ff. de seruiut.* Nam vt praedia vel, ex solo tantum constant, vel ex solo & superficie, ita & seruitutes praediorum, quae nihil aliud sunt, quam ipsa praedia qualiter se habentia, necesse est vt aliae consistant in solo, aliae in superficie. In solo quidem ea quae solo contentae sunt, nec superficiem vllam requirunt, cuiusmodi sunt seruitutes itineris, actus, viae, aqueductus & rusticae ferè omnes. In superficie verò, quae constitui non possent, si superficies nulla esset, quales sunt seruitutes tigni immittendi, manianum in alterius aedes immisum habendi, stillicidium proiciendi, & aliae huiusmodi penè omnes seruitutes vrbis arum praediorum, *leg. seruitutes quae in superficie. 20. vrbis arum. praedior.* † vbi Paulus ait, has seruitutes quae in superficie consistunt, Possessione retineri, hoc est, videri quodammodo eum ipsis adibus possideri, vt quamuis seruitutes sui natura possideri nequeant, istarum tamen possessionem habere videantur, qui superficiem possident, vt Iulian. scribit in *leg. si heres. 22. §. 1. eodem titul.* vbi ex hoc infert, vrbis arum seruitutum libertatem posse vsucapi quod & scriptum est in *lege quarta §. vlt. de vsucap.* quia cum vsucapio non sit sine possessione, necesse fuit aliquid esse in seruitutibus propter quod tanquam ratione adiuncti possideri viderentur. † Vnde etiam fit, vt in seruitutibus rusticis aliud iuris sit, necesse est libertas vlla esse possit quae vsucapiatur, sed tantum amittantur illae non utendo, *l. hac autem. 6. vrbis arum. praedior.* quia nimirum non consistunt in superficie, sed in solo, & in facto hominis iis vtentis, ob idque non possunt vlla quasi possessione retineri, *d. l. seruitutes. 20. eod.* † Ex quo intelligitur, parum referre an dicamus alias in solo, alias in superficie consistere, an verò alias esse vrbis arum, alias rusticas: nisi quod fieri potest vt etiam vrbis arum seruitus in solo consistat, puta sicum haberemus areas contiguas, mutuam seruitutem constituerimus altius non tollendi, & nunquam in areis illis aedificandi alioqui posset

quilibet nostrum in area sua pro arbitrio edificare. Excepto casu *l. ult. cum autem. C. de seruit. & aqua. vbi Iustin. constituit vt in præiudiciū areæ, in qua fructus triturantur, nō possit vicinus altiūs edificare, hætenus scilicet vt ventum excludat, qui necessarius est ad triturationem. † Sunt tamē qui putent aliam esse Pauli sententiā in *d. l. 3. De seruit. vt nimirū ex seruitu es dicantur in solo, consistere quæ à domino soli imponuntur. In superficie verò, quæ à superficiario quæ illi dominū vtilē superficiæ appellant, de quo in *l. in speciali. 73. §. superficiario. & legib. seqq. ff. de rei vindic. & in l. 1. ff. de superfic. Sed interpretatio hæc probabilis non videtur. Nam præter id quod longè aliud est dicere, seruitutē consistere in solo aut in superficie, quomodo Paulus loquitur, aliud verò constitui à domino soli vel superficiæ, † certum etiam est non valere ipso iure seruitutes, quæ à superficiario constituuntur, sed tantum iurisdictione prætoria, ita vt earū nomine neq. directa actiones competant, neq. directa interdicta, sed tantum vtilis actiones, & vtilia interdicta, *d. l. 1. §. ult. de superfic. non quasi sint constitutæ ad tempus, siquidē superficiariæ ædes illæ dicuntur, quæ constitutæ sunt in fundo qui sit in perpetuū conductus, l. id est. 74. de rei vindic. Sed quia non potest imponi seruitus nisi ab eo, qui sit dominus eius rei, cui seruitus imponitur, cum seruitus sit ius prædij, quod tamen is qui dominus non est, nullo modo afficere potest, adeo vt nec sufficiat esse dominū pro parte, nisi sit solidum, *l. 2. ff. de seruit. l. per fundum. 11. & l. vnus. 24. rustic. præd. leg. ult. ff. commun. præd. At qui superficiarius non est dominus, ne quidē superficiæ, nedū soli: quia & naturali & ciuili ratione dominium superficiæ ad eum necessariò pertinet, ad quæ & dominū soli, *d. l. 2. de superfic. l. qui res. 98. §. aream. de solut. Non potest igitur constitui seruitus à superficiario, nec similiter à possessore fundi vectigalis, aut ab emphyteuta. Horū. n. omniū eadem ratio est, vt dicemus in sequentibus, cum de dominij directi & vtilis distinctione disputabimus. † Ceterum quod dicimus seruitutes à superficiario constitutas iure prætorio defendi, nec ad tempus videri constitutas, non sic accipiendū est, quasi omnimodo debeant esse perpetuæ perinde ac si à domino soli constitutæ essent: Fieri. n. potest vt sint ad tempus, & tempore finiantur, quamuis ita fuerint constitutæ, & eo animo vt essent perpetuæ, puta si superficiarius, vel vectigalis possessor, vel emphyteuta cessauerit in solutione vectigalis & canonis annui domino præstandi. Tunc .n. sicut eius qui seruitutē constituit, totū ius finitur, adeo vt possit ille expelli à domino ex natura ipsa & lege contractus, *l. 1. & 2. si ager vectig. ita seruitutes ab eo constitutas finiri necesse est, quia quemadmodum nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat, l. nemo plus iuris. 71. de reg. iur. ita & resolutio iure datoris, id est, in eam causam deducto, vt nullum ius ille vnquam habuisse videatur, ius quoque acceptoris resoluti necessariò consequens est, *l. lex vectigali fundo. 31. ff. de pign. † vbi Scæuola hanc ob causam scribit, Si vectigalis fundi possessor eum pignori dederit, tenere quidem pignoris dationem quandiu possessoris ius durat: sed si propter vectigal nō solutū iure suo dominus vtatur & eū fundum transferat, etiā pignoris ius euauisse, *l. voluntate. 10. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Quoties. n. contractus resoluitur in pristina causam res redit, hoc est in eam causam in qua esset, si contractus nullus præcessisset. At qui si nulla facta esset perpetua locatio, nullum ius habuisset possessor eius fundi oppignerandi, aut seruitutis in eo constituendæ, quia neutrum fieri à non domino & in*********

fundo alieno potest. Ergo nec durabit pignus, aut seruitus post resolutum ius possessoris, qui pignus vel seruitutem constituit: quomodo etiam contingit in alia specie, quam Vlp. tractat in *l. 4. alias l. duobus §. Marcellus. ff. de in diem addict. de cuius sententia, & ratione alibi scripsimus. † Non omnimodo dissimile est, quamuis nec prorsus simile quod Marcellus scribit in *l. is cui via 11. §. heres. D. quemad. seruit. amit. si heres à quo fundum testator legauerat sub conditione eidem fundo seruitutes aliquas imposuerit, valere quidem ipso iure seruitutes, quandiu legati condicio pendet, sed tamen statim atque legati condicio extiterit, finiri eas & extingui ipso iure. Quod etiam euenit si heres hic pendente conditione moriens eundē fundum alij legauerit, qui ipse eidem fundo seruitutes constituit. Nam existente quandocunque conditione quæ priore testamento fuerat adposita, sicuti proprietates ad priorem legatarium ipso iure pertinet, ita & impositam ab heredis legatario seruitutem finiri necesse est, *l. si fundum. 105. de cond. & dem. iunct. l. si fundum. 81. de leg. 1. His enim casibus ideo valet ipso iure seruitus ab herede, aut legatario heredis constituta, quod negari non potest quin constituta sit à vero domino: Siquidem quandiu legati condicio pendet, heres dominus est rei legatæ, & quidem pleno iure licet speretur dominium ab eo discessurum si legati condicio extiterit, *l. non ideo. 66. de rei vend. l. fundus. 4. ff. si vstus fr. pere. l. & post litem. 12. §. res qua. D. fam. erc. l. 1. §. serui. 4. D. de S. C. Silan. l. generaliter. 29. §. 1. qui & à quib. manum. At existente conditione ideo finitur seruitus, quia ex euentu retro fingitur dominium fundi legatum fuisse legatarij iam ex die mortis, ac proinde eo tempore quo seruitus constituebatur, vt iudicio videatur à non dom. constituta. Est enim hoc ex eorum genere, in quibus ex euentu & ex post facto apparet, quid antea fuerit, *l. quedam sunt. 15. de reb. dub. l. qui res. 98. §. rem autem. D. de solut. d. l. si fundum. 81. iunct. l. si ubi bono. 86. §. cum seruis de leg. 1. † Dicit aliquis, non posse huiusmodi seruitutes valere quæ constitutæ sunt ab herede pendente conditione legati, tanquam quæ sint constitutæ ad tempus, & quouique legati condicio extiterit, Sed respondeo non ita esse: quia quod potest existere condicio legati, non facit, vt ideo videatur heres interim dominus ad tempus, sed tantum vt possit aliquando ab eo dominium abscedere, quod interim habet absolutum, *dist. leg. non ideo. Igitur vt absolute dominus est, talisque in perpetuum mansurus, si nihil noui eueniet, ita quæ ab eo constituuntur seruitutes, perpetuæ sunt sui natura, nec tam ad tempus, aut sub conditione constitutæ videntur, quam esse, vt ita dicam, extinguibiles sub conditione: nempe si legati condicio extiterit. † In eoque dissimilis est hic casus superioribus, in quibus nō tam finiuntur seruitutes, quam resoluuntur, & pronunquam constitutis habentur: tanto magis quod vectigalis fundi possessor, aut superficiarius, aut emphyteuta numquam dominus fuit, *leg. item præd. 10. ff. fam. l. ercisc. vbi hanc ob causam præd. quæ nostri patrimonij sunt, à vectigalibus & superficiariis separantur. At heres qui pendente legati conditione seruitutem constituit, verè dominus fuit eo tempore, nec tam resoluti dicitur seruitus ab eo constituta, quam finiri. † In quo tamen obseruatione dignum illud est, quod deterioris conditionis videtur hac parte libertas, quam seruitus: cum pendente conditione legati serui, manumittere illum heres non possit, qui tamen posset, vt diximus, constituere seruitutem fundo legato sub conditione, *dist. leg. generaliter. 29. §. 1. ff. qui &********

qui & à quib. munum. d. l. cui 11. §. heres. ff. quemadm. seruit. amit. Sed id fit propter fauorem ipsius libertatis, qui tantus est vt semel competens libertas nunquam possit reuocari, *l. si ex causa 9. §. ult. ff. de minor. l. Pap. §. ult. & l. seq. l. si sub hac 26. ff. de iust. iustam. Itaque fiet in iustitia legatario, cui seruis legatus est sub conditione, si ea conditione pendente manumittere illum heres posset: adeo vt si optio serui ex vniuersa familia legata sit, & heres aliquem ex ea familia manumiserit, priusquam optaretur, eum interim ad libertatem non perducatur, *l. si cum optio 14. D. De optio. legat. ne scilicet fiat iniuria legatario si fortassis eum ipsum optare velit. Sanè quotiescumque heres ita manumiserit seruum, eum amittit statim, quia aut electus legato cedit, aut relictus, tunc liber ostenditur, *d. l. si cum optio. At nulla fit iniuria legatario, cum seruitutes ab herede constituuntur pendente conditione legati, cum nihil iuris habeat in fundo quandiu condicio legati pendet, existente verò conditione seruitutes statim & ipso iure euanescent.***

CAPVT XIII.

Explicatio l. nam satis 6. §. 1. D. quemadm. seruit. amit.

SVM MARIA.

- 1 Fundo dominante etiam particulatim diuersis emptoribus vendito singulis fundi partibus seruitutem deberi.
- 2 Non obistere quod fundi seruiens conditio hoc casu deterior fiat.
- 3 Species & distinctio proposita in d. §. 1. d. l. nam satis.
- 4 Seruitutem fundo communi debitā qui intellectu magis quam realiter diuisus sit, per vnum ex nobis pro sua parte non vtendo amitti non posse quandiu alius vtendo eam retinuit.
- 5 Seruitutem per plures fundos impositam etiam si per vnum tantum fundum eatur totam retineri.
- 6 Seruitutem debitam fundo qui diuisis regionibus communis sit ab alterutro dominorum pro sua parte non vtendo amitti.
- 7 Usurpare pro vsu retinere.
- 8 Superiore casu domini fundi seruiens conditionem non deteriorem sed meliorem fieri.
- 9 An & quando communi fundo seruiente per regiones diuiso seruitus non vtendo amittatur?
- 10 In omni via & longitudinem & latitudinem esse.
- 11 Viam licet suam a lege latitudinem habeat, contraheunt tamen voluntate aut latorem aut angustiorum constitui posse.
- 12 Seruitutem fundi communis & per vie longitudinem diuisi pro alterutro parte non vtendo amitti.
- 13 Diuisione verò per latitudinem facta, licet prædij dominantis dominus per alterutram duntaxat fundi seruiens partem iuerit, seruitutem tamen integrā retineri.
- 14 Dnas seruitutes eo casu non ideo fieri licet post diuisionem illam per latitudinem via tantum in vnoquoque fundo spatij supererit, quantum ad integram viam initio constituendam necesse est.
- 15 Alterutrum tamen fundum ab hac seruitute via, si modo specialiter id conuenit, liberari posse.
- 16 An si dominus fundi dominantis post eam diuisionem alterum ex fundis diuisis comparauerit, alterius fundi seruitus permaneat?
- 17 Explicatur posterior pars distinctionis in initio proposita.

Quod iam sæpius diximus, iura prædiorum nihil aliud esse quam ipsa prædia qualiter se habent

l. quando aliud. 86. de verb. sign. facit necessario vt alienato fundo cui seruitus debeatur, hoc ipso alienata quoque seruitus intelligatur, tanquam quæ omnimodo prædium sequatur, *l. via 23. §. si fundus. cum l. seq. l. si partem 21. l. cum in fundo 36. D. rustic. præd. l. cum fundus. 12. D. commun. præd. Sed &, quod magis mirum est, si prædium, cui seruitus debetur, fuerit per partes venditum diuersis temporibus, omnes fundi partes seruitus sequetur, ita vt singuli emptores recte acturi sint ius sibi esse vtēdi seruitute, *d. l. via. §. quocunque. † Nec ad rem pertinet si quis obiciat fieri hoc casu duriorē conditionem seruitutis quæ fuerit constituta eo fortassis tempore, quo vnus tantum erat dominus prædij dominantis. Est enim fatendum esse fore multo incommodius domino prædij seruiens, si per fundū plures eant, aut agant, quam si vnus solus, debuit tamē prospicere cum seruitutem imposuit, fore vt possit id aliquando euenire, & ideo sibi debet imputare cur nō melius sibi cauerit, vt in specie quamuis dissimili argumentatur Vlp. in *l. si quis domum. §. §. 1. vers. idem quirit. D. locat. Et sanè quemadmodum post diuisum regionibus fundum tot sunt fundi, quot sunt partes diuisæ, quia qualibet pars fundi fundus est, *l. plane. 34. §. vltim. de legat. 1. ita & tot viæ esse videntur, quot sunt fundi l. nam satis 6. §. 1. D. quemadm. seruit. amit. vbi Celsus tractat. † Si cum fundum communem ego & tu haberemus, cui seruitus aquæ per fundum vicini debebatur, ego ea vltus fuero, tu autem constituto tempore cessaueris, an iustitiam amiseris? Et è contrario, Si vicinus, cui via per fundum mihi & tibi communem debebatur, per meam partem iuerit, egerit, tuam verò partem ingressus non sit, an pars tua libera erit? Et respondet, multum interesse an fundus sit inter nos communis regionibus diuisus, an ex iis partibus quæ iuris intellectu magis, quam reali corporis diuisione consistant: † Hoc enim posteriore casu certum esse, Vnam tantum esse seruitutem, quæ per vnum ex nobis amitti non possit, ne pro ea quidem parte quæ diu alius eam vtendo retinuerit, *l. si communem. 10. eo. tit. vbi Paulus ait, Si communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteretur: tamē propter pupillum me quoque viam retenturum: cum pupillus nihil possit alienare, nec consequenter amittere seruitutem: quædoquidem alienare etiam dicitur is, qui nō vtendo seruitutē amittit, *l. alienationis verbo. 38. de ver. sign. Quomodo etiam dicimus, eum qui it per partem itineris, totum ius vsurpare videri, hoc est, vsu retinere: & rursum, A quam si in partem aquagij influxerit, etiam si ad vltima loca non peruerit, omnibus tamē partibus intelligi vsurpatam, *l. sillicidy. 8 in fin. & seq. D. quemadm. seruit. amit. † Quinimò, et si per plures fundos seruitus imponatur, & ego per vnum fundum ieros per alium nō item, & quidem tanto, quanto seruitus non vtendo amittitur, nec amittetur, nec retinebitur seruitus pro parte, sed tota vel amittetur, vel retinebitur: tota amittetur, si nullo vsus sim: tota seruabitur, si vel vno fuerim vsus, *leg. vna est via 18. rustic. præd. vbi ratio redditur, quia licet plura sint prædia quæ seruiunt, vna tamē est via, & vna seruitus tantū, siue respicias cōstitutionē seruitutis, quæ vnicā tantū est, siue prædij cui debetur seruitus, quod vnicū est. Nam si plura essent prædia quibus seruitus deberetur plures quoq. seruitutes essent, præsertim si ad plures dominos ea prædia pertineret, vt in specie *l. aqua. 16. quemadm. ser. amitt. quæuis eo loco nō de via tractet Proculus, sed de aqua ductæ seruitute, quæ eo casu multiplicē esse vult, tamē si vna tantū sit aqua. † At priore casu cū fundū diuisis regionibus communis est, placet Cello distin-*********

guendum esse, an agamus de seruitutē via quā fundo communi debeat, an verò de ea quam debeat fundus communis. Priore casu perinde est, inquit, atque si ab initio duobus fundis debita seruitus fuisset, id est, ac si ab initio duo fuissent fundi, & duplex via, vt proinde sibi quisque dominorum amittat seruitutem, non vtendo, & sibi quisque vsurpet seruitutem id est, vsu retineat, vt bene Accurs. interpretatur. † Vsurpare namq; dixerunt Iureconsulti pro eo quod est vsu retinere rem quam alius velit vsu sibi acquirere. Vnde vsurpatio definitur vsucapionis interruptio, in l. 2. D. de vsurpat. & vsucap. ob idq; in illo titulo præcedit mentio vsurpationis, quia vsurpatio præcedit vsucapionem, vt eam impediatur, nec vsucapio vlla est, nisi quam vsurpatio nulla antecessit. *Nec amplius*, inquit Celsus, *ea in re causa eorum fundorum miscbuntur*, vt vnus fundi iure centeri possint qui re vera duo semel facti sunt. † Nec facit hæc sententia vllam iniuriam domino fundi seruiens, imò conditionem ipsius à contrario meliorem, quàm si hæc via seruitus post diuisionem quoq; fundi regionibus factam, vnus via iure censeretur, quoniam alter dominorum vtendo parte sua diuisa tanquam fundo separato, sibi tantum proficit, non etiam toti fundo, atque ita dominus fundi seruiens fruitur libertate partis seruitutis vt loquitur Proculus in d. l. aquam 16. in si. ff. eod. Quod non esset si vna tantum esset via, quia per minimam partem vsu tota eo casu retineretur, d. l. vna est via 13. rusti. præd. † Sed si agamus de fundo communi seruiens qui diuisus sit, ita vt proximè diximus, id est regionibus, plusculum dubitationis ea res habet. Distinguedum. n. est an certus, & finitus sit locus via, ita vt variari postea non possit, siue quod ab initio fuerit ita constituta, vt per certum duntaxat locum iri posset, siue quod ea sit natura seruitutis, vt quamprimum viam direxerit is cui seruitus via debetur, ea ire agere debeat, l. si cui simplicius 9 ff. de seruit. an verò nullus sit certus & finitus via locus: quod euenit non eo casu, quo in constituenda seruitute nihil de loco dictum est (tunc. n. certus via locus ille esset per quem dominus seruitutis viam dirigere cœpisset, d. l. si cui.) sed cum in seruitute constituenda id nominatim actum est, vt liceat domino fundi dominantis mutare locum seruitutis: Valet enim illa conuentio, vt sequitur apud Celsum in vers. ceterum Priore casu cum certus ac finitus via locus fuit, rursus subdistinguedum est, an diuisus sit fundus seruiens per longitudinem via, an per eius latitudinem: † Siquidem in omni via & longitudo est, & latitudo. Longitudinem facit necessitas fundi dominantis, quia tam longam esse viam necesse est, quàm longa esse debet, vt per fundum seruientem iri possit ad dominantem. Neq; in ea re lex aut conuentio partiū facere quicquam potest: latitudinē facit conuentio contrahentium, & quantam volunt contrahentes, aut si nihil ab iis dictum sit, legitima latitudo sumenda est, id est quam lex duodecim tabularum constituit: nempe quæ in porrectum octo pedes habet, in anfractum verò lexdecim, l. via latitudo 8. l. cetero generi 13. §. latitudo. de seruit. rusti. præd. † Vbi monet Iauol. differre viam ab itinere & actu, quia itineris actusq; latitudo nulla est nisi quæ à contrahentibus demonstrata fuit, aut si nihil ab iis dictum sit quæ ab arbitrio statuta est. Via verò suā habet à lege latitudinē, ideo fortassis quod maiore rixarum & litiū materiam præbere poterit incertitudo latitudinis via, quā itineris aut actus, aut quod seruitus via maioris momenti sit & utilitatis. Ceterum non facit lex duodecim tabularū quin posset via constitui & latior

& angustior pro arbitrio contrahentium, dummodo eam habeat latitudinem qua vehiculum transire possit: alioqui non esset via, sed iter, l. via constituit 13. in prin. eo. l. si tam angusti 13. ff. de seruit. † Ergo vt ad Celsi subdistingtionem veniamus, si fundus inter te & me communis, qui fundo Sempronij seruitutem via debeat, diuisus sit inter nos regionibus per longitudinem via, i interrupta per diuisionem via longitudine eadē omnia erunt seruanda, inquit Celsus, quæ seruarentur si constituendę seruitutis initio similiter hæc duo fundi fuissent: nimirum vt duplex quoque videatur seruitus via, ita vt si Sempron. per tuam duntaxat partē iuerit, non per meam amiserit seruitutem non vtendo quod ad meam partem, retinuerit autem vtendo, & vsurpauerit, quod ad tuam. Diuisio. n. facta per longitudinē via non potest viā interrompere, aut diuidere, cum nullam illa habeat longitudinem limitatā. † At si per latitudinē via fundus diuisus sit, siue æqualiter id factum sit, siue inæqualiter, tunc manet idē ius seruitutis quod fuerat antea cum adhuc indiuisus esset fundus, id est vnica manet, ac indiuisus seruitus, sicut & tunc vnica fundus erat. Et ita fiet vt quamuis Sempron. per tuā tantum partem iuerit, aut egerit, nō per meam, nihilominus totam seruitutem vsurpauerit, etiam quod ad meam partem, d. l. vna est via, 18. Et ratio est quia diuisio fundi facta per viā latitudinem, viam corrūpit & diuidit, ita vt ex vna via faciat duas semitas hoc est semiuias, tantum abest vt facere possit duas vias. Duæ autem semitæ sicut vnā duntaxat viam faciūt, ita nec nisi vnus via iure censerit possunt, & consequenter pro vno eodēque indiuisio iure haberi: vt quamuis fortè inciderit vt Sempron. ea tantum semita vsus sit quæ per alterum fundum esset, nō idcirco tamen alter fundus liberetur, nō magis quàm si nulla diuisio fundi facta fuisset, quia quod ad viam pertinet, nulla diuisio facta intelligitur. Nec quemadmodum post diuisionem tot sunt fundi, quot sunt partes, ita possis dicere tot esse vias quot sunt fundi, cum per latitudinem via facta diuisio est. † Neque ad rem pertinebit si ponas viā ab initio constitutam adeo latam, vt etiam post diuisionem factam per latitudinem, tantum supersit spatij in vnoquoq; fundo, quantum necesse esset ad integram viam ab initio constituendam. Non. n. spatij quātitas quæ duabus viis sufficere possit, duas vias facit, si ab initio vna tantum via constituta fuit, & idcirco nec fiunt duæ viæ per diuisionem etiam æqualiter factam in latitudine, sed duæ semitæ ac si ab initio non nisi octo pedum via fuisset constituta. † Quod quamquam ita sit, dubitandum tamen non est, quin alter fundus liberari possit ab hac seruitute via, si modò specialiter id conuenerit, quia plus potest conuentio quàm non vsus tanquam quæ manifestius exprimat voluntatem domini seruitutis. Fieri siquidem facile potest, & verò sit plerumque, vt qui vnica seruitute vsus est per vnum fundum, per vtrumque vti voluisse videatur. † Quid ergo, si dominus fundi dominantis post eam fundi diuisionem factam per latitudinem via, alterum ex iis fundis comparauerit atq; ita pro illo fundo confusa sit seruitus, an nihilominus alterius fundi seruitus permanebit? Hæc quaestio est quam tractat Celsus in vers. cetero: ad eamque respondet non videre se quid absurdi consecuturum sit eam sententiam, quæ dicat alterutrum fundum manere seruum, si modo fateamur, quod necessariò fatendum est, potuisse & ab initio constitui viam longè angustiore, quàm lege fuerit definita, d. l. via 24. rusti. præd. dummodo tamen supponamus tantum adhuc loci superesse in eo fundo (cuius seruitus passiuā

nec remissa, nec confusa est) quantum sufficere possit via, id est, ad vehiculum ducendum. Nam si minus loci superesset, quam via sufficeret, dicendum esset vtrumq; fundum liberari, alterū quidē propter redemptionem, quæ seruitutem confudisset facta eod. domino vtriusq; fundi & seruitutis, & dominantis, alterū v. quia per eum locum qui superesset, via constitui nō posset, adeò vt nec iter, nec actus superesse dici possit, quamuis tantum supersit loci, quātum ad iter actumve necesse esset, quia ab initio via constituta fuit, non iter aut actus. Quæ distinctio adhibenda est, & in illo superiore casu, de quo proximè diximus, cum dominus fundi dominantis speciali conuentione id egit, vt alterutrum fundū post diuisionē liberaret. Quamuis enim non nisi eum fundū liberare voluerit, vterq; tamen liberatus reperitur in necessariam consequentiā si in altero fundo, quem voluit seruum retinere, minus loci supersit, quam sufficere possit ad viā constituentiā. † Posteriore verò casu prioris nostræ generalis distinctio. i. si ita sit constituta seruitus via, vt nullus fuerit ipsius certus locus, neq; ab initio, neq; ex postfacto definitus, quod tunc diximus contingere, cum conuenit non solum, vt per quamlibet partem fundi ire agere liceat (quod vt conuenisse intelligatur, sufficit viam simpliciter fuisse constitutam, l. si cui. 9. ff. de seruit.) sed etiam vt subinde liceat mutare locū via, & deinde diuisus est inter socios fundus seruiens, rursus subdistinguedum est, an ita sit diuisus fundus, vt per quālibet eius partē æquē iri atq; agi possit atq; si non esset diuisus, an verò ita vt pars altera tam arcta sit & angusta, vt per eā viā vsus nullus esse possit. Potest n. hoc facile euenire, siue quod minimam in fundo communi partem quis habuerit duodecimam fortè aut vicesimam, siue quod commodius videatur aliquando compensare longitudine quod latitudini deest. Primo casu perinde obseruandum erit, ac si ab initio duobus fundis duæ seruitutes viæ iniunctæ fuissent, vt nimirum altera non vtendo deperire possit, altera retineri. Secūdo autē casu amissa seruitute non vtendo per illum fundum per quem ea vti quis poterit, nulla alia superesset de qua possit tractari an perisse videatur, an superesse. Sed si dominus fundi cui seruitus debebatur ea vsus sit per illum fundum quem vti potuit, dubitandum non est quin saltē per eum fundum eam retinuerit. Idq; est quod ait Celsus in vers. ceterum. Nec obstat, inquit, superiori sententiæ si quis obiciat ita euenire vt alieno facto ius alterius immutetur, cum si diuisio fundi facta non fuisset, vtendo ille via per vnā fundi partem totam viam per totum fundū retinuisset. Debet. n. sibi imputare, quod antequam lapsa essent tempora per quæ non vtendo amittitur seruitus, non fuerit ille vsus seruitute per alteram quoque partem fundi: Et præterea incommodum si quod sit, ex huiusmodi diuisione, debet compensare cum eo commodo quod ipsi accedit ex causa, & occasione diuisionis, per quam scilicet factum est, vt iam per duas pariter vias ire agere possit, qui antea cum vnus tantum esset fundus non nisi vnā habebat viam, itēmq; vt bis octonos pedes in porrectum, & bis senos denos in anfractū habere debeat qui antea non nisi semel totidem habuisset, Quod enim nulla facta diuisione licuit illi variare locū viæ, id ipsum etiam post diuisionem licere ei debet, non vt eodem tempore duas vias habere intelligatur, cum vnica tantum fuerit ab initio constituta, sed vt via illa quam vnica habet, possit vti pro arbitrio per vnum fundum perinde ac per alterum diuersis tamen temporibus, vt per hanc viā variationem tantum consequatur,

quantum si duplex esset via. Atque ita explicata sit tota illa Celsi tractatio satis alioquin obscura, & in Accursij quoq; glossis intricata, quàm non fuit affectus Francisc. Hotom. qui putat lib. 1. obs. cap. 3. locum hunc esse corruptum in vers. sed si is iudicis, quo nomine merito notatus est à Iac. Cuiac. lib. 14. obs. c. 11.

CAPVT XV.

De differentiis vrbānorum & rusticorum prædiorum, itēmq; seruitutum vrbānar. & rusticar. & de variis seruitutibus.

SVMARIA.

- 1 Seruitutes iura prædiorum actiue & passiuè dici.
- 2 Vterque ICtos in definiendis vrbānis & rusticis prædijs dissensisse.
- 3 Quenam sententia hac parte tandem præualuerit?
- 4 Alia Vterum dissensio in definiendo quanam seruitutes prædiorum vrbānarum quanam rusticorum essent.
- 5 Ad quid prudentes in constituenda superiore seruitutum differentia potissimum respexerint.
- 6 Seruitutes vrbānas circa idem subiectum plerumq; duplices esse, vnā affirmatiuā alterā negatiuā, rusticas verò simplices & affirmatiuas tantum.
- 7 Huius differentia ratio redditur.
- 8 Seruitutem alius non tollendi à seruitute ne luminibus officiat distiguedam esse, contra Cuiacium contenditur.
- 9 Respondetur ad l. luminum 4. ff. de seruit. vrbān. pro Cuiacij sententia allatam.
- 10 Seruitute quoquomodo constitutā eam semper interpretationem capi debere ne qua durior seruitus constituta videatur.
- 11 Seruitutem luminum à seruitute ne luminibus officiat, & hanc à seruitute ne prospectus offendatur separandam esse.
- 12 Eum qui seruitutem impositam esse dicit hoc ipsum probare debere.
- 13 Eum qui seruitutem non debet alius ad libitum tollendo vicini luminibus officere posse.
- 14 Superioribus obstat videri leges quæ de Statutā antiquorum adificiorum forma custodienda præcipiunt.
- 15 Cuiacij ad earum legum conciliationem distinctio, an quis ades suas iure libertatis naturalis, an verò iure impositæ seruitutis alius tollat.
- 16 Indicantur leges quædam quæ de eo accipiendæ sunt qui iure seruitutis alius tollens vterem adificiorum formam seruare tenetur.
- 17 An aliquod exemplum dari possit eius qui iure seruitutis in suo edificet aut alius tollat.
- 18 Aliud esse remittere seruitutem adibus suis debitam, aliud ades suas contraria seruitute onerare.
- 19 Seruitutem alius tollendi eam demum dicendam esse quæ per consequentiam necessariam inducitur ex vsucapta libertate seruiens alius non tollendi.

Quod dicitur, Seruitutes omnes prædiales, & vt vocant, reales, nihil aliud esse quàm iura prædiorum, l. 1. §. ult. D. de ver. diuis. & apud Iustin. in tit. De reb. corp. & incorp. duplicem sensum habet, passiuum & actiuum, quomodo & iurium que in actionibus consistunt alia passiuia sunt, alia actiua, Nam & actionum alias actiuas, alias passiuas nostri vulgò appellat. Passiua iura prædiorum, sunt seruitutes quantum ad prædia à quibus debentur: & hoc sensu personales quoq; seruitutes iura prædiorum dici possent, quia licet personis non prædijs debeantur, tamen à prædijs debentur.

tur, actiue a dicimus seruitutes esse iura prædiorum, quibus debentur, & ideo cum iura prædiorum simpliciter dicimus, seruitutes reales, non personales intelligimus, cum solis realib. conueniat uterque sensus huius appellationis: debentur namque prædiis à prædiis. Cumquæ omnia prædia vel urbana sint, vel rustica, ipsas quoque seruitutes ex eo quod prædiis, vel urbanis, vel rusticis debentur, necesse est vel urbanorum prædiorum esse, vel rusticorum. Quæ res facit vt difficile videatur dicere quænam seruitutes urbanae sint, & quænam rusticæ, quia nec satis planum est quænam prædia urbana sint, quænam rusticæ. † Mihi semper visum est probabile, quod ex recentioribus ante nos quidam dixerunt dissensisse in eo veteres Iurecōsultos, Neratium sc. ab omnibus cæteris. Ille enim putabat prædia urbana distinguenda esse à rusticis ex loco, vt quæ essent in vrbe dicerentur urbana; quæ ruri, rustica: vt colligere licet ex l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. vbi negat stabula posse dici urbana, quæ non sunt in ædificiis continentibus, id est, nec in vrbe, nec in suburbis. Cæteri verò urbana æstimanda putabant, non ex loco, sed ex materia, aut potius ex genere vsus patrisfamiliæ l. quænam modum 12. ff. de supell. leg. a. l. urbana familia 166. l. urbana prædia 198. de v. s. l. cum quaeretur 60. §. 1. l. seruus urbanus 99. legat. 3. † Quæ sententia tandem præualuit, & ab Imp. quoque adprobata est in l. si prædium 16. C. de præd. minor. † Ex hac dissensione illa etiam nata est, cuius vestigium extat in l. 2. ff. de seruit. rusti. præd. Ibi enim Neratius scribit rusticorum prædiorum seruitutes esse, Licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini, cum tamen eas seruitutes urbanorum prædiorum esse aperte scriptum sit in l. 2. de seruit. urban. præd. nempe quia Neratius existimabat posse rusticum prædium esse, etiam quod prætorium diceretur, si modò extra urbem & ruri ædificatum. Neq. hoc tantum putabat Neratius, verum etiam rusticorum prædiorum seruitutes dicendas esse omnes illas, quæ talibus prædiis deberentur, quasi absurdum esset urbanam seruitutem dici quæ rustico prædio debeatur. Sed aliorum iuris autorum alia fuit sententia, Nimirum seruitutes urbanorum prædiorum perpetuò dicendas esse eas quæ enumerantur in l. 2. 3. & 4. ff. de seruit. urban. præd. tamen rusticis prædiis debita proponantur, id est seruitutes altiùs tollendi, & non tollendi altiùs, tigni immittendi, & tigni non immittendi, officendi luminibus, & ne luminib. officiat, Luminum itémque prospectus, ne sc. prospectu officiat, stillicidij auertendi, & non auertendi, deniq. oneris ferendi. Seruitutes verò rusticorum prædiorum eas esse quæ recensentur in l. 1. 2. 4. & 5. rusti. præd. tamen etiam urbano prædio interdum debeantur. Cuiusmodi sunt iter, actus, via, aqueductus, hauustus aquæ, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi pecoris, ius calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ. Nemo, n. vnquã præter Neratium dixit, rusticorum prædiorum seruitutes illas esse, quas diximus urbanorum, aut contra: alioqui confunderentur iura omnia de seruitutibus si ex urbanis possent fieri rusticæ, vel è contrario, pro locorū vel qualitatis prædi diuersitate, cum plerq. sint inter seruitutes urbanas & rusticas differentiæ, quas alibi prosequemur. † Videntur a. prudētēs in ea primū constituta differentia ad id potissimum respexisse, quod ex seruitutibus quædam visæ sunt habere plus necessitatis aut vtilitatis ratione prædiorū quæ essent in vrbe, id est ædificiorum, quæ dubitandum non est ab initio urbana dicta fuisse. Aliæ verò, aptiores esse fundis, & prædiis quæ ruri essent, excolendis, indèque

aliis naturam & appellationem urbanarum seruitutum inditam fuisse, aliis rusticarum. † Cum verò inter vtrâsq. seruitutes differentiæ multæ sunt, tum illa in primis & obseruatione dignissima quod urbana circa idem subiectum sunt vt plurimum duplices, vna affirmatiua, vt altiùs tollendi, tigni immittendi, stillicidij auertendi. Alia negatiua, vt altiùs non tollendi, tigni non immittendi, & similes. Rusticorum verò prædiorum seruitutes sunt simplices, & affirmatiuæ tantum, per paucis exceptis, quæ possunt constitui negatiuè. Itaque seruitus quidem aliqua est quæ tribuit ius eundi per fundum alienum, & iter appellat: sed nulla est, quæ tribuat ius non eundi. Idémque de actu & via dici potest. † Cuius differentiæ ratio pendet ex eo quod iam in præcedentibus docuimus, seruitutes rusticas in hominis facto consistere, eoque tali quod continuum esse nõ potest. Nemo enim tam perpetuò, aut tam continenter ire potest, aut agere, aut vehere, vt non sit ei sæpissimè quiescendum, l. seruitutes 14. ff. de seru. Aut seruitutes urbanorum prædiorum tales sunt, vt earum vsus sit continuus: adeò vt quamuis nullus seruitutis vsus esse amplius possit, adhuc tamen seruitus duret, nisi is cuius prædium seruitutem debebat, aliquid ex parte sua fecerit, per quod impediatur vsus seruitutis, veluti si ædes tuæ adibus meis seruiant, ne altiùs tollantur, aut ne luminibus mearū officiat, & ego per statutum tempus quod olim erat biennij, hodie verò decennij aut vicennij fenestras meas reflexas habuero, vel obstruxero, ita demum ius meum amittito, si tu per hoc tempus ædes tuas sublatas habueris: alioqui si nihil noui feceris, retineo seruitutem, leg. hoc autem 6. de seru. urb. præd. vbi aliud exemplum additur de seruitute tigni immittendi Inde namque fit, vt semel constituta seruitus altiùs non tollendi non possit amitti, aut extinguui, quin hoc ipso ædes quibus antea debebatur, incipiant debere contrariam seruitutem altiùs tollendi, id est patendi vt ædes quæ seruitutem debebant altiùs non tollendi, iam altiùs tolli possint: alioquin prior illa seruitus altiùs non tollendi semper durare intelligeretur. Quod in seruitutibus rusticis nõ similiter euenit, quia hoc ipso quod dominus prædij dominatis nihil amplius facere non potest in fundo alieno qui seruitutem debebat, satis apparet extinctam esse omnino seruitutem, siue non vtendo perierit, siue per stipulationem, qui sensus est d. l. Hac autem. † Distinximus. v. seruitutem altiùs non tollendi à seruitute ne luminib. officiat, vt refellamus sententiam I. Cuiacij, qui lib. 17. obseru. c. 37. scripsit esse vnã & eandem seruitutem, ita vt acquisito iure, Ne altiùs possis ædes tuas tollere, illud etiam acquisuisse videar, Ne luminib. meis officere queas, ex l. luminum 4. D. urb. præd. vbi distinguit quidem Paulus seruitutem luminum à seruitute, Ne luminib. officiat, sed non similiter seruitutem, Ne luminibus officiat, à seruitute altiùs non tollendi. Ait. n. luminum seruitute constituta id acquisitum videri, vt vicinus lumina nostra excipiat, i. non possit prohibere quominus ædiū nostrarum fenestras aduersus ædes, aut aream ipsius apertas habeamus. At cum seruitus imponitur, Ne luminibus officiat, non illud tantum adepti videmur, sed hoc etiam amplius, ne ius sit vicino inuitis nobis altiùs ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum. At contra Cuiacium illud facit quod multo generalior est seruitus illa, Ne luminib. officiat, quàm illam, Ne altiùs tollatur: siquidem ædificia quæ seruitutem illam patiuntur, viridaria supra illam altitudinem habere possunt, itémque arbores, & alia huiusmodi præterquam parietem altiorem, tamen ea

ratione

ratione futurum sit vt luminib. officiat, quod tam è iure suo esse ex seruitute constituta, Ne luminib. officiat. Facit. contrariam seruitutem quilibet cuius tale quod facit officiat luminibus vicini, vt probatur aperte in l. ex constitutione l. adu. 12. cum l. si arborum 17. D. de seru. urb. præd. Nec repugnat d. l. luminum, quæ ait dicitur eum cuius ædes debent seruitutem, Ne luminib. officiat, non posse altiùs tollere. Nimirum quia hoc ipso, quod altiùs tolleretur, obstrueret ædes dominantes. Sed non est bona consecutio, vt è contrario is cuius ædes debent seruitutem altiùs non tollendi, non possit officere luminibus vicini, quia hoc tantum prohibitus videtur, ne officiat altiùs tollendo, non etiam alio quouis modo, puta viridaria aut arbores supra ponendo. Nec. n. altiùs tollere ædes, qui ita facit. Et quamuis seruitus altiùs non tollendi ob eam præcipue finem constituiti soleat ne luminib. officiat, ad vicinam d. l. luminum, id tamen ita accipiendum est ne luminibus officiat, eo modo, id est altiùs tollendo, non vt alij modi luminib. officendi prohibiti intelligantur. † Cum enim sicut homines ipsi, ita & res quoque naturalem habeant libertatem nisi quatenus is imponitur seruitus est siue per stipulationem siue per pactum in tradendo interpositum aut incontinenti post aliquem contractum siue per vicinam voluntatem (quib. duntaxat modis seruitutem constitui posse placuit §. vltim. l. si de seru. præd.) omnino consequens est vt ea semper interpretatio capi debeat quantum fieri potest ne qua durior seruitus constituta videatur, vt à naturali cuiusque rei libertate quàm minimum recedatur, l. alius 8. C. de seru. & aqua. cum l. 9. D. seru. urban. præd. Et ideo diligenter animaduertendum est quibus verbis constituta sit seruitus, potèstque imputari ei qui constituit, in testamento, aut ei qui per stipulationem aut per pactum sibi eam acquisiuit, cur non dixerit legem apertius, ex generali regula, l. veteribus 39. D. de pæd. l. Labeo 21. D. de contr. empt. † Vnde est quod separamus etiam seruitutem luminum à seruitute Ne luminibus officiat, cum tamen prima facie & minus subtiliter intuenti eadè seruitus esse videatur. Sed & seruitutem Ne luminib. officiat distinguere oportet à seruitute Ne prospectus offendatur; quia in seruitute prospectus hoc plus habet dominus seruitutis, ne quid ei officiat ad gratiorem & liberiorem prospectum. In seruitute autem luminibus non officendi, hoc duntaxat ne lumina ipsius obscuriora fiant, id est, quantum ad hoc vt cælum æquè videatur. Illa namque differentia est inter lumen & prospectum, quod prospectus etiã ex inferiorib. locis est, lumen verò ex inferiorib. esse non potest. † Deniq. cum seruitutes omnes habeant causam impositiua, l. de pupillo 5. §. & bene Sextus Pedius de oper. no. n. n. c. quilibet dicit aliquam & talem impositam esse seruitutem, id ipsum probare debet d. l. alius & l. vis eius 15. C. de probat. Et hoc est quod ait Vlp in d. l. cum eo 9. urban. præd. nullam competere actionem cum eo, qui altiùs tollendo ædes obscurat vicinas quib. non seruiat, & in l. inter seruantes 15. eod. eum qui in suo aliquid facit per quod impediatur lumen vicini, posse ita demum prohiberi ne id faciat, si dobeat seruitutem. † Et si. n. nemini permittendum est vt alteri iniuriam faciat, aut damnum adferat, damnum autem esse videtur, etiam cum ædium luminib. officiat, non potest tamen videri, aut iniuriam aut damnum inferre is, qui iure suo utitur, quomodo utitur, qui pro arbitrio ædificat in libero solo l. si pignus 24. §. vlt. cum l. seq. D. de dam. infect. vbi additur nec videri damnum facere, i. pati eum qui illo velut illicto, quo hucusque

vsus fuerat, nec vt prohibetur, nullumque interest, vtum quis damnum sentiat, vel lucto quod faceret vt prohibeatur. Quod tamen ita est accipiendum, ne ad iniuriam alterius ædificetur, i. eo duntaxat animo, vt vicino noceretur, non vt ædificanti potissimum colular. Hoc enim non magis licet, quàm vt prohibere ædificanti, l. x. q. 13. §. 5. hanc quædam 7. C. de adu. priuati. † Obtare tamen valde videtur, quod scriptum est in l. qui luminibus 11. D. de seru. urb. præd. cum qui luminibus vicinorum officeret, aliudve faceret contra commodum vicini, formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere: quod & scriptum est in d. l. ex quo 9. 1. vbi Zeno præcipit, vt qui proprias domos renouare cupiunt, veterem formam non excedant, sicut nec hi, qui nouas ædificant, ne lumen aut prospectum vicini auferant. Quod etiam pertinere videtur re scriptum Imp. Antonini in l. 1. C. de seru. & aqua, vbi dat actionem ordinariam aduersus eum, qui ædificium contra veterem formam extruxit vt luminib. vicini officeret. Itémque quod Paul. scribit in l. cum 24. D. de seru. urb. præd. Cuius ædificium iure superius est, eius esse in infinitum supra suum ædificium imponere, id est, vt sequens lex explicat, ex ædificio suo quantum velit in aliud immittere, dum inferiora ædificia non grauiore seruitute oneret, quàm pati debent. In quibus omnibus locis & interpretandis & conciliandis, mirum est quantopere se torqueant interpretes. † Sed ne in eorum opinionibus & referendis & refellendis, sumus longiores, probanda omnino est ea sententia, quæ & Cuiacius sequitur ad §. æque. l. si de act. & tract. 9. ad ædificiam ad l. si priuquam 15. D. de oper. nou. man. vt distinguendum sit, an quis altiùs tollat ædes suas iure suo, id est iure libertatis naturalis, an verò iure impositio, id est iure impositæ seruitutis. Nam qui tollit altiùs suo & naturali iure, potest tollere in infinitum, nec veterem formam ædificiorum seruare cogitur, quomodo intelligendum est quod dicitur in d. l. cum eo. d. l. inter d. l. alius. Qui verò altiùs tollit iure impositæ seruitutis, veterem formam seruare cogitur, & ita ædificare, vt non faciat duriorè vicini conditionem quàm fuerit antea. † Sicque accipi debet quod scriptum est in d. l. qui luminibus & d. l. cum, vt probant verba illa, d. l. inferiora ædificia non grauiore seruitute oneret, quàm pati debeant. Nõ enim querendū esset de seruitute, si ædificaret iure libertatis naturalis, non seruitutis. Sic & in l. seruus 20. eo. 11. 17 §. si sublatum, vbi cum requirit l. C. vt si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadebat, in eadem specie & qualitate reponatur, ponendum necessario est præcedere seruitutem si nõ altiùs tollendi, saltem stillicidij recipiendi. Quæ seruitus ne cum ædificio ipso sublata, extinctaq. intelligatur, necesse est ædificiū quod reponitur intelligi esse idem quod antea erat: quod tamè non aliter induci potest, nequidem ex vtilitate publica, quàm si in pristina specie & qualitate reponatur. Cùm etiam hoc facto nihilominus fatendum sit, si quis re strictius interpretari velit, aliud ædificium esse, quod sequenti loco ponitur, adeò vt ædificio sublato vsu fructus intereat, quæuis area sit pars ædificij, nec restitutus adibus vsu fructus restituatur: quæ sententia est d. l. si sublatum. c. 1. l. quoties 34. §. vlt. D. de v. i. Si deniq. quod scriptum est in d. l. 1. C. de seru. & aqua, dandam actionem aduersus eum qui ædificium contra veterem formam extruxit, vt luminibus vicini officeret, sicut non de alia actione potest accipi, quàm quæ sit de seruitute, ita nec de alio intelligi potest, quàm de eo iure seruitutis & contra seruitutem ædificauerit, non de illo, qui iure libertatis naturalis. Quod aperte exprimit Zeno in d.

leg. ex quo. §. 1. ubi loquitur de iis qui proprias domos renouare cupientes formas veterum excedunt, aut prospectum vicinis auferunt, *aduersus eum*, inquit, *que pridem constituta sunt*, i. vt ego interpretor, contra ea quæ aliquando placuerunt, cum seruitus imponeretur. Neque videtur hæc distinctio magnam habere difficultatem. † Sed difficilius illud est apud interpretes, exemplum dare de eo qui ædificet, aut altius tollat in suo, seruitutis iure, cum dixerimus licere cuique id facere iure suo, nec in eam rem opus esse vlla constitutione seruitutis. Sunt qui Ioannem Fabrum secuti, putent non aliud exemplum adferri posse, quam in iis ciuitatibus, in quibus iure municipali certus modus ædificii constitutus est, ne quis possit supra eum modum altius ædes suas tollere vt apud Belnenses seruari audio. Potest enim iis in locis necessaria esse seruitus altius tollendi, vt quis consentiente non solum magistratu, sed etiam vicino cuius præcipue interest tale ius ædibus suis comparare possit. Sed interpretatio hæc parum probabilis est cum ad ius municipale pertineat, non ad ius commune, quod tamen agnoscit istam seruitutem altius tollendi, vt constat ex d. §. æquæ. & ex l. 2. de seruit. rustic. præd. Itaque placet aliis seruitutem altius tollendi tunc constitui cum is cuius ædibus debebatur seruitus altius non tollendi eam remittit. At hoc quoque parum subtiliter. † Aliud enim est remittere seruitutem ædibus suis debitam, aliud vero suas ædes contraria seruitute onerare, fierique facile potest vt quis debitam ædibus suis seruitutem vltro & gratis remittat, qui tamen aliqua seruitute suas ædes onerari, etiam oblata in eam rem ingeoti pecunia non pateretur. Et verò vix est, vt qui à vicino petit remissionem seruitutis altius non tollendi, velit eum ad id quoque adigere vt hoc ipso seruitutem nouam ædibus propriis imponi patiat. Effet enim illa flagitatio non solum importuna, & iniurialis, sed etiam inutilis ex parte illius qui vellet ædes suas altius tollere, cum ad hoc vt altius tollere possit sufficiat ei quòd nullam ædes debeant seruitutem altius non tollendi. Ex parte verò illius qui talem seruitutem concederet, quamuis posset dici, fore ipsi vtilem constitutionem seruitutis in id vt qui altius tollere vellet, non coeretur seruire veterem formam ædificiorum secundum ea quæ diximus, parum prudenter tamen ne dicam ridicule faceret, qui huius commodi captandi gratia vellet ædibus suis imponere seruitutem. Effet enim ei longè commodius & expeditius, remittendo seruitutem altius non tollendi, siue liberaliter siue accepta pecunia eam remissioni legem dicere, vt tamen supra certum modum altius tollere non liceret. Ideòque nec illud probare possum, quòd video alios existimare seruitutem altius tollendi eam esse, non quæ ex remissione seruitutis altius non tollendi inducatur, sed quæ post remissam seruitutem altius non tollendi propria & speciali actione constituitur. † Longèque probabilius arbitror, vt dicamus, quòd iam in præcedentibus attigimus, vt seruitus altius tollendi ea demum dicenda sit quæ inducitur per consequentiam necessariam ex vltucapione libertatis seruitutis altius non tollendi, cum fieri nequeat vt seruitutis libertas vltucapiatur quin hoc ipso contraria seruitus acquiratur, per quam fiat, vt qui ædes suas altius tollere non poterat te inuito, eas nunc possit tollere altius etiam inuito te: idque non ex libertate illa naturali quæ hæc facultatem ei daret, si nulla seruitus vnquam debita fuisset, sed iure acquisito per vltucapionem libertatis. Et hæc interpretatio valde conueniens est ei quòd diximus, seruitutem hanc altius tollendi

non acquiri nisi in consequentiam libertatis acquisitione seruitutis altius non tollendi. Sicut enim non acquiritur ea libertas, nisi illo qui seruitutem altius non tollendi debebat, altius tollente. l. 4. §. vlt. de vlt. l. si a des 32. §. libertas ff. vrb. præd. ita nec potest videri acquisita seruitus altius tollendi, nisi quatenus ille altius sustulit, vt tantum videatur præscriptum, quantum possessum, ac proinde si velit modum illum excedere, & adhuc altius tollere, non est ei permittendum, quasi durantibus reliquiis quibusdam seruitutis pristinae altius non tollendi in eo quod excedit modum illum veterem ædificij, qui seruatus fuit in vltucapienda libertate.

CAPVT XVI.

Interpretatio l. vlt. ff. comm. præd. & l. vlt. ff. de usufructu 26. ff. de stipulat. seruor.

SUMMARIUM.

- 1 Seruitutem qua fundo communis imponitur non nisi ab omnibus dominis ex iure consensu.
- 2 Si quis ex vltimo separatim dicto fundo seruitutem imponerit eundem posse iunimo iure prohibere ne is cui constituit a se ea viatur.
- 3 Ex æquitate tamen pati debere vt iure cesso viatur.
- 4 Nouissimo ex dominis fundi communis seruitutem cedente & constituente præcedentes omnes cessiones ex nouissimo illo actu confirmari.
- 5 Domino qui primus cessit decedente cessionem a nouissimo post primi decessum factam non valere.
- 6 Quomodo accipi debeat quod dicitur posteriore cessione seruitutis priores confirmari.
- 7 Retrospectionem eo casu nullam esse, sed fictionem tantum.
- 8 Sensus & emendatio vrb. idem iuris.
- 9 Domino qui non cessit decedente vel partem suam alienante, omnes etiam eos qui iam cesserant ex integro cedere debere.
- 10 Ex legato quod posteriore loco socius fecerit aliam cessionem prius ab alio factam confirmari.
- 11 Quæ iuris, si omnes socij sine eodem sine alio atque alio tempore factis testamentis seruitutem legent?
- 12 Cur eo casu Paulus in d. l. vlt. requirat vt vtriusque hereditas pariter adeatur?
- 13 Legatorum d. em. tam iure vetere quam nouo ab adita hereditate cedere.
- 14 Usufructu vel alijs personalibus seruitutibus legatis diem legati non nisi ab adita hereditate cedere.
- 15 Paulum in questione proxime proposita, de tempore adita hereditatis locutum esse.
- 16 Explicantur vltima illa Pauli verba, non sicut viuentium, ita & morientium actus suspendi posse.
- 17 Respondetur ad l. usufructus 26. ff. de stipulat. seru.
- 18 Actus viuentium non magis quam morientium ratione iuris inspecta sustendi posse, ex æquitate verò aliquam hac parte inter hos actus differentiam esse.

Sicuti seruitutes prædiorum constitui non possunt sine duobus prædijs, quorum alterum seruitutem debeat, alteri verò seruitus debeatur, l. 1. ff. comm. præd. ita neque à non domino fundi seruiens, neque ab vno ex dominis eiusdem fundi si plures fortasse proponantur, sed necesse est constitui seruitutem à domino omnibus, adeòque simul: quia cum seruitus sit ius prædij tam ex parte fundi seruiens, cuius ius dimittit, quæ ex parte fundi dominantis, cuius ius auget,

l. de pupillo. §. 5. & vlt. Sextus. ff. de oper. non. nunciat. fieri non potest vt constituatur ab eo qui nullum ius in re habeat, neque rursus ab eo qui non sit dominus nisi pro parte, siue pro diuiso, siue pro indiuiso, cum seruitus quæ indiuisa est, pro parte acquiri non possit, l. per fundum 11. ff. de seruit. rustic. præd. l. si quis duas 6. §. item si duo. l. vlt. ff. comm. præd. l. pro parte 11. ff. de seru. † Ergo si quidam ex dominis separatim constituerint seruitutem, dicendum est subtili ratione iuris, non aliter meam fieri seruitutem, quam si omnes constituerint, & consequenter illos etiam qui iam constituerint, posse me interim prohibere, ne ea seruitute vtar, d. l. per fundum. † Vbi tamen subiungitur benignius & æquius esse, vt prius etiam quam nouissimus cesserit, non possint me vetare vt iure cesso ij saltem qui iam antea cesserunt, & constituerunt. Hic enim, vt & in alijs plerisque præsertim quæ ad seruitutes pertinent, negligimus persæpe subtilem rationem iuris, vt contrahentium voluntati inseruiamus, quantum æquitas pati potest. Equum autem non videtur, vt cuiquam liceat debeat contra proprium factum venire eo solo prætextu, quòd alius nondum id fecerit, quòd fieri postea quodcumque possit. † At obseruandum illud est quòd nouissimo ex dominis cedente & constituente seruitutem, præcedentes omnes cessiones ex nouissimo illo actu confirmantur, & sunt efficaces, d. l. per fundum. & d. l. vlt. comm. præd. quo loco addit Paulus perinde esse hoc casu atque si eodem tempore omnes cesserint. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi hoc ipsum mera iuris ratio patiat. Nam & hoc quoque contra iuris rationem receptum fuit ex æquitate, vt prima legis verba probant, Sicut enim seruitus quælibet solo vltucapio excepto indiuisa est, l. 1. §. si usufructus. ff. ad leg. falcid. ob idque nec per partes acquiri potest, vt iam dixi, ita nec potest fieri vt priores cessiones quæ ipso iure non valuerunt, confirmantur ex posteriore quæ nec ipsa magis valere potest quam ceteræ, cum facta sit separatim, vt priores. † Ex eo autem, quòd dicimus priores cessiones non nisi ex nouissima confirmari, bene infert Paul. in d. l. vlt. Si is qui primus cessit, decesserit, vel alio modo partem suam fundi alienauerit, post deinde alius socius cesserit, qui nondum cesserat, nihil agi posteriore cessione, non magis quam priore, Nempe quoniam eo tempore socius hic qui cessit tanquam vltimus, non reperitur vltimus ex socijs qui cedere debent, cum habeat nouum socium, qui nondum cessit, scilicet prioris cedentis heredem, vel eum qui à priore illo cedente emerit. † Quod enim dicimus posteriore cessione priores confirmari, non ita accipi debet, inquit Paulus, quasi posterior cessio retrahatur ad tempus prioris, (quid enim si duæ essent priores, & quidem diuersis temporibus factæ?) sed vt perinde habeatur, atque si eo tempore quo postremus ex socijs cedit, omnes simul cesserint. † Itaque retrospectio hæc nulla est, sed fictio tantum, quæ priores cessiones tantisper in suspensio retetas in id tempus protrahat, quo vltima cessio fiet, vt omnes simul factæ videantur. Nam & facilius illa fictio est, minusque à veritate abhorrens vt fingantur omnes socij eo tempore cesserint, quo verum est neminem superesse, qui iam non cesserit, quam vt fingantur cesserint omnes eo tempore quo verum sit neminem adhuc excepto vno cesserint. Lex .n. civilis in fictionibus inducendis perpetuò ita obseruat, vt quæ admodum eas non inducit nisi ex necessitate, ita nec nisi quatenus necesse est, & vt ab eo quod verum est, quàm minimum discedat. † Quod cum ita sit, dicendum videtur in proposita specie rursus pendere hunc

cessionis actum, quem fecerit socius ille qui nouissimus videbatur, donec nouus socius cedat, siue heres sit prioris cedentis, siue emptor. Idemque iuris erit, inquit Paul. si vni ex dominis prædij dominantis cedatur seruitus, deinde in persona ipsius aliquid horum acciderit, vt vel defunctus sit, vel partem fundi alienauerit. Si .n. post ipsius mortem, vel alienationem ab ipso facta eadē seruitus cedatur alteri ex dominis, cui nondum cessa fuerat, non idcirco valebit cessio quasi priore per posteriorem confirmata. Sed hæc quoque nouissimus casus cessionis pendebit quousque facta sit alia cessio heredi eius cui priorem factam fuisse ponimus vel emptori: Qui sensus est d. l. vlt. in vrb. idem iuris est. vbi proculdubio irreptitia sunt, & delenda omnino verba illa, in personam socij, quæ idem tanquam suspecta parentesi concluduntur. † Sequitur apud Paulum, Ergo & ex diuerso si ei qui non cessit, aliquid supradictorum contigerit, nempe vt vel decesserit, vel partem suam alienauerit, ex integro cedere omnes debere, etiam eos qui iam cesserant, quia cum cessionis tempore haberint alium socium quàm nunc habent, fieri non potest, vt cessio quæ nunc fiat ab herede illius qui tunc socius erat, videatur facta ab omnibus socijs simul. Necesse .n. est vt vtroque tempore prioris & posterioris cessionis iidem fuerint socij non diuersi, ad hoc vt cessio diuersis temporibus facta eodem instanti facta existimetur. Idque est quòd idem Paulus ait, Istis socijs tempus duntaxat remissam esse, quo dare facere ac seruitutem cedere possint. i. vt diuersis quoque temporibus possint cedere: aut non etiam vt mutato socio prior cessio valere possit, siue loquamur de socijs, qui cessionem fecerint, siue de iis quibus cessio facta sit: alioqui videretur cessio facta vel vni, vel ab vno ex socijs, quorum neutrum fieri potest. † Idemque dicendum est, addit Paulus, et si alter ex socijs cedat, alter legat seruitutem, vt nimirum ex legato, quòd posteriore loco socius fecerit, alia cessio prius ab alio facta confirmetur. In quo dubitandi ratio erat, quòd non videretur posse fieri; ab vtroque ex socijs eodem instanti constituta seruitus fingi posset, quæ ab vno constituta esset inter viuos, ab altero autem per legatum: sicut dici solet inter eos qui ex diuerso iure, aut ex diuersis testamentis succedunt, non esse locum ad crescendum, l. si sub conditione 16. ff. quib. mod. vlt. amit. l. sed cum patrono 6. ff. de bon. poss. Sed ratio decidendi est, quia cum non minus per legatum possit constitui seruitus quàm per contractum, l. potest 16. comm. præd. nihil vetat eodem instanti & legati iure acquiri seruitutem ab vno ex socijs, & ex contractu ab altero. † Quid igitur si omnes socij legent seruitutem, siue eodem siue alio atque alio tempore factis testamentis? Ait Paulus in dict. leg. vltim. non tam illud inspiciendum, an pariter & eodem tempore testamentum fecerint, quàm vtrum hereditas vtriusque pariter adeatur. Hoc .n. casu erit vtile vtrumque legatum, quòd è contrario esset inutile si vnus ex testatoribus hereditas priusquam alterius adita proponeretur. Inutiliter enim cederet dies legati ab eo relicti, cuius hereditas prior adita esset, quia non magis testamento, quam cōuentione potest constitui seruitus pro parte: legatum autem necesse est valere, vel eo tempore, quo die eius cedere oportet, vel nunquam. Rursus posteaquam inutiliter cesserit dies illius legati, non posset fieri postea vt caderet vtiliter dies alterius legati quòd in alterius socij testamento relicti esset, & ex quo adita esset posteriore loco hereditas. Eadem nimirum ratione, qua diximus, alterius legati cessionem impediri. Nec .n. sicut viuentium, ita defunctorum actus suspendi receptum est, vt Paulus ait. † In qua

tamen ratiocinatione possit quis mirari cur requirat ille ut utriusque hereditas pariter adeatur potius quam ut ambo testatores pariter moriantur, aut cur non saltem utrumque simul, cum hereditas quandoque adita, ex die mortis adita esse retrofringatur, l. *heres quandoquaque* 54. ff. de acquir. hered. † Unde & illud est, quod quamuis non prius possint valere legata, quam sit adita hereditas, l. *si nemo* 9. ff. de testam. in rel. l. *si tibi homo* 86. §. cum seruus. de leg. 1. l. *ea quam* 14. C. de fideic. legatorum tamen dies cedere dicatur, non ab adita hereditate, sed à die mortis, siue inspicias ius vetus quod fuit à tempore legis duodecim tabularum vsque ad legem Papiam, siue ius nouum, quod induxit Iustinianus restituendo ius vetus abrogata lege Papia, in l. *unic. §. ia nouissimo*. C. de caduc. tollend. Accedit quod testamentum confirmari dicitur à lege, non eo tempore quo aditur hereditas, sed quo testator moritur. Aditio enim quamuis sit necessaria ad hoc ut testamentum possit effectum suum habere, tamen non tam legis quam hominis ea confirmatio est: ob idque non adita hereditate dicimus testamentum destitui, ab homine scilicet non à lege Nam neque posset destitui ab homine, si non esset antè confirmatum à lege, id est, si non esset instituto heredi delata hereditas ex testamento: quæ porro sicut à lege deferri tantum potest, ita & eo tantum tempore quo confirmauit testamentum, & quo testamentariam hereditatem lex induxit, leg. *delata* 151. leg. *lege obuenire* 130. ff. de V. S. † Nec videtur posse responderi quod fortasse quis ex superiore loco Pauli vellet inferre, diem legatarum seruitutis non cedere nisi ab adita hereditate, in eoque vitari regulam iuris communis legatorum. Est enim id speciale in usufructu & in aliis seruitutibus personalibus, ut si legatarum sint, earum dies non cedat nisi ab adita hereditate, l. *unic. §. dies autem* ff. *quand. dies vsuf. leg. ced. l. 2. §. 3. leg. si habitatio* 9. ff. *quand. dies leg. ced. dicit. l. unic. §. liberi etibus*. Cod. de caduc. tollend. qui omnes loci cum de usufructu tantum loquantur, deque ceteris seruitutibus personalibus, hoc ipso excludunt expressè seruitutes reales, ut intelligamus non idem iuris in iis constituendum esse. † Dicendum igitur est, ut ego quidem ex illo loco, locutum fuisse Paulum de tempore adita hereditatis, cum loqueretur de legati d. e vitiler cedente, non quia dies legatarum seruitutis non cedat à morte testatoris ut ceterorum legatorum, sed quia tunc quoque cum cedit à die mortis, necesse tamen est adiri hereditatem antequam possit dici cessisse, quandoquidem si postea non adiretur hereditas, verum esset dicere nunquam cessisse à die mortis. Ac proinde inspiciendum fuit tempus illud quo inciperet omnimodo certum esse valere utrumque legatum seruitutis, quod non potuit certum fieri posito ita iure, ut inspicere deberet tempus mortis nec si ambo testatores pariter mortui probarentur, ita ut nesciri posset uter eorum prior aut posterior decessisset, ut in l. *quod de pariter* 16. l. *qui duos* 9. ff. de reb. dub. l. *si eius* 24. ff. ad SC. Trebel. † Explicandum illud superest quod addit Paulus, non sicut viuentium, ita & morientium actus suspendi posse. Pugnare namque id videtur cum eo quod idem Paul. scribit in l. *vsufructus* 26. ff. de stip. seru. vbi ponit differentiam inter legatum & stipulationem usufructus in persona serui hereditarij, ut quamuis seruus hereditarius inutiliter usufructum stipuletur, ratione illa quod usufructus sine persona esse non possit, usufructum tamen eidem legari non prohibeat, l. *si seruo* 13. ff. *quib. mod. vsuf. amitt.* Et huius differentiarum rationem illam reddit quod legati usufructus dies non cedit statim,

sed adita demum hereditate, stipulatio. a. pura suspēdi non potest. Immo quod magis est, ibidem subicit, si seruus hereditarius stipuletur usufructum sub conditione, nec hoc casu valere stipulationē, quia quamuis nihil ex ea peti possit ante conditionis euentum, atque ita conditione ipsa suspēsa sit, stipulationē tamen ab initio valere necesse est, virēque accipere ex presenti eo tempore, quo interponitur: atque ita videtur Paulus concludere, e. actus morientium suspendi posse, viuentium non posse. † Verum respondendum est differre casum illū ab eo, de quo nunc tractamus. Nam cum seruus hereditarius stipulatur, necesse est ut valeat stipulatio vel eo instanti quo stipulatur, vel numquam, cum eo tempore verba proferantur ex quibus solis aestimatur stipulatio. Nō potest autem valere nisi ex domini persona, siquidem stipulatio est inuentum iuris ciuili, cui prorsus incognitus est seruus, nisi quatenus ex persona domini accipit stipulatio ad capacitatem. Dominus porro nullus est qui sit capax acquirendi usufructum eo tempore quo seruus est hereditarius, quia quamuis hereditas personam defuncti representet in iis omnibus, quæ sunt iuris, non tamen sustinere illā potest quod ad usufructum, quippe cum usufructus consistet ex utroque fruendo, quod meriti facti est, non iuris, l. *unic. in prin. ff. quand. dies vsuf. leg. ced. l. 1. §. Sceno. la ff. si vs qui vs. lib. est. i. ff. i. ff. At in legato usufructus aliud est, quia cum eius dies nō cedat ante aditā hereditatē, etiam si homini libero fuerit legatus, frustra esset querere, utrum ante illud tempus persona aliqua sit cui per seruum hereditarium legatum usufructus acquiri possit, sufficitque, ut hereditas illa cuius fuerat is seruus hereditarius, habeat heredē & personā aliquā veram eo tempore quo aditur hereditas testatoris illius, qui usufructum legauerat seruo alienæ hereditatis. Neque hoc casu remanet in suspēso potestas legis, sed propter naturā legati tardius cedit dies quam fuerit cessurus, si quid aliud legatum fuisset. In ea verò specie quam tractamus de seruitutibus, legatis à pluribus dominis, dicendum esset manere potestatem legis in suspēso, si nō intercideret legatum eo tempore quo aditur hereditas vnius ex testatoribus, cum certū sit eo tempore aditionis prioris non posse confirmari legatum, quin seruitus pro parte acquiratur, quod fieri multo minus potest. Ergo cum nec illud fieri queat ut in suspēso sit legatum, quod sola legis potestate subsistit, nihil aliud superest nisi ut neutrum valeat. Stipulationem verò seruitutis hoc ipso casu defendimus, nō quia possit ipsius validitas manere in suspēso, cum certi iuris sit talem stipulationē partis seruitutis ab initio nō valere ipso iure, sed quoniam ipsius effectum ob contrahentium vtilitatem in suspēso retinemus, quoad ius spes est futurum ut posteriore stipulatione, & cessione prior confirmetur. † Itaque si rationem iuris inspicias, non differunt hac parte actus morientium ab actibus viuentium. Verum. n. est neque hos, neque illos suspendi posse, d. l. *per fundum* 11. ff. *rustic. prad.* Sed si æquitatem & vtilitatem publicam, differunt, & differentiarum ratio est, quia in vltimis voluntatibus eo tempore quo sit acquisitio nullius hominis factum veritatur, sed tantum autoritas legis, quam satis est consummare voluntatem defuncti, quæ alioqui subsistere non posset, nec fuit cur alio premio aut commodo inuitarentur homines ad testandum: iolari a. ab hominibus potestatem legis in ea re, quæ tota pendeat ex ipsius legis liberalitate, iniuriosum sanè esset ac iniuriale, quantacunque alicuius vtilitatis ratio obtendatur. At in contractibus iis præsertim qui iure gentium comparati sunt ut emptio, venditio, permutatio, & alij similes, quamuis etiam*

etiam iure ciuili confirmantur, & ideo ad iuris quoque, ciuili rationem accommodari debeant, facilius tamē est ut benigna interpretatione multa in iis admittantur contra subtilem iuris rationem propter vtilitatem contrahentium, ut magis inuitentur homines ad contrahendum, qui alioquin non essent contracturi. Nec aliud in stipulationibus iuris est, quamuis sint ex mero iure ciuili, quia pendent ex negotio contracto, l. 5. §. *conuentionales*. ff. de verb. obl. & ex iis potissimum contractibus, quos ius gentium introduxit.

CAPVT XVII.

Retractata quæstio, An coniunctis personis non in potestate constitutis acquiri possit aliqua actio ex alterius stipulatione.

SVM M A R I A.

- 1 *Alteri stipulari neminem posse præterquam si filius patris, vel seruus domino stipuletur.*
- 2 *Quinque rationibus & argumentis refutatur exceptio a nonnullis Interpretibus addita, nisi proponatur stipulatio ab ea interposita qui coniuncta persona prouidere voluerit. & num. 3. 5. 6. 11. 12.*
- 4 *Sententia l. si genero 26. C. de iur. dot.*
- 6 *Enodatur & explicatur l. si pater 23. ff. de pact. dotal.*
- 7 *Non semper patrem filio quem in potestate habet, nec filium patri in cuius potestate est vtiliter stipulari.*
- 8 *Ratio dubiandi & decidendi in d. l. pater.*
- 9 *Non posse in specie eius legis ex patris stipulatione vtiliter actionem filijs accommodari.*
- 10 *Examinantur l. 9. ff. de pact. dotal. & cum d. l. pater conciliantur.*

Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahant, nisi ex persona nostra obligatio initiū sumat, inanem actum nostrum efficiunt, l. *quæcumque* 11. ff. de O. & A. Eademque Vlpiani sententia est in l. *stipulatio ista* 38. §. *alteri* De V. O. alteri stipulari neminem posse, præterquam si seruus domino, vel filius patri stipuletur: eiusque rei rationem illam reddit & elegantem & generalem, quod inuentæ sint obligationes omnes ad hoc ut vnusquisque sibi acquirat quod sua interest. Atqui ut alij detur, nihil interest mea, præterquam, inquit, si pœnam quis stipulatus sit, puta cētum pœnæ nomine, si hoc factū erit, vel non erit, quia in pœnalibus stipulationibus non querimus an inter sit stipulatoris, sed tantum quænam sit conditio stipulationis, & quænam quantitas pœnæ. Et sanè cum obligatio omnis sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ vel præstandæ, l. 3. de O. & A. negari non potest quin per eam imminuatur quodammodo libertas ciuis Romani, quod non facillè permittendum fuit à legislatore nisi eo casu, quo publica vtilitatis & societatis ratio id ipsum admitti suaderet. † Solent tamen interpretes nostri subiicere exceptionem, nisi stipulatio proponatur ab eo interposita, qui voluerit coniunctæ personæ prouidere, quasi adfectio personarum facere debeat, ut valeant huiusmodi stipulationes, ad actionem, si non directam, saltem vtilem producendam, ex l. *Publia Mania* 26. in pr. ff. *depos. l. Caius*. 46. sol. matr. l. *cum quis decedens* 37. §. *codicillis*. de leg. 3. l. *pater*. 7. C. de pact. conuent. Quæ sententia mihi semper visa est falsa, ob idque à me primo Coniecturarum nostrarum libro confutata, sed non tam fusè, ut non multa addi possint, ex quibus manifestius confutetur. † Si quid. n. toto in iure nostro certum, illud planè certissimum est, Quoties alter alteri, quem in potestate non habet, stipulatur, adeo nullam

esse stipulationem, ut non magis vtilē quam directam actionem parere possit, etiam si pater filio emancipato stipuletur, aut mater filio, aut filie, aut filia matri, quæuis sint personæ istæ coniunctissimæ. † In eamque rem textus est omnium apertissimus in l. *si genero* 26. C. de iur. dot. quæ loquitur de stipulatione interposita per patrem in factorem filij emancipati, ut constat tam ex illis verbis, *pater communis*, quam ex consequentibus, *tibi extraneo constituto*. Non. n. aliter potest filius constitui extraneus, quam per emancipationem, l. *quintilianam* 55. in fin. ff. de rit. nupt. Et tamen lex ait eo casu patrem nec sibi cessante voluntate, nec filio iure prohibente actionem querere potuisse: quod omnimodo sic accipiendum est, ut neque directam, neque vtilem quæsiuerit, ne aliter facta interpretatione fatendum sit Imperatores contra morem suum de iuris subtilitate, magis quam de effectu, & æquitate respondisse, cum in effectu nihil inter sit directamne quis actionem habeat, an vtilem, l. *actio* 47. ff. de negot. gest. Id enim ipsum est quod iidem Imperatores apertius rescripserunt in l. *cum patrem* 19. Cod. eod. tit. ne iur. dot. ex alieno pacto nullam prorsus competere actionem. Quibus verbis clarius nihil exprimi potuit ut non minus vtilis quam directa actio excluderetur. † Secundò idem probatur ex l. *pactum dotal* 4. Cod. de pact. conuent. tam sup. dot. vbi agitur de pacto dotali per matrem cum dote daret, interposito, de dote post mortem suam liberis suis restituenda. Et cum stipulatio ab ipsis liberis adhibita proponeretur, distinguit Imperator Gordian. an stipulatio illa legitime intercesserit, necne: ut si minus legitime, nulla actio liberis queri poterit, neque ex stipulatione quæ non valuit, neque ex pacto dotali matris. Non quod ex pacto nunquam nascatur actio (id. n. tunc obtinet cum pactum est nudum, quale dici nō potest illud quod interponitur cum dos datur, ut scriptum est in l. *i. C. eo*) sed quia mater liberis suis, quod ad hanc rem pertinet, extraneæ est, cum non habeat eos in potestate l. *mulierem* 5. C. de adop. Ex pacto autem extraneæ personæ quamuis non nudo, nulla actio dari potest: sed si legitima stipulatione inueniente liberi sibi prospexerint, tunc demum ex ea possunt agere, si modò non sint in patris potestate constituti. Id. n. est quod lex ait *si adhuc vinculis patriæ potestatis non alligeris*, quomodo certè legendum est, non ut vulgò attigeris. † Tertio probatur eadem hæc nostra sententia ex l. *pater* 23. D. de pact. dotal. vbi cum proponeretur pater quidam filia suæ nomine dotem dedisse genero, & pactus esse, ut si filia vno pluribusve liberis superstitibus moreretur, maritus partem duntaxat tertiam dotis retineret, reliquum verò idem patri, aut post ipsius mortem, illi aut illi, filiis quos in potestate habebat maritus redderet, interposita etiam in hanc rem stipulatione, mulier vero post mortem patris in matrimonio relictis filiis decessisset: Querit Africanus an filij stipulatoris possint duas dotis partes petere ex ea stipulatione: Et respondet posse: redditque rationem quod eius stipulationis hæc vis sit & potestas, ut si in matrimonio mortua esset filia, dos patri redderetur, ac si nulla filiorum stipulatoris mentio facta esset, perindèque habendum ac si talis stipulatio interposita fuisset, *si nauis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Titio extraneo dare spondes?* Quo casu si post stipulatoris mortem nauis veniat, non eo quidem magis Titio aliqua actio ex stipulatu quæretur, cum persona ipsius omnino sit extraneæ, sed tamen perinde stipulatoris heredi debetur, ac si nulla Titij mentio facta fuisset. Itaque non dubitat Africanus quin proposita in specie inutiliter concepta sit stipulatio in personis

7 filiorum, etiam si stipulationis tempore in patris eiusdemque stipulatoris potestate fuissent: quia quod dici solet, Patrem, filio quem in potestate habet, stipulari posse, sicut & filium patri in cuius est potestate, ut nimirum utroque casu patri per filium & obligatio & actio acquiratur. *l. eum qui in a 56. §. qui sibi, vers. quod si soli. Digest. de verb. obl. §. si quis alij, vers. et vero. Inst. de inut. stipulat.* id tamen nunc obtinet, cum stipulatio sit pura, aut confertur in diem vel conditionem quae possit existere viuo patre, ut in *leg. si filiusfam. 78. D. de verb. oblig.* At cum in id tempus confertur quo pater erit mortuus, ac proinde quo sublata erit patria potestas, non tam filio videtur stipulatus pater quam extraneo quem in potestate non habeat, quoniam in stipulationibus, ceterisque contractibus, qui conferuntur in tempus inhabile, non tam inspicimus tempus quo fiunt, ut valeant, quam tempus in quod conferuntur, ut eorum validitas impediatur, *leg. quod sponsae 4. C. de don. ant. nup. l. Titio cum morietur 51. D. de usuf.* quod & in libertatis datione quantumvis fauorabili iuris est, *l. Stichus 39. D. de man. test.* † Dubitandi ergo ratio apud Africa, illa erat quod filij quibus pater erat stipulatus, in ipsius patris erant potestate, sed decidendi fortior illa, quod stipulatio collata fuerat in tempus quo liberi omnimodo futuri erant sui iuris. † Quod si Africa, sentus ille esset, ut ex proposita stipulatione directa quidem actio filijs denegaretur, utilis tamen accommodaretur, non posset verum esse, quod ille ait, perinde habenda stipulatione hanc, ac si patris solius mentio facta fuisset: Nemo enim illo casu diceret utilem actionem potuisse quari filiis de quibus nihil in stipulatione dictum inueniretur. Neque rursum illud verum esset quod idem Africanus ait, Mortuo ante solutum matrimonium patre, dandam ex ea stipulatione actionem heredibus, & consequenter ipsis quoque filiis tanquam heredibus, non ex propria persona. Non enim filiis omnibus stipulatus fuerat pater, sed illi aut illi, ut habent verba legis, id est alterutri duntaxat: & tamen omnes simul admittuntur ad petitionem: Ergo tanquam heredes, & nulla ratione habita utilis actionis, quae semper in effectu praefertur directae quoties concurrunt directa in persona vnius, & utilis in persona alterius, *l. procuratore 55. D. de procur. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. ad S. C. Trebell. l. 1. §. is autem. D. de superfic. †* Quod etiam pertinet quod Pomponius ait in *l. si ita 9. D. de pact. dot.* Si ita conueniat ut si viuo socero mortua sit filia, ipsi socero dos reddatur: si mortuo socero, eius filio reddatur: si filio quoque defuncto, totum heredi soceri restituatur, benigna interpretatione posse defendi utilem esse stipulationem. Quae verba ostendunt manifeste, non valere igitur stipulationem ipso iure, cum ob eam causam recurrendum sit ad benignam interpretationem, ut & in *l. Scauola 76. D. ad S. C. Trebell.* Cur vero non valet ipso iure? An ex qua parte pactus fuit pater ut sibi dos redderetur, si viuo se filia decederet? Minimè. Nihil enim obstat quominus ex ea parte valeat stipulatio. An ergo ex postremo stipulationis capite, quo conuenit ut totum heredi patris redderetur? Ne hoc quidem. Nam quisquis sibi stipulari potest, eundem & heredi suo stipulari posse constat, adeo ut nulla quoque facta heredis mentio ne stipulatus ei intelligatur, quippe quod heres persona defuncti representet, *l. si pactum 9. D. de prob.* Nihil ergo est quod hanc stipulationem inutilem facere possit, nisi quod pater paciscens & suo heredi, mediam filij personam interposuerit, eique voluit acquirere actionem ex pacto dotali collatam in id tempus quo filius morte patris effectus esset sui iuris. An vero ea Pomponij sententia

est, ut ex huiusmodi stipulatione aliqua actio debeat dari filio, saltem utilis? Non puto, ex iis ipsis rationibus, quas proximè disputauimus ad Africanum, cum quo alioqui sanè Pomponius pugnaret. Arbitror igitur hanc Pomponij sententiam potius esse, ut interiecta filij persona non faciat inutilem stipulationem, quod ad personam heredis, sed tantum quod ad personam filij. In quo benigna sanè interpretatio op^o est, ut stipulatio, cuius validitas fuit interrupta per interpositam filij personam, in heredis tamen persona consistat, petinde ac si nulla filij mentio facta esset. † Quartum argumentum soleo fumere ex *l. inter socerum 26. §. pen. eo sit.* vbi tractans Papinianus de filia quae cum patre se dotè promitteret, pepigerat ut si in matrimonio sine liberis moreretur, matri suae dos solueretur, ait ex pacto filiae nullam matri quari actionem: Ergo ne utilem quidem. Non est enim nulla, quae utilis est, cum in effectu non modo tantum possit quantum directa, *d. l. actio 47. de neg. gest.* sed etiam directa praefertur. Nec in alio patitur noster Papinianus pactum filiae prodesse matri quam haec tenet, ut si heres puellae vitro soluerit matri pecuniam dotis, ac doctea maritus contra placita dotem petere velit, siue ab herede, siue à matre puellae, debeat ei ob stare exceptio pacti conuenti, quia nimirum facilius est ut ex pacto detur exceptio illi etiam cui non potuit quari actio, contra eum qui post pacti implementum venit aduersus pactum, quam ut ex eo aliqua nascatur actio siue directa, siue utilis in fauorem personae, quae non fuerit in potestate stipulantis. † Postrema ratio est ex *l. debitor 59. §. ult. ad S. C. Trebell.* vbi Paulus ponit, mulierem quae dotem dabat, pactam fuisse cum marito ut mortua se in matrimonio dotis pars matri redderetur, cum tamen nullam eo nomine stipulationem mater interposuisset, contenta scilicet pacto filiae. Postea moriens filia matrem suam & matrum ex aequa parte heredes fecerat, & à matre perierat ut hereditatem Titio restitueret. Iudex aditus & à pratore datus de hereditate, ut antiqui loquebantur, exciscunda, partem dotis matri adiudicauerat supra portionem suam hereditariam quasi ex utili pacto, id est quasi ex pacto filiae aliqua matri actio quaesita fuisset. Dubitabatur an & ea portio, quam mater quasi ex utili pacto illo habuerat à iudice, praestanda esset ex causa fideicommissi Titio, cui totam hereditariam portionem restituerat, Et respondet Paulus non esse restituendam, duplici ratione, Et quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto eam acceperat: In fideicommissum autem hereditatis non aliud venire solet, quam quod fuit hereditatis, *l. in fideicommissaria 18. eodem tit.* heredemque rogari oportet non solum de hereditate restituenda, sed etiam tanquam heredem, ut *SC. Trebell.* locus fiat, id est, ut in fideicommissarium actiones transire possint, *l. mulier 22. §. ult. eod.* Et quia non occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam portionem mater habuit, quibus postremis verbis aperte testatur Paulus errasse in proposito casu iudicem qui matri adiudicauit partem dotis ex filiae pacto tanquam utili, quod tamen erat prorsus inutile, nec magis ad utile, quam ad directam actionem producendam. Alioqui si ex tali pacto utilis actio danda esset, non errasset iudex qui dotis partem in diuidenda hereditate matri praecipua adiudicasset. Quidni enim, potuisset ei adiudicare id quod ipsa per utilem actionem ex stipulatu vitro petere & ab inuito coherede extorquere potuisset? Errat igitur, quotquot iudicis errore secuti putant adfectioni personarum hoc indulgendum esse, ut coniunctae personae per coniunctam utilis actio acquiratur, ac nec Cuiacium quidem excipio, cui hunc errorem placere potuisse

tuisse & video & miror. Sed eum sefellerunt proculdubio ij iuris loci, de quibus in sequentibus dicemus.

CAPVT XVIII.

De fideicommissio quod quis à depositario aut alio debitore suo reliquerit, ad *l. Publia 26. ff. deposit.* & *l. si pecunia*

77. de leg. 1.

SVM MARIA.

- 1 *Depositum in princip. d. l. Publia. filio neque tanquam filio ex conuentione matris neque tanquam heredi ex conuentione matris restitui.*
- 2 *Marium in ea specie pro iure suo cum filio prioris thori contendisse.*
- 3 *Pauli dubitatio in d. l. quomodo accipienda sit?*
- 4 *Depositum in dicta specie non actione depositi directa vel utili sed iure fideicommissi filio restitui.*
- 5 *Cur eo casu necessarium fuerit D. Pij rescriptum ut fideicommissum depositario iniungi posset?*
- 6 *Non potuisse D. Pium salua iuris ratione facere ne depositarius ille etiam post fideicommissi solutionem ab herede conueniri posset.*
- 7 *Ex illo rescripto per interpretationem prudentum ad debitores porrecto fideicommissum à quocunque debitore relinqu posse.*
- 8 *Respondetur ad secundam objectionem petitam ex §. codicillis l. cum quis decedens 37. de leg. 3.*
- 9 *Quo iure fratris filius in specie d. l. codicillis. actione depositi agere possit?*

1 **R**estat ut ad leges quas supra pro communi opinione attulimus, respondeamus: † At primum ad *l. Publia 26. in prin. ff. deposit.* vbi tractat Paulus de deposito per Publiam Meuiam facto Caii Seix, adiectis his verbis, *cum salua sanaque venere restitues mihi. Certè si aliqua mihi humanum contigerit, restitues filio meo, quem ex alio marito suscepi.* Defuncta est intestata, quae rebatur apud Paulum cui res commendata, id est depositum restitui deberent, filio an marito. Respondet Paulus filio restitui debere, sed non aperit quomodo iure id est an tanquam filio ex conuentione matris, an tanquam heredi. Puto ego nihil minus cogitasse Paulum, quam ut ex res filio tanquam filio ex matris conuentione restituerentur, quasi aliqua ei quaesita actione siue directa siue utili ex supradictis matris verbis. Repugnant enim rationes allatae à nobis capite superiore. At neque puto Paulum id sensisse, ut restituerentur filio tanquam heredi, quoniam verba illa, *filio quem ex alio marito suscepi*, non obscure praeseferunt habuisse illam alios liberos ex secundo marito, alioqui nihil attinebat addere supradicta verba ad demonstrandam personam filij, qui vnicus fuisset. † Quo tamen admisso cum proponatur defuncta mater intestata, fatendum est non modò filium ex prioris marito susceptum, sed alios quoque liberos ex posteriore matrimonio natos ei ab intestato successisse ex *S. C. Orficiano* pro aequis partibus, *l. matris intestata 4. D. ad S. C. Ter. ty.* & consequenter ad secundum maritum ex persona comunium liberorum, & pro ipsorum portionibus hereditariis hereditatem maternam pertinuisse, tanquam ei per liberos acquisitam, *l. sacratissimi 9. eod. tit. l. qui in aliena 6. §. sed et si legitima. D. de acq. her.* Et ob eam nimirum causam maritus pro iure suo cum filio prioris thori contendebat debere sibi restitui res depositas utpote ad quem res illae pro maiori parte pertineret, si plures liberos habere proponeretur, *arg. l. si plures 14. D. de posi.* † Aut saltem petinde accipienda est dubitatio Pauli, ac si quaereret an debeant restitui res depositae soli filio, an etiam marito, utriusque scilicet pro he-

reditariis portionibus: Alioqui non video quana potuerit esse ratio dubitandi pro marito: nec si poneres, quod vulgo putant, res ab vxore depositas proprias fuisse marito, quia non ob id actio illa posset competere marito, cui vxor nec pacta fuisset, nec paci ei potuisset excepta vindicatione quae domino datur, & in qua tamen si ea matris idemque dominus proponeret, non posset non vincere, iure scilicet dominij citra ullam conuentionem. Quamuis si eo casu quo res depositae fuissent inulier ei pacta esset, utilis actio depositi ex eo pacto daretur marito, qui vxori heres non fuisset, *l. pen. C. ad exhib.* propter coniunctam cum iure dominij conuentionem. Sed si ambo illa non concurrant, non potest alterutrum facere ut actio utilis depositi acquiratur vel domino, cuius fauore nullum fuit initium pactum vel ei qui in conuentione nominatus fuerit, si dominus non sit, ut omnium apertissime probat *d. l. pen. C. ad exhib.* † Concludendum igitur est, res depositas in hac specie restitui filio, non actione depositi, siue directa siue utili, sed iure fideicommissi, quod etiam ab intestato potest relinqui à quocunque debitore praestantium, praestantim vero à depositario post rescriptum *D. Pij* qui primus hoc ius induxit, ut refert *Vlp. in l. si pecunia 77. de leg. 1. & Scauola in leg. cum quis decedens 2. §. pater de leg. 3.* Non enim potuit Paulus ignorare rescriptum illud, cum iisdem *Vlpiani*, & *Scauolae* temporibus vixerit post *Dium Pium*. † Quod si quis pergat quaerere, cur necessarium fuerit rescriptum *Diui Pij* ad hoc ut fideicommissum depositario iniungi posset, respondebo necessarium fuisse, quia ex ratione iuris fieri non poterat ut tale fideicommissum valeret non quidem ea ratione quae impediret legatum, id est quod non possit valere vltima voluntas nisi quae facta sit in solenni testamento (id enim pertinet ad voluntates legitimas, id est legibus cognitae & praestitum legi duodecim tabularum, non ad fideicommissa multo post eam legem tempore introducta, utpote quae nullam iuris obseruationem desiderarent, *§. 1. Inst. de codicillis*) sed quia interest depositarij ne possit conueniri à fideicommissario, & vrgeri ad depositi restitutionem, quandoquidem non eo minus remanet obligatus heredi eius qui deposuit, in quem nimirum translata est ipso iure eadem illa depositi actio directa, quae deponenti competebat, iure scilicet hereditatis per quam transfunduntur iura omnia defuncti in heredem *l. 1. §. Scauola in fin. si quis testam. liber ess. iuss. l. ult. & tot. tit. C. de her. action.* Ita enim fit ut mortuo eo qui deposuerat, & qui quandiu vixit, fuit creditor, fiat heres ipsius nomine creditor, ut proinde non aliter possit contingere per solutionem liberatio, quam si soluat vel heredi ipsi, vel alteri ex ipsius voluntate, *l. iunio 12. C. de sol. iunio. l. si ego 9. §. res. ff. de iur. dot. nec potest depositario prodesse quod depositum restituerit fideicommissario ex voluntate defuncti à quo id acceperat. Id enim tunc ei prodesse debet, cum depositum restituit viuo & iubente deponente, qui eo tempore verus creditor fuisset. At cum per speciem vltimae voluntatis depositum restituere iussus est, non prius restituere iussus dici potest, quam is qui deposuit, decesserit: quia omnibus vltimis voluntatibus tam solennibus, quam ceteris hoc commune est, ut morte debeatur confirmari nec prius valeat. Quam ob causam solemus dicere ambulatoriam esse hominis voluntatem vsque ad supremum vitae exitum, *l. 4. D. de adim. leg.* Defuncto autem eo, qui fideicommissum reliquit, sicut defuit ille esse creditor, qui cepit esse nullus, ita & defuit voluntas eius posse facere ut depositarius restituendo depositum fideicommissario sine heredis voluntate liberari possit ipso iure, quemadmodum in spe-*

cie non valde diffimili tractat Vlp. in d. §. si res. Itaq. vt valeret huiusmodi fideicommissum necesse fuisse D. Pium inducere, ac si post factam à depositario restitutionem ei cui deponens fieri præcepisset, conueniretur depositarius ab herede, doli exceptione vt posset quomodo scriptum est in d. l. si pecunia. † Non. n. potuit D. Pius facere salua iuris ratione ne posset depositarius etiam post fideicommissi solutionem conueniri ab herede, à quo non esset ille ipso iure liberatus: sed fecit vt actio illa, quæ summo iure heredi competit, fiat inutilis per oppositam doli exceptionem, quæ & alias dari solet contra heredem, quoties per occasionem iuris ciuilibus captat ille lucrum ex damno alieno contra testatoris sui voluntatem, l. i. §. ideo autem & §. vlt. ff. de doli mal. except. In proposito autem facit heres contra voluntatem defuncti, cum agit contra depositarium ad reposcendas ex contractu hereditario res depositas, quas depositarius alij soluerit iubente defuncto, quamuis soluerit herede ignorante, vt proinde cum fideicommissio huiusmodi grauetur depositarius, aliud quoq. fideicommissum tacitum hoc ipso inducatur fauore depositarij, quasi videatur heres tacite rogatus ei remittere depositi actionem. Quorū omnium nihil prudentes inducere potuissent, nisi Imperatoris autoritas interuenisset. † At post illud rescriptū, sicut nihil cœpit interesse depositarij an depositum restitueret heredi an fideicommissario non magis quam si per restitutionem fideicommissario facta liberatus esset ipso iure, (nihil siquidem interest quod ad effectū rei pertinet, an ipso iure quis nullam actionem habeat an quæ per exceptionem infirmetur, l. nihil interest 112. de reg. iur.) ita cœpit rescriptum largius accipi, & per interpretationem prudentum vtilitatis gratia porrigi ad quemcunq. debitorem, quamuis de depositario tantū locutus fuisset D. Pius, vt hodie verum sit, à quocunque debitore fideicommissum relinqui posse d. l. si pecunia. & d. §. pater. † Secunda obiectio est ex d. l. cum quis decedens 37. §. codicillis. de leg. 3. vbi videtur Scæuola dare depositi actionem fratris filio ex conuentione cum patre inita. Sed facilis responsio est non de illo quæri apud Scæuolam, vt frater filius, ex conuentione patris actionem depositi directam aut vtilem habeat, sed illud tantū an ad depositam pecuniam probandum sufficerent verba codicillorum, quib. testator idipsum expresserat, hoc etiam addito, quod iurasset patre eam se pecuniam fratris filio aliquando restitutum. Respondet verò Scæuola, nihil causæ esse, cur non debeat credi scripturæ præsertim ob autoritatem iurifuradi quod affirmauerat testator à se præstitum fuisse, vt & alijs pleriq. casib. magna vis iurifurandi esse solet non tantū ad implendam probationem depositi, quæ alioqui etiam sine iureiurando ex sola depositarij confessione facile impletur, vt in specie d. l. Publia. §. 1. de pos. sed etiam ad validandam supremam voluntatem, quæ alioqui foret inutilis vt in specie l. cum pater 77. §. filius matrem de leg. 2. † Proinde si quærat quomodo iure fratris filius agere possit depositi actione in specie d. §. codicillis. Respondendum est, iure hereditario, quia patris heres erat, vt in dubio credendum est, siue testatus, siue intestatus patris decessisset Quod et si Iurisconsultus non exprimit, facit tamen iuris ratio vt omnino subintelligi debeat, quia termini habiles semper supponendi sunt. Itaque non aliam ob causam pertinet hoc responsum ad ut. De leg. & fideic. quàm quod ea scriptura de cuius viribus quærebatur, facta esset in codicillis, non quod fideicommissum vllum deberetur. Siquidem certū est non posse valere fideicommissum, quoties debitor relinquit

creditori quod ei debet, si neq. tempore, neq. loco, neque causa, aut alio modo plus sit in fideicommissio aut legato, quàm in debito, l. sin autem 29. de leg. 1. l. Manius 65. in prin. & vers. debitor l. debitor 82. de leg. 2. Sicut è contrario responsum Pauli in d. l. Manius, non alia ratione pertinet ad tit. depositi quàm quod fuerant deposita res de quarum restitutione quærebatur: quod iam à nobis lib. 1. obseruatum est.

CAPVT XIX.

Obseruata Triboniani manus in l. Caius 45. D. de solut. matrim. l. quodcunque 45. §.

si quis ita. de verb. oblig. l. pater.

C. de pact. conuent.

SVMARIA.

- 1 Pauli responsum in d. l. Caius, quo ex stipulatione aui materni actio utilis nepti datur speciali æquitatis ratione niti.
- 2 Illud Pauli responsum à Triboniano æquitatis prætextu deprauatum fuisse.
- 3 Cur in eius legis specie nec directa nec utilis actio ex aui materni stipulatione nepti competere potuerit?
- 4 Eam actionem non magis patri neptis quam ipsi nepti accommodari.
- 5 Quibus gradibus Tribonianus ad Pauli responsum interpolandum progressus sit?
- 6 Neptem in proposita specie solutionis causa ab aui materno adiectam non fuisse.
- 7 Dicitur nepti, et si solutionis causa adiecta poneretur, aui tam conuentionem nihil prodesse.
- 8 Quibus rationibus Tribonianus eo casu vtilem actionem nepti accommodandam probet?
- 9 Retrahit amor quod ad l. pater 7. C. de pact. conu. postremo obiectam lib. 1. responderat.
- 10 Vera & accommodatior ad dictam legem responsio.
- 11 Exemplum vtilium actionum quas datiuas vocant in d. l. proponi vbi datiuarum à natiuis differentia explicatur.
- 12 Nullam in lege proposita vtilem actionem ex aui stipulatione nasci, sed ex æquitate accommodari.
- 13 Eam actionem vtilem non tam ab Imp. quam à Triboniano Iustiniani constitutionibus modo accommodari.
- 14 Triboniani manus obseruatur in §. si quis ita l. quodcunque ff. de verb. oblig.
- 15 Varia Tribonianismi vestigia in dict. l. pater, obseruantur.

Tertia obiectio est ex l. Caius 45. D. solut. matrim. vbi ex stipulatione aui materni datur actio utilis nepti, quæ tamen non in aui materni, sed in patris sui erat potestate. Verum ex ipsis verbis legis apparet responsum illud habere specialem rationem non tam iuris quàm æquitatis propter concurrentem fauorem dotium, & nuptiarum, vt lex ait. Quæ enim postea subiungitur ratio, & maxime propter adfectionem personarum, ex abundantia potius adiecta videri debet, vt intelligamus solum fauorem nuptiarum facere non posse vt ex stipulatione extranei actio illa utilis detur, nisi concurrat etiam adfectio personarum, at non etiam vt adfectio sola possit sufficere si cætera rationes non concurrant. Idq. iam à nobis alijs traditum est. † Sed tamen vt eloquar ingenuè quod sentio, non dubito quin elegas illud Pauli responsum, vt & alia innumera, deprauatum sit à Triboniano prætextu nefcio cuius æquitatis commentitiæ, & fauore dotium, quibus ille passim plus æquo fauere solet. Neq. id obscurum est, meo iudicio, siue iuris ratione spectemus, siue contextum verborum, ab illis præsertim, sed dicendum

cedendum est, vsque ad finem. Vbi quo l. scriptū legimus, sed permittendum est vtilem actionem, non puto posse constari, nec à Prisciano ipso, nisi ea velit accipere pro phrasî Græca, quæ tanto magis prodit Tribonianum græcismis istis vti solitū, quibus nunquam vti videas Paulū, qui fuit Patauinus. † Ceterum non posse in illa specie quæri actionem aliquam nepti siue directam, siue vtilem, constat, non ex eo solū quod cum non esset neptis in aui materni potestate inutiliter stipulatio in ipsius personam collata fuerat, quod aperte Paulus fatetur. cum ait, Respondi, in persona neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam aui materni ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatus, quandoque diuerterit mulier, actio competere videtur. Sed etiam quia cum esset ea neptis in patris sui potestate, vt prima legis verba probant, fieri non potuit, vt si qua actio ex ea materni aui stipulatione quærita erat nepti, ea non statim patri per filiam acquireretur, l. placet. 79. ff. de acq. her. l. pactum dotali. 4. C. de pact. conuent. tam sup. dot. † Et cum quærit Paulus An & cui actio huiusmodi stipulatione competat: non tam potest dubitare an competat heredi aui materni ex vna parte, an nepti ex altera, quàm vt vtrum competat heredi quem aui maternus reliquerit, an patri neptis, cum eam ob causam in proponenda facti specie ponat aui materni priorem defunctū vita statim post stipulationem, & deinde neptem sine culpa sua diuertisse viuo patre suo, in cuius erat potestate. Cui etiam conuenit, quod cum ad propositam quæstionem respondet, non ait actionem nepti quæsitam esse, vel non esse, sed in ipsius persona inutiliter conceptam stipulationem, vt hoc ipso significet nullam ex stipulatu actionem quæri potuisse non solum nepti, sed neque ipsius patri. Et quo postmodū infert ille, quod ex ratione iuris verissimū est: non alij ergo quàm heredi aui materni actionem ex ea stipulatione posse cōpetere. † Sed cum ita Paulus præcisè respondisset, Trib. vt supra distinctioni & opinionem viam sterneret, adiecit primum verba illa quidem, videri & videtur, ad suspendendam Pauli sententiam. Deinde cum non auderet statim dicere dandam huic nepti vtilem actionem, tentauit primum an posset assequi vt ea stipulatio per interpretationem hætenus defenderetur, vt persona neptis, quæ non potuerat adieci obligationis causa tanquam extranea, diceretur adiecta solutionis causa. † Id. n. est quod scriptum legimus in ver. sed dicendum est, Si nepti posse dotem solui, quamvis actio directa ei non competat, ac si aui sibi aut illi dari stipulatus esset. In quo tamen aperta vis fit & rationi iuris, & legibus. Et si. n. extranea quoque persona solutionis causa adieci in stipulatione potest, l. quod stipulatus. 10. & seq. l. si ita stipulatus. 59. de solu. l. enim qui ita. 56. §. qui tibi. de verb. obl. Tamen in proposita specie non poterat videri aui maternus adieci neptis personam solutionis gratia: nec. n. fuerat stipulatus sibi aut nepti, sed è contrario nepti vel sibi. Atque ita suam ille potius quàm neptis personam solutionis causa adiecerat, siquidem adiecta persona illa diceatur, cuius nomen sequitur nomē personæ in qua consistit ius obligationis, vnde & adiecta persona appellatur. Ergo fatendum est in hoc casu, si iuris rationem consulamus, neque nepti vtiliter dotē solui posse, non magis quàm ei dotis exactionem dari. † Sed et si hætenus nepti indulgeremus, vt dos ei solui posset, tanquam adiecta solutionis causa, nihil tamen ea res nepti prodesset: nō ob id solū quod nō eo iudicium haberet heres aui materni actionem, & quidē directam ex stipulatione, sed etiam quia tum quoque cum facta esset solutio nepti haberet heres aui neptē

obstrictam actionem mandati ad reddendum quicquid ex stipulatione fuisset consecuta, l. qui res 98. §. qui stipulatus. ff. de solu. §. si quis alij. Inst. de vnu. stip. † Quod animaduertens Trib. paulatim effectus audacior, eo vsq. progreditur, vt dicat permitendam esse nepti ex hac anita conuentione vtilem actionem, ne, inquit, dotis commodō mulier defraudetur. Quasi verò data ei actione futurum sit vt non defraudetur, cum tamen eo casu patri ipsius, non ipsi acquisitum in commodum vtilis actionis certum sit, nisi fortasse respexit Trib. ad Iust. constitutionem in l. cum oportet. 6. C. de bon. que liber. per quam facti sunt filii familias capaces peculij aduentitij sibi acquirēdi etiam inuito patre, saluo patri vfructu: quod vtique Pauli temporibus non obtinebat. Quare nec in hac ratione conquiescit Trib. sed vt facere solent qui dubitant, ac multo facilius quæ errant, conquirunt vndique alias rationes, fauorem scilicet nuptiarum, & præterea adfectionem personarum, vt tandem inuita iuris prudentia concludat, ad hoc decurrendum esse vt ex stipulatione omnino inutili danda sit actio nepti proprio nomine, quamuis in potestate patris constituta: quo absurdus & ineptus dici nihil potest. † Postrema obiectio est ex l. pater 7. C. de pact. conuen. vt rescribunt Imperatores, Si pater pro filio dotem dando genero pactus sit eam restitui nepotibus sub ea conditione, si filia prius in matrimonio moreretur, licet nepotibus actionem quærere non potuerit, vtilem tamen eis ex æquitate accommodari. Nec enim omnino nunc nobis placet quod lib. 1. cap. 4. respondimus intelligendam legem illam de nepotibus ex filio qui fuerint in potestate aui tempore stipulationis: & si verum est huiusmodi nepotum meliorem esse debere conditionem, quàm nepotum ex filia qui non sunt in aui materni potestate, vt saltem vtilem actionem ex aui paterni stipulatione habere debeant, arg. l. quodcunque 45. §. si quis ita de verb. oblig. & l. si ita 9. D. de pact. dotal. Qui loci quamuis loquantur de filio & filia in patris potestate constitutis, non de nepotibus, attamen eadem iuris & æquitatis ratione extendi possunt ad nepotes, dummodo sub patris potestate constitutos. † Sed responderi etiam potest, & accommodatius, meo iudicio non illud Imperatores dicere, quod nos negamus? Ex aui siue paterni siue materni stipulatione vtilem actionem nepotibus acquiri, imò potius nullam, id est, ne vtilem quidem, si ponderes negationem positam ante verbum potuit, in iis verbis, licet iis actionem quærere non potuit, sed tantum vtilem actionem ex æquitate accommodari nepotibus: quo accommodandi verbo non obscure significatur huiusmodi actionem non tam nasci ex stipulatione vel pacto dotali, quàm dari & induci ab Imperatoribus. † Estque vnum hoc exemplum earum actionum vtilium quas interpretes nostri post Bart. ad l. 1. de oblig. & act. datiuas vocant ad differentiam natiuarum: natiuas enim appellant eas quæ nascuntur ex natura & vi negotij, non quidem ipso iure (quæ enim nascuntur ipso iure directæ semper sunt, numquam vtilis) sed ex æquitate & per interpretationem quæ fiat vel à prudentibus, si sint vtilis actiones ciuiles: vel à prætoribus, si sint vtilis actiones prætorias. Datiuas verò quæ non ex vi & potestate negotij nascuntur, sed tamen ob negotij æquitatem datur & accommodantur à lege, ad quas proprie pertinet tit. D. de condic. ex leg. † In proposito igitur dicimus ex aui siue paterni siue materni stipulatione nullam nasci actionem in fauorem nepotum, nec magis vtilem, quàm directam, sed tamen dari & accommodari ex æquitate vtilem autoritate Imperatorum, quibus solis licet positam

inter ius & æquitatem interpretationem inspicere l. 2. C. de legib. † Quod si quis vehementius urgeat, & querat qua auctoritate actio hæc utilis accommodetur nepotibus, respondebo, si hoc quoque liceat mihi liberè dicere, non tam ab Imp. Diocletiano, & Maximiano, quorum ea lex est, ius hoc nouum inductum fuisse, quam à Triboniano, respiciente non ad fauorē nuptiarum, aut dotium, vt in d. l. Caius, sed ad duas Iustiniani constitutiones iuris veteris correctorias: quarum vna est, Vt liceat cuilibet stipulari etiā post mortem suam, vel pridie quam moreretur dari aliquid vel fieri, l. scrupulosam. ii. C. de contr. & commut. stipulat. §. post mortem. Inst. de inuul. stipulat. Altera quæ videtur superiori consequens, vt obligationes & actiones possint ab heredibus incipere, & contra heredes, l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Quod olim secus erat. Quamuis enim posset aliquando fieri vt contra heredem competere actio, quæ contra defunctum non competiisset, necesse tamen erat obligationem natam fuisse viuo eo contra cuius heredem agebatur, vt in exemplis illis duobus de quibus in l. hereditatem 7. D. de verb. autor. indic. possid. Et verò ita olim ius fuisse, vt ex stipulationibus istis, siue à patre, siue ab auo interpositis, & post stipulatoris mortem collatis, nulla neque liberis neque nepotibus actio utilis, siue natiua, siue dajua danda esset, constat meo iudicio apertissime ex Africano in l. pater. 23. De pact. dotal. & aliis legibus, quas pro nostra sententia in superioribus adduximus. Quid. n. refert in effectu an actio utilis detur ex vi & potestate negotij, an accommodetur à lege ex aliqua æquitate? Aut quomodo poterant olim fieri ante Iustin. constitutiones, vt qui post mortem suam stipulari non posset, neque sibi, neque suo heredi, nepotibus tamen aut filiis suis stipulari posset. † Quare ne illud possum concoquere quod in d. l. quodcumque. 45. §. si quis ita de verb. oblig. sub Vlpiani nomine scriptum video, Patre ita stipulante, post mortem meam filia mea dari, vtilem actionem competere filia, etiam si heres patri non existat. Repugnat enim euidenter Africanus in d. l. pater. vbi vult adiectam mentionem filiorum, etiam quos pater idemque stipulator habebat in potestate, habendam pro non adiecta, nec alio iure posse filios agere ex stipulatu, quam quasi heredes patris. Sed mihi videtur adhuc apertius Triboniani manum & incitiam illud prodere. quod scribit, filia hoc casu actionem vtilem competere, cum actio quæ competit nunquam possit esse utilis, sed semper sit directa. Cum enim dicimus competere siue obligationem, siue actionem, siue libertatem, significamus ipso iure directam esse obligationem, aut actionem, aut libertatem: ad differentiam vtiles actionis & fideicommissariæ libertatis, quarum neutra competere dicitur, sed vtraque dari. † Prodit denique Tribonianum in d. l. pater contextus ipse verborum, adeo contortus est, & malè cōcinnatus, cum nominatus ille pater in principio legis positus, nullum verbum habeat à quo rogatur in vltima legis parte, sine qua tamen prior pars neque sensum vllum habere potest, neque constructionem, vt liceat in coniecturam venire, sic ab Imperatoribus conceptam fuisse legem, & his verbis, Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restituere his actionem querere non potuit, vt & in dict. l. pactum dotali. 4. C. eod. tit. Tribonianum verò vt suam illam æquitatem, & vtilem actionem induceret, adiecit primùm de suo dictio-nem licet, deinde totam illam clausulam, tamen vtiles eis ex æquitate accommodabuntur actio, repetita in fulte dictione illa actio, quæ multo aptius poterat suppleri ex

illis præcedentibus, actionem querere non potuit. Certè Tribonianum fuisse facilem in actionibus vtilib. inducendis, etiam iis casibus quibus non idem prudentibus videbatur, constat satis ex l. 2. C. per quas person. oblig. nob. acquir. & ex l. in causæ. 27. in fin. ff. de procurat. iunctis iis quæ ad eam legem scripti in Rationibus, & ex aliis quam plurimis & similibus iuris nostri locis.

CAPVT XX.

Quid Iustinianus significare voluerit iis verbis & aliis quibusdam modis, in §. omnium Instit. de action. & de præiudicialibus actionibus & interdicitis.

S V M M A R I A.

- 1 Omnes obligationes ex quibus personalis actio nasci potest, varias causas habere.
- 2 Quinque variae Dotiorum interpretationes ad illa verba, & aliis quibusdam modis. & numer. 3. 4. 7. & 10.
- 3 Diuersa esse, actiones in rem scribi, & in rem dirigi.
- 4 Actionem quod metus causa, & ad exhibendum, nec non interdicit licet quod ad conductionem formulis in rem scribantur, in certam tamen personam dirigi.
- 5 Vulgaris Doctorum interpretatio ad l. diffamari. C. de ingen. manumiss.
- 6 Vera eius legis species & interpretatio.
- 7 Actiones præiudiciales non in personam sed in rem esse.
- 8 Rei vindicationem pro præiudicialibus actionibus sufficere potuisse si fieri posset vt liber homo vindicaretur.
- 9 Præiudiciales actiones licet ceteris realibus actionibus per omnia non sint similes, non ideo minus vere ac pure reales esse.
- 10 Cur præiudiciales appellantur?
- 11 Plerumque de statu persone queri non ad iudicium aliquod postea dictandum a prætore, sed aliam ob causam de qua prætor ipse postea cognoscere debeat.
- 12 Præiudiciales actiones magis proprie præiudicia quam actiones dici.
- 13 Cur per specialem actionem in rem libera persona non petantur?
- 14 Alio iuris loco probatur præiudiciales actiones proprie in rem esse.
- 15 Verbis illis, & aliis quibusdam modis eas obligationes significari ex quibus actiones in rem scripta nascuntur.
- 16 Duo earum actionum exempla afferuntur.
- 17 Interdicta actionibus in personam non actionibus in rem esse adscribenda.
- 18 Natura extraordinariarum actionum qua in vicem interdicatorum competunt.

Obligationes † omnes ex quibus personalis actio nasci potest, varias habere causas nemo nescit. Aut enim sunt ex contractu vel quasi, aut ex maleficio vel quasi, aut ex alio proprio quodam iure ex variis causarum figuris, vt Caius loquitur in l. 1. in princ. D. de obl. & act. Et consequenter est quod Iustin. scribit in §. omnium Inst. de action. omnes actiones quæ in personam proditæ sunt esse contra eum qui sit obligatus, aut ex contractu, aut ex maleficio, aut aliis quibusdam modis. Quæ tamen verba quem sensum habeant magnis contentionibus certant interpretes. † Et vulgo quidem creditur iis verbis significari obligationes quæ nascuntur ex quasi cōtractu, aut ex quasi maleficio: sed tamen recentiores ferè omnes magis probant quod & iam olim Accursius suspicatus est, significari

significari quid abstrusius, quoniam de iis obligationibus quæ ex quasi contractu, aut ex quasi maleficio nascuntur, dubitari vix poterat, quin continerentur appellatione illarum, quæ aut ex contractu aut ex maleficio nascuntur. † Sunt autem qui cum Francisco Hotomanno putent eas actiones significari, per quas intendat actor aduersarium non quidem dare aut facere oportere, sed quid aliud, puta Tradere, restituere, exhibere, quod sanè prorsus improbabile est, cum ista omnia faciendi verbo contineantur, l. faciendi. 175. l. licet. §. 8. l. verbum Facere. 218. D. de verb. signific. † Alij verò post Cuiacium, & Vuesembecium referunt ad eas actiones personales quæ in rem scriptæ dicuntur, puta, inquit ad actionem ad exhibendū, Quod metus causa, & ad interdicitæ, quasi in istis omnibus intendat actor aliud quidpiam, quam sibi dare aut facere aduersarium oportere, propterea quod non in personam, sed in rem generaliter concipiuntur. In quo tamen grauitè meo quidem iudicio decipiuntur. † Sic enim loquuntur, quasi idem sit, actiones in rem scribi & in rem dirigi, quæ tamen sunt omnino diuersa. Scribuntur enim in rem etiam eæ quæ sunt personales, quas tamen in rem dirigi æquè nemo verè dixerit. † Nec illud rursus verum est, quod iidem volūt actiones istas generaliter in rem scriptas esse, quasi ob eam causam fiat vt non dirigantur in personam certam, quam posse actor intendere dare sibi aliquid, vel facere oportere. Quæuis enim scriptæ sint in rem quod pertinet ad condicionem formulæ, non tamen diriguntur generaliter in rem, aut in rei possessore quemlibet, vt vindicationes, sed in personam certam quam perinde actor intendit dare aliquid debere vel facere, atque si in rem scripta actio non esset: vt in actione Ad exhibendum intendit actor aduersarium debere exhibere: in actione Quod metus causa, debere restituere: in interdicitis debere vel exhibere, vel restituere, vel tollere, aut quid aliud eiusmodi præstare: quæ omnia iam diximus faciendi appellatione contineri. † Sunt alij qui putent his verbis significari actiones quasdam valde singulares, & quæ nonnullis casibus ex magna æquitate contra iuris regulas communes sint comparatæ, etiam aduersus eum qui nullo modo sit obligatus: quarum tamen exemplum vix vllum habent, quod proferant, nisi vnum ex l. diffamari. 5. C. de ingen. manumiss. † quam legem interpretes plerique sic accipiunt vulgò, vt qui iactat se aliquas habere contra me actiones, siue personales, siue reales, possit cogente me iuberi à iudice vt iis actionibus experiat, tametsi nolit agere: ita vt si non agat, perpetuum ei silentium imponatur, nec eas actiones mouere vquam possit, ne tum quidem cum volet. Quod quamquam pugnat euidenter cum ea iuris regula, quæ non patitur, vt inuitus quisquam agere, vel accusare cogatur, l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat. volunt illi nouo id iure inductum esse beneficium istius legis, nec habent aliud nomen quo actionem hanc tanouam expriment, nisi vt vocent actionem ex remedio legis Diffamari. † Quæ tamen lex si bene intelligatur, nil minus quam ad rem pertinet, non ob id solum quod casum tractet valde specialem, & in quo magnus adest fauor ingenuitatis & libertatis, pro qua non est mirum hac in re, vt & in aliis plerisque iuris partibus regulas violari, l. generaliter. 24. §. si quis seruo in fin. D. de fideic. liber. sed etiam quia in specie d. l. diffamari, non id agunt Imperatores, vt eum qui statum ingenui hominis diffamabat, iactitias eum esse vel seruū, vel libertū suū, cogatur inuitus agere, id est, ingenuū illū in seruitutē vel libertinitatem vindicare, sed è

contrario vt agente illo, qui se ingenuum dicit, cogatur contradicere, si quam putet se habere causam contradicendi, & suis vt defensionibus, vt habent verba legis. Ergo tanquam reus non tanquam actor. Rei enim est contradicere & defensionibus suis vti. Actor dicit, Reus contradicit. Actor intendit, Reus defendit: & actoris intentio nihil nisi actio est, Rei verò defensiones nihil nisi exceptiones ad excludendam actionem comparatæ. Solent autem in huiusmodi causis status ex vtraque parte cōpetere actiones id est non tantum ex parte illius qui intendit aduersarium esse seruū, vel libertum suum, sed etiam ex parte illius qui se vult asserere ingenuum, si ingenuitatis sue probationibus confidat, & malit actoris partibus sibi quàm expectare vt reus fiat, leg. circa eum 14. D. de proba. Idque commodius plerumque est, ne diutius in suspenso maneat causa status, quoniam quisquis actor esse vult in sua potestate, habet quando vtatur iure suo: is autem cum quo agitur non habet potestatem, aut electionem quando conueniatur, l. pure. §. 5. ult. D. de doli except. l. peiende. 6. C. de temp. in integr. restit. † Po- 10
strema eaque noua interpretatio est Hermanni Vultej Jurisc. clarissimi, & magni inter Germanos nominis, qui in suis ad eum locum Institutionum commēntariis scribit, Iustinianum his verbis significare præiudiciales actiones de quibus in §. præiudiciales eod. tit. de action. per quas scilicet queritur, an aliquis liber sit, an libertus, & de partu agnoscendo. Vult enim actiones omnes personales pēdere ex iure personarum, quod, inquit, in duobus consistit, in iure potestatis & obligationis: in iure potestatis, quatenus dicimus aliū esse in potestate nostra siue tanquam filium siue tanquam seruū. In iure autem obligationis, quatenus quis alteri obligatur ad dandum aliquid vel faciendum: Indeque nimirum vult profluere differentiam actionū personalium, vt aliæ nascantur ex iure obligationis per quas intendamus aduersarium dare aut facere oportere, quæ speciali nomine conditiones dicuntur, §. appellamus. eod. tit. Aliæ verò ex iure potestatis quibus intendamus aduersarium esse vel fuisse aliquando in potestate nostra, quæ proprie præiudiciales actiones appellantur, d. §. præiudiciales. Sed tamen hæc quoque interpretatio, quod cum tanti viri bona venia dictum velim, videtur mihi omnium improbabillissima. † Actiones enim præiudiciales non in personam, sed in rem esse scribit disertè Iust. in d. §. præiudiciales. Et quamuis vsurpet verbum videri, quod capiat Vulteius, vt probet non esse in rem verè, quid tamen causa esse poterat vt diceret eas videri esse in rem, si veris & tutius scribere poterat esse illas in personam? Aut quid attinebat dicere in rem illas esse videri, nisi ad differentiam earum, quæ sunt in personam? Et verò cum per huiusmodi actiones præiudiciales actor non intendat aduersarium dare aliquid, aut facere oportere quod Vulteius quoque fatetur, nec obligatio vlla præcedat ex qua nascantur, nec denique in personam vllam dirigantur, ad extorquendam condemnationem, quæ præcipua vis est actionis personalis, quoniam obsecro colore possunt dici personales? At e contrario habent omnia similia cum actionibus realibus, illud præcipue quod dantur contra eum, qui nullo iure est obligatus, & qui nunquam est condemnandus. Nil enim aliud facit qui de præiudiciali actione cogno- 11
scit, nisi quod pronuntiat eum, de cuius statu queritur, vel seruū, vel liberum esse, vel ingenuū, vel libertinum, aut quid aliud simile, nulla condemnationis facta mentione, non magis quam si de domino per rei vindicationem ageretur: † poteratque sufficere pro 12

his omnibus actio vindicationis si fieri posset ut liber homo vindicaretur: sed quia non est in commercio, cum rerum omnium commercia solius hominis gratia comparata sint, necesse fuit nouam formam excogitari actionum per quam appareret differre istas à cæteris vindicationibus. Nam cum in cæteris actor dicat rem suam esse ex iure Quiritium aut sibi obligatam in istis qui agit non dicit aduersarium suum esse, sed adiicit filium suum esse, vel seruum, et ob idque necesse fuit Iustinianum scribere videri illas esse in rem, ut significaret non esse in omnibus & per omnia similes cæteris in rem actionibus, quamuis quæ inter eas differentia est non faciat, ut eo minus sint verè ac purè reales, cum dirigantur in rem, id est ut detegamus quid virum doctissimum fecerit, in personam quidem, sed tamen non tanquam personam, sed tanquam rem aliam quamlibet, quæ tamen in potestate nostra tantum sit, non etiam in dominio. † Indeque etiam esse videtur, quod actiones istæ præiudiciales appellantur, quod nimirum exerceri eas necesse sit priusquam vindicationis iudicium institui possit. Si enim Stichum vindicare velim tanquam seruū meū, qui tamen dicit se liberum, prius est ut queratur an sit liber, quia si liber pronuntiabitur, vindicari non poterit, cum hominis liberi neque dominium sit, neque vindicatio, si verò pronuntiabitur non esse illum liberum, tum verò illum poterò vindicare tanquam aliud animal quodlibet, eritque illud iudicium vindicationis. Ergo præiudicium, id est anteiudicium dici debet cognitio illa, utrum liber sit, necne: quamquæ nec semper solet iudicium sequi cognitionem præiudicialem. † Plerumque enim fit ut de statu personæ queri oporteat, non ad iudicium aliquod postea dictandum à prætore, sed alienam ob causam, de qua prætor ipse cognoscere debeat, nec iudicem dare possit, etiam si velit: ut puta si mater desideret ali à filio, aut filius à patre, & filius patrem esse neget, aut pater filium. Prius enim erit ut prætor cognoscat an sit ille pater, an hic filius, ut si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubeat nullo alio ad hoc iudice dato, (quæstio enim de alimentis habet priuilegium ne alium quam prætorem tractari debeat) si verò non constiterit, nec decernat alimenta, *l. si quis à liberis. 5. in princ. & §. si vel parens. D. de agnosc. & alend. liber. l. cum hi. 8. in princ. & §. si prætor. cum seq. D. de transact.* Idemque contingit, si inter patronos & libertos contendatur, *d. l. si quis. §. solent*, ubi tamen Iuriconsultus monet elegantè, si alimentorum decretum factum sit priusquam constiterit an esset ille patronus aut libertus fortasse per imperitiam aut præcipitem festinationem magistratus, non idcirco tolli facultatem ei qui alere iustus est, quominus præiudicio certare possit, si libertum se vel patronum neget. † Ex quo intelligimus præiudiciales istas actiones propriè actiones non esse, longèque elegantius præiudicia dici, cum non tractentur apud iudicem datum, & ex vi alicuius formulæ, sed apud magistratum, qui utique de ea re de qua cognoscere ipse debet, formulam sibi præscribere nulla potest. Itaque non continentur appellatione actionis, nisi eo nomine valde generaliter & improprie sumpto, quemadmodum & interdicta, & stipulationes cautionales prætoris, & aliæ, de quibus in *l. actionis verbo. 30. D. de obl. & action.* Multo que facilius fuit ut actionis nomen accommodaretur cæteris in rem actionibus, quamuis nec propriè actiones illæ dicantur sed petitiones, *l. pecunia. 178. §. actionibus. D. de verb. sign.* quam istis præiudicialibus non quòd in rem istæ quoque non sunt, sed quia in cæteris in rem actio-

nibus, usurpatur aliqua formula, sicut & in personalibus, formula, inquam, quæ præscribitur à prætore date actionem, & iudicium distante. At in præiudiciis nulla est actio, nulla formula prætoris, qui scilicet ipse per se cognoscit, licet intentio petentis formulam aliquam desideret per quam exprimat. † Et idcirco admonet Vlp. in *l. 1. §. per hanc autem. ff. de rei vind.* per specialem actionem in rem, quæ vindicatio appellatur, non peti liberas personas, ne quidem eas, quæ sunt iuris nostri, quales sunt liberi quos habemus in potestate. Petendos enim esse, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoris, nisi fortè, inquit, adiecta causa quis vindicet, puta, si quis vindicet filium suum in sua potestate constitutum, adiecta causa illa, *ex iure Quiritium*, aut quod idem est, *ex iure Romano*: quod tamen quomodo accipiendum sit, latius in Rationalibus nostris ad eum locum, faciente Deo, dicemus. † Cæterum probat etiam locus ille apertissime, præiudiciales actiones propriè in rem esse, & nullo modo in personam, cum possint etiam aliquando dici vindicationes. Immò & elegantè & sæpe apud Iureconsultos dicitur vindicare se in libertatem, aut quod idem est, vindicare sibi libertatem eum, qui se dicit liberum cum ab alio tanquam seruus peteretur: & contra, vindicari in seruitutem eum cui sit controuersia status quasi seruus sit, cum ipse tamen se pro libero gerat. † Dicendum igitur est, ni fallor, Iustinianum iis verbis, *& aliis quibusdam modis*, nihil aliud sensisse, nisi illud ipsum, quod Caius in *d. l. 1. in princ. D. de oblig. & act.* cum scripsit nasci obligationes non tantum ex contractu aut maleficio, vel quasi sed etiam proprio quodam iure, ex variis causarum figuris. Vtrumque verò non alias obligationes significare voluisse, quam ex quibus nascuntur actiones in rem scriptæ. Habent. n. illæ singulæ proprium suum ius, & propria causam nulli alij actioni communem, quamuis habeant hoc cum cæteris actionibus personalibus commune, quòd per eas, æque ac per cæteras intendit actor aduersarium facere aliquid oportere. † Exemplum esto, In actione ad exhibendum intendit actor aduersarium debere rem exhibere, nec tamen possit dicere quo iure illum habeat obligatum (cum is aduersus quem agit, neque contraxerit vel quasi neque deliquerit vel quasi) nisi proprio quodam iure ipsius actionis, quia scilicet per aduersarium, eundemque possessorem fit quominus possit actor vindicare rem suam, quippe quòd vindicatio non possit fieri nisi in rem præsentem, & quæ oculis subiecta possit demonstrari, ut apparet ex solenni illa vindicationis formula, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*. Nec enim fieri potest ut prætor permittat dirigi actionem in rem, quæ non videatur, & quæ ubi sit, nesciatur. Ac proinde necesse omnino est ex hac causa vel nullam dari actionem in rem aduersus possessorem, qui non vult rem exhibere, vel si qua detur, dari in personam ad hoc ut vel rem exhibeat, vel si non exhibere perseveret, in omne id quod actoris intererit, condemnentur. Idemque tractari potest de omnibus aliis causis ex quibus actio ad exhibendum competit. Non enim ei tantum datur, qui est vindicaturus, sed etiam illi qui interdicto experiri velit, aut denique cuius aliquo modo interfit, si tamen fieri nequeat ut nisi re prius exhibita ius suū exequatur, *l. 3. §. est autem, cum seq. ff. ad exhib.* Similiter in actione quod metus causa, intendit actor debere sibi rem restitui à possessore quidem, tanquam ab eo, qui sit obligatus, at non ex contractu vel quasi, nec ex maleficio vel quasi, sed proprio illius actionis quodam iure, quia fieri nequit ut res quam quis alienauit, licet per

per vim aut metum ei debeat restitui, præsertim ab eo quoque qui nec vim nec metum intulerit: quin ad sit obligatio aliqua eius restituenda: quam obligationem ratio illa inducit, quod æquum non sit sentire quem damnatum ex eo, quod quamuis ipse fecerit, non tamen nisi per vim vel metum coactus fecerit. Idque adeò verum est, ut etiam si contra illum ipsum agatur, qui vim aut metum intulit, non idcirco tamen dici possit obligationem nasci ex delicto, quia delictum nullum committi potest in volentem. Qui autem vim vel metum patitur, licet coactus velit, vult tamen, unde dici solet coactam voluntatem etiam voluntatem esse, *l. si mulier. 21. §. vlt. ff. quod met. caus. l. si metus. 83. de acq. her. l. si patre cogente. 22. de rit. nupt.* Ideoque necessaria est in integrum restitutio ad rescindendum id quod per vim vel metum gestum est, quæ tamen non esset necessaria si actus ipso iure non teneret, ut neque necessaria est ei cui res per vim erepta fuit. † Contrarius eiusdem Vultei error in eo est, quòd putat interdicta actionibus in rem magis quam in personam esse adscribenda. Et si enim sunt illa omnia de possessione vel adipiscenda per eum qui fatetur se nec possidere, nec vnquam possedisse, vel retinenda per eum qui dicit se possidere, vel recuperanda per eum qui dicit se quidem hodie non possidere, sed antea possedisse, ideoque nõ dantur nisi contra possessorem, sicut nec in rem actiones (quæ sola viro doctissimo errandi causa fuit) diri-

guntur tamè omnia in personam certam, scilicet possessoris, non in rem vllam certam, ut vide. e est in cõ-textu omnium, quotquot sunt, edictorum. Quod etiã nomen ipsum interdicti demonstrat, quòd significat prohibere, tamen non omnia interdicta sint prohibitoria, sed quædam etiam exhibitoria, quædam restitutoria. Atqui non rebus, sed personis solis prohibitio fieri potest, nec rursus potest res ipsa, vel exhibere quicquã, vel restituere. † Idemque constituendum est de actionibus illis extraordinariis quæ hodie competunt in vicem interdictorum, ut ostendit titulus ipse De interdictis, siue extraordinariis actionibus, quæ pro iis competunt. Retinent namque in omnibus naturam interdictorum, nec alia de causa extraordinarie appellantur, nisi quòd non apud iudicem pedantem, ut extraordinarium erat, tractari debeant, sed sicut interdicta apud prætorem ipsum, qui omnes de possessione quæstiones cognitioni suæ reseruauerat, tanquã quæ maioris essent momenti, non quidem in comparatione proprietatis æstimandæ, quæ sanè semper est pretiosior, sed propter publicam vtilitatem ut omnes rixarum occasiones tutius & citius tollerentur. So-

lent enim rixæ ob causam possessionis potius quam proprietatis emergere *l. 1. §. inde queritur. ff. de oper. noui murat. l. si cuius. 13. alias l. æquissimum. ff. de vsufr. §. vlt. Inst. de interdict.*



AMPLISS. ET CLARISS.

VIRO FRANCISCO CRAVETAE, IN

SVPREMO SVBALPINORVM SENATV

Præsidi primario,

ANTONIUS FABER S. P. D.



ENI O tandem, Præses amplissime, post tot, tantisque gratulatores de præcipua ista dignitate, quæ & probitati & eruditioni tuæ singulari iam pridem debita, nunc verò conspirantibus vniuersi ordinis amplissimi sententis, & quod maximum est, honorificentissimo tanti Principis iudicio decreta est, pro meo etiam iure, proque mea parte gratulaturus: Non equidem postremus, (quis enim postremus dici possit in gratulando ea de re, de qua nullus esse debeat gratulandi finis?) sed eum tamen adserens, offerensque tibi Coniecturarum mearum librum, quem ut vigesimum, ita & postremum esse decreui. Siccine, inquires, Postremum ei, cui prius ma debeas iuris nostri elementa? Ego verò, non solum agnosco, sed etiam glorior, ut debeo, tam præclare mihi, ac diuinitus obtigisse, ut accedens ad hac studia te habuerim primum institutorem, cum in Taurinensi Academia, quam tum recens ingensque magni illius Aymonis parentis tui fama per celebrem fecerant, & quæ Manutias eo tempore ac Pancirolos habebat, tu tibi placeres in prælegendis Institutionibus, & quæ formandisque ad veram & rectam iurisprudentiam studiosorum animis, tanto sanè & concursu & applausu eruditiorum omnium, ut facile appareret, non iis tantum qui sacris nostris initiabantur, sed prope ueterioribus quoque omnibus persuasum, nihil adeò esse in tam vasta sententia reconditum & abstrusum, quod non sperare & assequi tandem posset, quisquis à tanto Doctore, iuris Principia didicisset. Sed tamen aut maiè de me ipso, de que scriptis meis conyicio, aut nihil est quod à tua dignitate meaq; obseruantia ratur offeratur. Sunt enim ista, quod tu omnium minimè ignoras, ex eorum genere in quibus maiorem & felicis ingenij, & strenui laboris laudem mereri solent, quæ postrema sunt, quam quæ prima. Gratius qui-

dem laus, & suavior est, quae primis contingit, siue nonitatis dulcedine, siue quod primi gloria stimuli ad titillandam excitandamque animam acutiores sint, & efficaciores: sed illa dignior, quae postremis: quod & praestantioris iudij simul, & constantioris diligentiae raram societatem praeseferat. Quid enim de ingenij gloria detrudere quae so debeat adiectio laboris, cuius pertinaci assiduitate fieri nequeat, ut non etiam ipsum ingenij acumen augeatur? Neque rursus solet Deus Opt. Max. recusare oblatas ab eo decimas, qui nullas primitias praestiterit, quae tamen priores debebantur. Liceat igitur mihi obsecro, per singularem humanitatem, & benevolentiam tuam, vir clarissime, offerre tibi, quod unum in hoc genere scribendi reliquum habeo, postremum quidem, si & numerum, & editionis ordinem spectabis, sed quod tamen primum maximumque esse ultro fatebere, si poterò à te impetrare, quod, quanta facere possum contentione, peto & exoro, ut & muneris nostri, quantumcumque est, dignitatem ex offerentis animo, & animi inter meum gratitudinem, itemque gratitudinis magnitudinem ex meritorum erga me tuorum comparatione estimari patiaris. Bene vale, Praeses amplissime, & reipublicae, bonisque omnibus diu felix viue. Dat. Neap. 13. Cal. Mart. 1604.



ANTONII FARBI I. C. SEBVSIANI

SERENISSIMI SABAVDIAE DVICIS CON-
SILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO
SABAVDIAE SENATV PRÆSI-
dis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber vigesimus & postremus.

CAPVT I.

Interpretatio l. Arefusa. 15. D. de statu hominum.

S V M M A R I A.

1. Constataria ex illo iuris principio elicitur, quo qui in utero est perinde habetur ac si iam natus esset, si de eius commodo agatur.
2. Ad filij ingenuitatem sufficere quod mater aliquo instanti libera fuerit, vel quod libertatis spem habuerit, cuius conditio ante partum eductum existerit.
3. Hoc ipsum non tam favore libertatis quam vi superioris principij fieri.
4. Per tempus partus instans illud significari quo partus nondum editus sit, & consequenter quo adhuc in utero sit.
5. Eum qui ex matre partus tempore libera nascitur, ut liber nascatur non esse pro iam ante nato habendum.
6. Natum ex matre qua tempore conceptionis libera, partus vero ancilla erat, ut liber sit, pro nato antequam natus sit habendum esse.
7. Hoc ipsum non favore libertatis sed persone ad cuius commodum libertas pertinet, introductum esse.
8. Obiectio & ratiocinatio Interpretum ad d. l. Arefusa.
9. Nihil eius legis specie interesse an eos qui secundo partu editi sunt pro natis habeas ex die conceptionis, annon.
10. Plures vno partu editos simul atque vno impetu concipi.
11. Non magis liberos nascituros omnes eos qui vno partu ex Arefusa nati sunt, licet ex die conceptionis pro natis haberentur.
12. Posthumum licet nondum natus pro iam nato habeatur, non idcirco bis nasci.

13. Contenditur in proposita legis specie quotquot posteriore partu editi sunt liberos nasci, nec editionis seu natiuitatis ordinem attendi.
14. Conditionem illam, si tres pepererit tunc impleri quum mulier parere incipit, nec ad libertatem requiri, vti iam impleta sit.
15. Aliud esse adimplendam conditionem esse, aliud vero adimpletam esse debere.
16. Eum qui ex Arefusa primo partu solus nascitur seruum nasci, tres illos qui secundo partu licet ordine editi sint liberos nasci.
17. Non tot esse partus quot nascuntur ex vno partu liberi, sed vnum.
18. Verba illa d. l. incipiente partu ad secundum partum referenda esse.
19. Hoc posito consequens esse ut tres illi ex vno secundo partu editi liberi tanquam nati nascantur.
20. Ad hoc ut Arefusa libera sit, sufficere si conditio existat, non etiam requiri ut existerit.
21. Casum illum quo mulieri sub conditione, si decem milia heredi Titiove dederit, libertas data est, superioriori casu quo sub illa conditione, si tres pepererit, similem esse.
22. Dissimilitudo inter hos casus à Bartolo constituta.
23. Parturiens quanam dicatur.
24. Instans partus incipientis ab instanti partus profecti & iam editi distinguendum esse.

Iuris

HVRIS nostri principium certissimum est, cum qui in utero sit, perinde haberi ac si natus esset, quoties de comodo ipsius quaeritur, licet alij antequam nascatur, non proficit, huius in utero. D. de stat. homin. Inde fit ut si qua mulier libera conceperit, deinde ancilla pepererit, natus ex ea liber sit, siue ex iustis nuptiis, siue vulgo quaesitus proponatur, l. & seruorum 5. §. ingenui. eodem titulo. vbi quamuis ratio illa reddatur, quod non debet calumitas matris ei nocere qui in utero est, nullius tamen ponderis ratio esset, nisi supponeret eum, qui in utero est habendum pro nato. Quod magis est si statulibera qua reuera interim serua est, poena serua facta sit, & post damnationem statuta libertatis conditio extiterit, quamuis ipsi statulibera nihil proficiat, partui tamen id proficere placuit, ut perinde liber & consequenter ingenuus nascatur, atque si mater damnata non esset, l. si statulibera 6. ff. de statuliber. quo loco additur, idem dicendum esse si hac statulibera, qua in seruitute conceperat, deinde ab hostibus capta ibi pepererit post existentem conditionem. Nam & hunc postliminio liberum fieri, & ingenuum, adeoque si apud hostes, non solum editus, sed & conceptus esset, ut intelligamus sufficere ad filij ingenuitatem, non modò quod mater aliquo instanti fuerit libera, sed etiam quod habuerit spem libertatis, licet interim reuera fuerit serua, si modò sperata libertatis conditio aliquando tandem extiterit, antequam partus ederetur. Denique si ancilla iam praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut expulsa ciuitate pepererit, magis probatum est, liberum nasci & sufficere ei qui in ventre est, liberam matrem, vel medio tempore habuisse, ut supradicto loco subiicit Marcianus. Quid enim commodius aut utilius possit contingere posthumo, quam ut & liber & ingenuus nascatur? Putet fortasse aliquis fieri hoc favore libertatis potius quam quod is qui in utero est, pro iam nato habeatur, sedque apparere ex eo quod aequè dicimus, sufficere quod mater libera pariat, licet ancilla conceperit, dicit. §. ingenui. sed non ita est. Tempus enim partus cum dicimus, instans illud significamus quo partus nondum sit editus, & consequenter quo adhuc in utero sit, quemadmodum instans mortis vitae computamus, leg. qui duos 18. §. 1. ff. de testam. manum. l. si a pluribus 107. §. 1. de legat. 1. Nam sicuti non moritur is, qui iam mortuus est, sed is demum qui adhuc viuit: Ita nec parit illa qua partum iam edidit, & qua peperit, sed qua nondum edidit. Hoc ipso igitur, quod dicimus nasci liberum eum, qui matrem habet partus tempore liberam, significamus haberi eum pro nato priusquam natus sit. Nam nec nascitur is qui iam natus est, sed qui nondum natus. Deinde respondendo, etiam si partus instans separare velis ab eo instanti quo filius adhuc in utero sit, fieri ex ratione naturali & ex lege natura, ut qui nascitur ex matre eo natiuitatis tempore libera, sit liber, quamuis toto anteriore tempore fuerit serua, l. in m. Cod. de lib. caus. l. lex natura 24. ff. de stat. homin. quia eo demum instanti, quo quis est editus incipit esse homo, l. in falsis 9. ff. ad legem Falcidianam. Est autem liberum, qualitas eius est qui iam homo sit. Hominum enim summa diuisio est, ut alij sint liberi, alij serui. Itaque ut nascatur hic liber, nil necesse est fingere iam antea fuisse illum habendum pro nato, quinimò sicut re ipsiusquam editus fuerit, ita negamus posse fieri per fictionem, ut pro iam ante nato habeatur, quoniam ea fictio illi noceret, faceretque ut qui iam semel vel vno instanti seruus, aut pro seruo habendus fuisset, sola natiuitate libertatem consequi non posset quam à domino non accepisset, quantumuis eum mater partus tempore libera edidisset. Libertatem namque iure gentium amissam natura sola restituere non potest, incipitque necessarium esse beneficium manumissionis, qua vel à lege fiat, vel ab homine. At hac ipsa ratio facit ut natus ex ea qua ancilla peperit, licet libera conceperit, non aliter possit liber esse, quam retro fingatur ille iam tum natus esse cum conceptus fuit, ut in l. Imperator Hadrianus 18. ff. de stat. homin. Est enim generalis illa sententia dicit. l. vltim. Codic. de liber. caus. Eos qui nascuntur, ex ancillis scilicet, matrum conditione uti, quarum mox visceribus exponuntur: nimirum qui nascuntur ex iis ancillis qua nunquam liberae fuerint, quandiu praegnantibus fuerint. Non quod si mater medio tempore aut ipso instanti conceptionis libera fuerit, filius matris conditionem non sequatur (semper enim & necessatio sequitur quisquis non ex legitimis nuptiis natus est, dicit. l. lex natura, leg. cum legimus 19. eodem titulo.) sed quia eo casu haberetur pro nato priusquam natus sit. Hoc ipsum verò favore non libertatis, sed personae ad cuius commodum libertas maximè pertinet. Estque haec res ex earum numero, in quibus ex postfacto apparet, quid antea fuerit, l. qui res 98. §. rem autem. ff. de solut. l. hinc scriptura 15. §. 1. ad legem Aquilianam. l. quaedam 15. ff. de reb. dub. l. Neratius 7. ff. de testam. manu. His tamen valde obstare videtur, quod scriptum est in l. Arefusa 15. ff. de stat. hom. & in l. seq. vbi tractatur de libertate data ancillae sub hac conditione, si tres pepererit, nec dubitatur quin siue primo partu vnum, secundo tres pepererit, siue primo duos, secundo item duos, solus liber ille sit, qui vltimus natus est, ceteri verò tanquam ex ancilla nati serui sint. Et tamen si pro natis haberentur eo tempore quo concepti essent, consequens videretur ut quotquot vno illo posteriore partu editi essent tanquam ex ea editi qua iam libera peperisset, liberi nascerentur. Sic enim plerique ex interpretibus, ut subtiles agant, ratiocinantur ad d. l. Arefusa, quasi singularis ille casus sit in quo is, qui in utero est, non habetur pro nato, quamuis de ipsius commodo agatur. Sed, in eo iudicio, parum subtilis, ne dicam inepta obiectio est, non ob id solum quod conditio illa si tres pepererit, ad factum ipsum partusque tempus relata fictione nullam admittat, quia conditionum omnium natura illa est ut impleri debeant in forma specifica, earumque verba naturaliter & proprie, non ciuilitate & fictione intelligi, l. qui heredi 44. l. si cuius 55. de cond. & demonstr. sed etiam quia in proposita specie nihil potest interesse an eos qui secundo partu editi sunt pro natis habeas ex die conceptionis, an non. Eadem enim ratio semper faciet ut non nisi ex ancilla nati videri possint, cum ab ancilla concepti fuerint: adeoque essent peioris conditionis si conceptionis, quam si natiuitatis tempus inspiceretur. Omnes namque quotquot essent serui, tanquam omnes vicino impetu concepti, cum tamen inspecto partus tempore certum sit & indubitatum nasci liberum si tunc eum, qui vltimus nascitur, quia ut scriptum est in d. l. Arefusa, non patitur natura ut simul vno impetu duo infantes de utero matris excedant. At qui eadem natura non solum patitur ut quotquot vno partu eduntur, simul quoque & vno impetu concepti sint, sed etiam repugnat ut alius post alium concipiatur, quandoquidem secundum philosophos & medicos foemina non superfertant, aut si quando id accidit, monstro & portento simile est, quod ab ordinatio natura tramite aberrat. Sed etsi a

lius post aliū cōciperetur, nesciri tamē posset quis pri-
mus, aut secundus, aut ultimus cōceptus esset, ac proinde
incertitudo illa impediret libertatē, etiā illius qui
ultimus esset conceptus, sicut euenit vt cūm nescitur
quo ordine nati sint, nō appareat vter in seruitute aut
libertate nascatur, atq; ita libertas omniū impediatur,
quemadmodū eadē lex ait. † Deniq; prorsus ridiculū
est dicere, futurum vt liberi nascerētur omnes isti vno
partu ex Arescusa nati, si ex die cōceptionis pro natis
haberentur. Nā qui semel habiti essent p natis ad hoc
vt Arescusa partus tempore conditionē iam impleuif-
se videretur, quomodo possent, obsecro, ex ea quasi iā
libera renasci vt ob hoc ipsum liberi nasci viderētur?
An non implicat cōtradictionem vt idē homo bis nas-
catur? aut vt ex instanti conceptionis intelligatur &
natus & non natus? Natus vt matrem faciat liberā: nō
natus, ne nō sit ipse liber, si ante quā sitā matri liberta-
tem natus retro fingatur. † Aliis quidē casibus, in quib.
diximus posthumum haberi pro nato, fateor euenire
vt non eo minū postea nascatur, aded vt nec locus sit
fictioni, nisi reuera nascatur. *l. is cui 18. D. quād. dies leg.
ced.* Sed non idcirco bis nasci intelligitur, imō quādo-
cunq; intra legitima tempora natus, ex instanti conce-
ptionis natus creditur, aut si de libertate quarant^o ex
eo instanti quo matē liberā habuit, & ita quidē nat^o
vt non simul intelligatur non natus. At vt eodem in-
stanti, & ad eundem effectum & natus & non natus
videatur, nulla fictione fieri potest, quia nō magis cō-
tradictionem implicare fictio potest, quā natura, *l.
adopt. 16. D. de adopt.* Adde quod in specie *d. l. Arescusa*,
de matris cōmodo & libertate principaliter agitur, de
commodo autem & libertate liberorum, non nisi per
consequentias: quo casu certum est eum, qui in vtero
fit non haberi pro nato. † Sed videamus ne quod in *d.
l. Arescusa* scriptum est, eū solum nasci liberū qui pos-
teriore partu posterior natus est, à ratione iuris omni-
no alienum sit, & quod prorsus consequens est, Tribon.
potius quā Tryphonino adscribendam. Nam cōtra
Iurisconsultū disputare nec possem, nec deberē: cōtra
Tribon. agere non pudet, quem passim video mera veri
iuris ignorantia tot prudentum responsa tam malē
corrupisse. Defendo itaq; in proposita specie nasci libe-
ros quotquot posteriore partu editi sunt, nec proinde
curandum esse quo ordine nati & editi proponan-
tur. Mouet me ratio illa iuris, quam ipsa Triph. verba
incautē à Trib. relicta probant apertissimē, quod inci-
piente partu, id est eo primum instanti quo mulier pa-
rere incipit, conditio illa existit, sub qua erat data li-
bertas, si tres pareret. Nec q; ordine nascantur, & in lu-
cem edatur, facit vt temporis successione aliqua opus
sit ad implendam conditionem. Non. n. ideo minū
verum est vnicum partum esse, vt ostendunt ea verba
legis *primo partu vnum, secundo tres peperit*: item illa, *in-
cipiente igitur partu*. Cur verō vnicus partus est: quia li-
cet non vnico impetu excedant de vtero matris, vt
Tribon. verbis vtar, tamen vnico impetu conceptos om-
nes fuisse necesse est, ne contra naturam superfecta-
tio in fœmina inducatur. † Condicio igitur illa *si tres
pariet*, tunc impletur cūm mulier incipit parere, i. tūm
primum, cūm incipit eum edere qui primus in lucem
prodit, quia cūm collata sit conditio in tempus partus,
certum est quod iam supra diximus, mulierem parere
non cūm iam edidit partum, sed cum edit, ac proinde
priusquam ediderit. Aliud namq; instans est quo part^o
editur, aliud quo iam editus sit, quemadmodū & aliud
instans est, quo impletur conditio, aliud quo iā sit im-
pleta. Illud præcedit, hoc sequitur. Porro vt libertas A-
rescuse data sub conditione illa, *si tres pariet*, ei possit

competere, sufficit impleri conditionem, nec illud etiā
requiritur, vt iam sit impleta. Fit enim vtrumq; eodem
ipso momento, vt & competat libertas, & conditio im-
pleatur: veluti, inquit lex, si qualibet alia conditio mu-
lieris libertati appositā, parturiente ea existat, vel ma-
numissa in testamēto sub hac conditione, *si decem mil-
lia heredi, Tuioue dederit*, eo momento quo parit, per a-
lium impleuerit conditionem. Quib. casib. esset non
dubitandum quin iam libera peperisse crederetur, vt
lex ait. Et tamen non post impletam conditionem pe-
perisset, sed eo ipso instanti quo conditio impleteretur.
Ergo si recta comparatio est quā rectam esse vult Try-
phon. cūm impleatur conditio illa, *si tres pariet*, in illo
ipso instanti primo partus, non post partum, fateri ne-
cesse est quicquid postea nascitur, eo partu tanquā ex
libera muliere editū liberum nasci. Quid. n. erat quod
impediret ne libertas testamento data cōpeteret ante
partum? Hoc vnum, q; libertati adscripta erat conditio
si Arescusa tres pareret. † Quā conditio vtiq; adimplē-
da mulieri est vt Trib. ait, & ego admitto, sed aliud est
adimplēdam esse, aliud verō adimpletam esse debere.
Nam eo instanti quo iam impletur, adimplenda am-
plius non est, nec tamē dici potest adhuc impleta, quia
& nature & intellectus ordine prius est vt impleatur,
quā vt sit impleta. Deniq; qui dicit adimplēdam esse
tempus futurum demonstrat: qui adimpleri, tēpus præ-
sens, qui adimpletam esse, tempus præteritum. † Solus
igitur seruus ille nascitur qui ex Arescusa primo par-
tu solus nascitur, tres illi qui in secundo partu nascun-
tur, licet ordine editi tamen oēs liberi editi sunt, quasi
vnico editi partu quia semel & simul concepti fuerūt.
Partus enim an vnus sit, an multiplex, non tā ex edi-
tione, quā ex conceptione æstimandum est. Vnde & v-
nus venter dicitur, & vnus vterus, & pariter ac eodem
tempore, adeoq; simul nasci qui vnico illo partu edū-
tur, licet ordine, & alius post alium, *l. antiqui 3. ff. si pars
hered. pet. l. vtrum 7. in illis verbis, cum quinq; liberi quos
vno factu enixa est. D. de reb. dub. l. 3. §. est autem tractatum
De suis & leg. l. si pater 36. ab. que quinque simul peperit.
D. de solut.* sicut è contrario vnico abortu duodecim
puerperia eiecta fuisse refert Plinius lib. 7. c. 11. † Itque
primus Triboniani error fuit, qui & Bartoli, & cæte-
rorum vulgò interpretum, quod existimant tot esse
partus, quot nascuntur ex vno partu liberi. Moti tan-
tūm ex eo, quod natura non permittit vt simul vno
impetu duo infantes de vtero matris excedant: ad quā
rationem nos iam respondimus. † Et suauis est Barto-
lus, qui ea Tryphonini verba *incipiente partu* exponit
de quarto partu, quā tamen non nisi de secundo ex-
poni posse indicant præcedētia illa, *secundo tres peperit*,
† Eo autem præsupposito, de quo nec dubitari posse
arbitror, vt de secundo partu Tryphoninus fenserit,
sequitur necessariò quod volumus, tres istos ex vnico
illo secundo partu editos, liberos natos esse tanquam
natos, non quidem post impletam conditionem, quod
nec fuit necesse, sed eo ipso instanti & momento, quo
conditio implebatur. Id enim quod Tryphoninus ait,
*incipiente partu existens conditio efficit, vt ex libera eda-
tur, quod postea nascitur*. siquidem negari non potest
quin illud instans secundi partus incipientis ex quo
vno tres nascuntur, præcedat editionē tā eius qui pri-
mus, quā eius, qui postremus nascitur. Nam editum
iam esse filium vnum longē plus est quā incipere
partum, cūm vel ipsum *incipendi* verbū exprimat pri-
mum instans partus ac proinde illud quo parturiat
mulier, non quo iam peperit. Quod apertius significat
Tryphoninus cūm subiicit, *parturiente ea*, & rursum, *eo
momento quo parit*. Nec enim aut parturit, aut parit
mulier,

Quando inspiciendum sit tempus quo con-
ditio impletur, & quando tempus quo sit
impleta. Et ad l. vlt. ff. de cond. instit. l. i-
dem erit. 16. de stat. homin.

S V M M A R I A.

10 mulier, multo minū incipit parere quā iam filium li-
cet vnum tantūm edidit. † Ex hoc autem primo errore
alii quoque Triboniani & interpretum natus est,
quod putarunt, non aliter posse Arescusa liberam esse,
quā impleta iam conditione: quod falsum est. li-
cet quod ex falsa præsuppositione inferunt, verum
sit, non prius impletam posse dici conditionem quā
tres filij fuerint perfectē editi, vt loquitur Bartolus.
Fallam verò esse hanc præsuppositionem probant ea
ipsa Tryphonini verba quā nos iam retulimus, *in-
cipiente partu existens conditio*. Non enim dixit Trypho-
ninus, *impleta conditio*, sed *existens*, quia primo partus
instanti non potest esse impleta, sed impletur, & vt in-
telligamus sufficere conditionem eo instanti existere,
vt eo ipso instanti libertas competere incipiat, nec re-
quiri vt iam extiterit. Aliud namque est conditionem
existere, aliud extitisse. † Tertius Bartoli & interpre-
tū error, quod calum illum, quo data sit libertas mu-
lieri sub conditione illa *si decem millia heredi, Tuioue
dederit*, & conditionem illam per alium impleuerit eo
momento quo parit volunt esse dissimilem huic, quem
nos tractamus de conditione sic concepta, *si tres pariet*:
cūm tamē Tryphoninus similem esse dicat, nec Tri-
bonian. ipse id negare ausus, qui sic volente Deo, vt a-
liqua nobis ad eruendam veritatem lux superesset,
partem hanc legis incorrectam reliquit fortassis quia
vim & sententiam Iureconsulti non fuit assecutus. †
In quo autem dissimilitudinem aut dissimilitudinis
rationem Bartolus constituit: nimirum in eo, inquit,
quod conditio fuit impleta, & fuerunt data decem ip-
sa parturiente, & antequā pareret, quod non est in
conditione nostra: ridicule sanē & contra ipsa legis
verba. Ponit enim Tryphoninus data fuisse decem eo
momento quo mulier parit. Ergo non prius quā pa-
reret, sicuti nec postquam iam peperisset, sed in primo
ipso instanti partus. Quod idem instans significatur a-
liis illis verbis *parturiente ea*: quā Bartolus non satis
in Latinitate versatum haud dubiè fefellerunt. † Sic
enim ille accepit, quasi parturiens mulier ea sit, quā
grauida & prægnans est, & quā nondum parit, cūm è
contrario parturire tūm dicatur, cūm incipit parere,
nec adhuc peperit. Vnde solemus dicere *dolores mulie-
ris parturientis*, & ob id potius per conditionem illā,
si decem millia heredi dederit, non per mulierem ipsam
impleri, sed per alium, quia fieri nullo modo potest vt
per mulierem ipsam in primo ipso partus instanti im-
pleatur. Eandēque rationem constituit harum condi-
tionum, & alterius cuiuslibet, quā libertati mulieris
apposita existat ea parturiente, nullo ipsius mulieris
aut alterius pro eo facto interueniente, puta *si Tuius
Consul factus erit*, aut *si nauis ex Asia venerit*. Nam si eo
ipso momento quo mulier parit, Titius Consul fiat,
aut nauis ex Asia veniat, certum est, ex eo quoque ipso
momento competere libertatem, ac proinde quicquid
postea editur, liberum esse, nec minus eum qui primo
loco editus sit, quā qui tertio si plures editos pro-
ponas. Quidni ergo in proposito casu similiter dice-
mus, tres omnes filios vnico secundo partu ex Ares-
cusa editos, & liberos esse & ingenuos, tanquam ex li-
bera natos? † Denique & Triboniani & Bartoli per-
petuus error ille fuit, quod non distinxerunt instans
partus incipientis ab instanti partus perfecti & iam
editi, nec proinde instans quo impletur conditio ab
instanti quo est impleta. Quā tamen sunt diligenter
& subtiliter distinguenda si ad exactam veramque iu-
ris rationem disputatio instituat. Sed ad reliqua per-
gamus.

- 1 Quibus locis decepti Interpretes post Bartolum credi-
derint in specie d. l. Arescusa, conditionis iam imple-
ta tempus spectandum?
- 2 Multum ea parte interesse an de ea re agatur quæ, nisi
conditio vim & potestatem iuris suspenderet, ipso iure
ex testamento competeret, an de ea que post impletam
conditionem non ipso iure sed facto aliquo acquiri aut
competere possit.
- 3 De qua acquisitione accipiendum sit quod dici solet lega-
tium etiam ignoranti legatario acquiri?
- 4 Libertatem seruo vel ancille directo & pure legatam
statim à morte testatoris ipso iure & irrenocabiliter
acquiri.
- 5 Eam que sub conditione legata est, eo instanti quo con-
ditio impletur ipso iure competere.
- 6 Aliud in acquisitione hereditatis & aliorum legatorū
conditionum duplici ratione obtinere.
- 7 Libertatem Arescuse directo sub conditione datam eo
instanti quo conditio impletur ipso iure deberi.
- 8 Libertatem fideicommissariam Arescuse sub conditione,
si tres pepererit, relictam non nisi impleta conditione
ab herede deberi.
- 9 Ratio dissimilitudinis inter directam & fideicommis-
sariam libertatem.
- 10 Eo casu quo fideicommissaria libertas Arescuse sub præ-
dicta conditione data est, incipiente partu conditio-
nem quidem existere, sed nō ideo liberam fieri, ac pro-
inde seruos nasci quotquot eo partu nascuntur.
- 11 Declaratur l. vlt. ff. de cond. inst. & ad superiorem sen-
tentiam aptatur.
- 12 Natos ex Arescusa siue primo siue secundo partu editi
sint liberos nasci, dummodo non pauciores tribus, si
primo, aut duobus si secundo nascantur.
- 13 Totam l. idem erit 16. ff. de stat. homin. Triboniani
esse.

ILLud potissimum apud Tryphoninum explicatio-
ne dignum est, cuius ignorantia Tribonianus cæ-
terique nostri interpretes in errorem acti sunt, vt cō-
ditionis iam impletæ tempus spectandum putauerint,
Cum sufficiat existere conditionem eo ipso momento
quo mulier parit, neq; necesse sit iam antè extitisse: si-
quidem negare nō possumus, quin regulariter ita ius
comparatum sit, vt impletam conditionem esse oporteat,
priusquam peti possit id quod nō nisi sub condi-
tione relictu fuit, vt in *l. qui heredi 44. §. vlt. de cond. &
demonstrat.* in illis verbis non antè ad hereditatem admit-
teretur, quā si omnem summam dedisset, qui certè locus
Bartol. fefellerit, vt apparet ex vlti. ipsius oppositione:
Possis etiam pro Bartolo in eandem sententiam addu-
cere quod Caius scribit in *l. facta 63. §. si sub conditione
ad SC. Trebel. ibi, vti que autem testator nisi expleta sit cō-
ditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, ne-
que per hunc illi voluit restituere hereditatem*, cum aliis
similibus quingentis. † Sed animaduertere Bartolus
debit, aut potius Tribonianus, qui prior errandi cau-
sam Bartolo tribuit, multum interesse an de ea re a-
gatur quæ ipso iure ex testamento competeret, & ac-
quireretur si conditio sola vim & potestatem iuris nō
suspenderet, cuiusmodi est directa libertas de qua in *d.*

l. Arescusa: an verò de ea re quæ post impletam quoque conditionem, non tamen ipso iure acquiri aut competere possit, sed factò aliquo in eam rem opus sit ut puta de hereditate, quemadmodum in supradictis locis. Nam ei qui hereditatem vel legatum ita accepit, si de eadem dederit neque legatū, neque hereditas aliter acquiri potest, quā si post impletā conditionē id egerit scriptus heres aut legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet, *l. ei qui 13. ff. de cond. i. si. i.* quā hereditas aut legatum expresse agnouerit. Existens enim conditio nihil aliud facit, nisi ut quod sub conditione relicta est, pro eo habeatur ac si purè relicta esset, *l. potior 11. D. qui potior in pign. hab.* At qui ex eo solo quòd quis aut heres aut legatarius purè scriptus esset, non ideo tamen aut hereditatem aut legatum sibi acquireret, nisi secuta demum hereditatis aditione, vel legati agnitione. Et quidem de hereditate dubium esse non potest, quia extra causam necessariorum hereditas nemo inuitus hereditati obstringitur aut inuitus heres fit, *leg. qui in aliena 6. l. si quis mihi 25. §. iussum. D. de acq. hered. l. 4. D. ad SC. Trebel. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* † De legato autem quamquam dici solet acquiri illud legatario etiam ignorantis, *l. cum pater 77. §. furdo. de leg. 2. l. si quis am. 16. in fin. D. de iur. testam. fac. poss. adeoque transire dominium legatæ rei à testatore in legatarium recta via, l. a Titio 64. de iur. quasi numquam factum heredis, l. legatum 80. de leg. 2.* Id tamen non de acquisitione irreuocabili intelligi debet, qualis illa est quæ per legati agnitionem inducitur, sed de reuocabili, hoc est, quæ non impedit quominus legatum à se repellere legatarius possit, atque ita facere ut numquam ipsius fuisse videatur, *l. si tibi homo 86. §. cum seruis. de leg. 1.* Alioqui constat id quod semel acquisitum fuit repudiari amplius non posse, *l. 1. §. decretatis. ff. de success. edict.* † Sed in legatum libertatis datæ seruo aut ancillæ distinctio hæc cadere non potest, quia statim atque mortuus est testator, sicut per legem 12. tab. confirmatur totum testamentum ita & libertates ad eò ut directè statim competant & ipso iure, adeoque irreuocabiliter, non expectata seruorum voluntate, quia nec reculare possunt, quominus etiam inuiti liberi fiant, *l. ult. §. si verò quidam C. de testa. manu.* quemadmodum & si heredes scripti essent, inuiti ac necessarij heredes fieret ipso iure, *l. necessarius 57. in fi. de acq. her.* † Itaque cum libertate data sub conditione, nihil præter conditionem sit quod impediat quominus ipso iure competat libertas, prorsus consequens est, ut sublato conditionis obstaculo, libertas competat statim, & ipso iure perinde ac si purè data esset. At qui obstaculum conditionis tollitur eo ipso instanti in quo conditio impletur, nec in eam rem expectari necesse est, ut sit impleta, quoniam conditio tota æstimatur ex eo quod pendet. vnde passim legimus pendere conditionem & pendente conditione. Tū porro definit pendere cum impleri incipit, licet nondum sit impleta. † Qui tractatus longè diuersus est cum agitur de legati aut hereditatis acquisitione, quæ factum aliquod hominis requirit. Etsi enim perinde verum est definire conditionem pendere eo ipso instanti quo impleri incipit, non ideo tamen sit ut eo ipso instanti quicquā acquiratur, quoniam acquisitionem præcedere debet factum hominis, & declaratio aliqua voluntatis: quæ declaratio sicut fieri non potest ante existentem conditionem, quandoquidem conditio quandiu pedit, impedit delationem; *l. si ita scriptum sit 45. §. si sub conditione de leg. 2. l. cedere diem 213. de verb. sign. ita nec in ipso instanti existentis conditionis.* Idque duplici ratione: Et quia non sicut lex certa est de iis omnibus, quæ vel iam facta sunt, vel fiunt, tamen quòd ad homines

sint incerta, *l. cum ad præsens 37. cum duob. seqq. ff. de reb. cred. l. si ita stipulatus 120. de verb. obi. l. ventre 84. de acqu. her. sic & homo scire potest instans quo impletur conditio, ita ut illud secernat ab instanti quo iam sit impleta (instantia enim illa sensui nostro sunt imperceptibilia.) Et quia, nõ quemadmodum lex, ita homo facere quicquam potest in instanti, cum nec natura ipsa nisi in tempore operetur. Ex quo fit ut neque in eo instanti quod proximè ac immediatè sequitur impletam conditionem, sub qua hereditas relicta, aut legatum, possit heres vel legatarius voluntatem suam declarare, tamen si sciat impletam conditionem. Quare mirandum non est quod iure consulti sic loquuntur, ut eo casu non nisi post impletam conditionem hereditas aut legatum acquiratur. † At in legata libertate, ac directò data nusquam idem proditum reperias, quia cum ipso iure competat & sola legis potestate, lex autè certa sit, quo demum instanti conditio impletur, nihil omnino prohibet quominus eodem instanti eadem lex conferat libertatem, nõ expectato alio instanti in quo verum sit iam impletam esse conditionem. † Itaque si fingas non directam libertatem de qua hucusque locuti sumus, sed fideicommissariam Arescusa datā sub eadem conditione, *si tres pareret*, non idem respondebo. Fideicommissaria enim non competit, sed debetur, & ab homine præstata est, *l. c. si 9. l. si ieruus 11. C. de fideicom. libert.* ut è contraria directæ ipso iure competit, quamuis non contingat nisi adita demum hereditate *l. 3. C. de testam. manu.* non etiam præstatur, *leg. directis verbis 10. cod.* Præstari autem fideicommissaria nõ potest ab herede eo ipso instanti quo impletur conditio, id est quo incipit partus Arescusa tres filios parientis, nõ ob eas solam rationes quas iam attulimus, quæ hoc etiam casu militant, sed ob id quoque quòd non prius possit præstari fideicommissaria libertas ex voluntate testatoris quàm deberi cæperit, nec post idem instans esse quo & debeatur & præstetur. Deber enim & debitam esse libertatem idem est, licet impleri & impletam esse conditionem valde distent, ut diximus. † Et ratio huius dissimilitudinis est, quia conditionis impletum facti est, libertatis verò debitum, iuris: In iis quæ facti sunt, distinguuntur necessariò instantia, quoniam implicat contradictionem ut eodem instanti quid fiat, & factum sit: id enim demum fit quod nõdum factum est. At in iis quæ sunt iuris, nulla temporis distinctio est, quia ius operatur semper in instanti, ut diximus, & sicut idè ius semper est, ita & in quolibet instanti id ipsum semper operatur. † Cui consentaneum est, ut quamuis incipiente partu illo secundo, ex quo tres filios Arescusa edidit, cui sub conditione libertas data fuerat per fideicommissum, *si tres pareret*, non minùs verum sit existere conditionem, quàm si libertatem directam meruisset, non tamen perinde possit dici libera, quia ut fiat libera, non sufficit impleri, imò nec impletam esse conditionem, sed illud prætereò requiritur ut ab herede fuerit manumissa, quod eo ipso partus instanti fieri ex supradictis rationibus nullo modo potest. Ergo & tres illos filios eo casu omnes seruos nasci admittendum est, nec minùs eum qui vltimus, quàm qui primus natus est, quia quotquot ex muliere nascuntur filij, siue ante impletam conditionem datæ libertatis, siue ante præstitam libertatem, dum ne libertati præstandæ mora dolo malo ab herede facta sit, serui nascuntur, & ad heredem iure dominij pertinent, *leg. tertia, Cod. de fideicommiss. libert.* Non potest autem videri heres dolo malo fecisse moram libertati, quòd Arescusa hanc non in ipso partus instanti manumiserit, cui nimirum eo primum instanti libertatem*

debere cæperit, & quam prætereò nec si voluisset, in instanti manumittere potuisset, non magis quàm liberam eam facere citra manumissionem, *l. 4. C. si emancip. ita iur. alien.* Neque verò aut naturæ, aut iuris nostri ratio patitur ut eodem instanti quis incipiat & debere & moram contrahere in præitando eo quod debet, *l. promissor 21. §. 1. D. de constitu. pecun. unct. l. mora 32. D. de iur. iur.* † Atque in hanc sententiam, & eorum quæ diximus confirmationem, accommodatissimus textus est in *l. ult. ff. de cond. i. si.* vbi Papinianus tractans de filio suo herede sub conditione potestatiua instituto, distinguendum aut an conditio talis sit, quæ vltimo vitæ momento saltem per alium filij nomine impleri potest, qualis illa est, *si tres decem dederit*, an verò talis quæ vltimo illo instanti nequeat impleri, puta *si Capnitolium ascenderit*. Priore casu ait filium hunc, quandiu vixit, neque patri heredem fuisse ex testamento, quia conditionem non impleuit, neque ab intestato, quia successioni ab intestato non prius fieri locus potest quam destitutum sit testamentum, id est, quàm certū esse cæperit neminem ex eo testamento heredem vltimū esse posse, *l. quando potest 39. D. de acq. her. l. si filius 16. D. de liber. & posth.* Potuit autem hic filius heres esse ex testamento si ipius nomine, quod fieri poterat, alius quisquam eo quoque moriente conditionem impleuisset. Proinde nepos ex eo si quis sit qui non fuerit subtrahutus, intestato auctore heres existet, nec videbitur filius obstitisse post cuius duntaxat mortem testamentum destitutum, ut & in *l. si quis filio 6. D. de iust. rupt. scripto 7. D. vnd. liber.* Posteriore verò casu ait Papianum hunc eundem filium eo ipso instanti, quo moritur fieri patri heredem legitimum, & ab intestato, quia eo demum instanti testamentum destitutum, cum incipiat certum esse filium heredem ex testamento esse nunquam posse, quandoquidem non possit vltimo eo instanti conditionem sibi adscriptam adimplere, nec rursum ea non impleta, ex testamento heres esse. Ita ergo fit ut eodem instanti & impletur delata successio legitime conditio, quæ illa est, si testamentum destitutum erit, & filio hereditas legitima acquiratur, non expectato alio instanti quo dici possit conditionem delatæ successio legitime iam impletam fuisse. Si enim expectaretur instans illud sequens, quod immediatè sequitur vltimum instans vitæ, expectaretur instans quo filius esset iam mortuus, ac proinde quo heres patri ab intestato fieri non posset: nec enim hereditas homini iam mortuo aut acquiri, aut deferri potest. Hoc verò cur ita? Id est, Cur eo ipso instanti quo impletur conditio successio ab intestato filius heres sit patri ab intestato? nempe quia sit heres ipso iure, ac sola legis potestate, nec vllò in eam rem filij factò opus est, *l. in ius 11. ff. de liberis & posthum. l. 1. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omiff. caus. testa. l. in ius 14. ff. de iur. & legit.* Itaque finge filium hunc non suum heredem fuisse, sed emancipatum, aut heredem scriptum agnatum proximum, sub eadem conditione quæ fuerit quidem in ipius potestate (quamquam nec hoc necesse esset) sed quæ tamen vltimo vitæ momento impleri non possit. Equè verum erit, moriente illo destitutum testamentum, atque ita existere conditionem successio ab intestato: sed non similiter verum erit esse illum heredem ab intestato, quia nec patri intestato succedere filius emancipatus potest nisi beneficio petite bonorum possessionis. Vnde liberi, nec agnatus proximus heres esse agnato citra aditionem: tam aditio autem quàm agnitio bonorum possessionis facti est, nec sola iuris potestate inducitur. Eadem igitur ratione ut ad Arescusa nostram redeamus, si ponas li-

bertatē fideicommissaria ei relicta esse sub hac conditione, *si tres pareret*, dicendum est, incipiente partu existere quidem conditionem, sed non idcirco liberā illam fieri, nec proinde liberos nasci, sed seruos quotquot eo partu nascuntur, quia factò heredis manumittentis opus est. † At si ponas datam ei libertatem directam, quem casum Tryphoninus tractat, fatendum est, incipiente partu non solum existere conditionem libertatis, sed etiam fieri liberam Arescusa, quia huiusmodi libertas competit, & contingit ipso iure, nec vllum exigit factum heredis. Et consequenter liberi sunt quotquot ex ea nascuntur, tanquam ex libera nati, siue primo, siue secundo partu editi sint, dummodò non pauciores tribus, si primò, aut duobus, si secundo. Nam si poneres primo partu editum vnum filium, secundo alium, tertio postremum, non dubitarem quin serui essent, qui essent editi primo & secundo partu. Nati enim essent ex serua, sed editum partu tertio dicerem haud dubiè liberum esse, illa ipsa ratione per quam probaui supra, editis secundo partu tribus, aut etiam primo, omnes liberos esse, quia scilicet incipiente hoc tertio partu existit conditio illa *si tres pareret*, ac eo ipso instanti existentis conditionis succedit potestas iuris quæ dat libertatem. † Neque ut pato de his quæ hucusque contra Bartolum & Tribonianam disputauimus quisquam dubitaret, si non maximè illud obstat, quod sub Vlpiani nomine scriptum est in *l. idem erit 16. D. de stat. hom.* si eadem Arescusa duos primū filios, deinde alios duos peperisset, non vtrumque ingenuum nasci, sed eum solum qui posterior nascitur. Nam ut Bartolus argumentatur, si tertius esset liber, ergo & quartus atque ita vterque. Verum nihil meo iudicio est apertius, quam Tribon. esse totam illam legem, non Vlp. Cur enim Vlpian. ita scripserit, *idem erit si eadem Arescusa* nisi fingas non solum eandem prorsus speciem ab Vlp. tractatam fuisse, sed etiā prorsus eodem sensu. Quod si ita fuit, quidni ex Vlp. solo tota quæstio proposita est, non etiam ex Trypho? Trypho sane Vlp. eandem quæstionem tractare quam Trypho & idem quod ille sentire, sed tanto magis fuit necesse immutata, corruptaque Tryph. sententia, Vlp. quoque sententiam mutari subiectis verbis illis quasi interpretationis loco, *Dicendum est enim, & c.* Deinde quam obsecro elegancia illa est, *primò duos pepererat, postea geminos ediderat*, postremo quis credat Vlp. tam insulse locutum esse, *Dicendum est non posse dici, & quod in fine legis scriptum est, quæstio ergo facti est potius, non iuris.* Nam præter id quod aduerbium comparatiuum potius exigebat ut subiungeretur *quam iuris*, quis non videt ex superioribus totam hanc quæstionem facti nullo modo esse, sed meri iuris & quidem subtilissimi, si quid in toto iure nostro subtiliter excogitari potest? Maximè verò si ponas non constare quis primus, quis secundus, quis tertius editus fuerit. Sola enim relinquitur iuris quæstio in eo casu quid in dubio dicendum sit.

CAPVT III.

Emendatio d. l. Arescusa 15. D. de stat. homin.

SVMARIA.

- 1 Quam in d. l. Arescusa, Tryphonini, quam Triboniani sint?
- 2 Triboniani verba examinantur & refelluntur.
- 3 Refellitur quod ab eodem traditur, in dubio enim qui vltimus natus est solum liberum esse.
- 4 Dictionem, igitur, in illis verbis, incipiente igitur partu, postquam sensum non habere.

1 **C**um hucusque ostenderimus non continere iuris rationi quod scriptum est sub Tryphonini nomine in d.l. *Arescusa*. 15. *D. de stat. hom.* superest ut textum emendemus, & quid Tribonianus, quid Tryphonini sit, demostremus. De quo ut breuiter expediam, sic sentio, Tryphoninum in hæc verba scripsisse, *Arescusa*, si tres pepererit, libera esse testamento iussa, primo partu vni, secundo tres peperit: incipiente partu existens conditio efficit, & cætera quæ sequuntur ad finem vsque legis, alia verò omnia esse Triboniani, qui ut sententiam suam quasi non è diametro repugnantem cum Tryphonini verbis conuinceret, interiecit dictionem illam *igitur*, inter ea verba *incipiente partu*. 2 Ipsa enim quaestio prima ridicula est, quæ sic proponitur, *Quaestum est an quis eorum liber esset*. Nam ut statim sequitur, dubitari nullo modo potest quin saltem vltimus, qui quartus nascitur, liber nascatur. Quamquam hoc ipsum satis inconcinne expressum est iis verbis, *sed non dubitari debet quin vltimus liber nascatur*, scribendum enim erat, *dubitari non debet quin vltimus solus liber nascatur*. Id enim proculdubio Tribonianus exprimere voluit, non modò vltimum nasci liberum, quod erat extra omnem omnino dubitationem, sed etiam liberum eum esse solum, ut probat ratio illa quæ sequitur, *nec enim natura permisit simul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere*. Quæ tamen ratio ut in præcedentibus diximus, stulta est. Non enim eo minus verum est, vnicum partum esse: imò etiam falsa. Et si enim ordine edantur, tamen vno impetu eduntur, ideòque & simul & pariter edi eos dicimus, ut in legibus supra citatis loquuntur I. C. sed neque debuerat ita concipi quaestio, *an quis eorum liber esset*. Duplex enim quaestio est, nec tamen vtrique dicitio quis inferuire potest, quæ idcirco erat necessariò repetenda in hunc modum, *an quis & quis eorum liber esset*. Taceo quod vix vllò alio iuris loco videas phrasim hanc à Iureconf. vsurpatam, *duos infantes de vtero matris excedere*: non enim excedit de vtero matris qui nascitur, si propriè loqui volumus, sed editur, producitur, eicitur, proiicitur. Tum verò, quis vnquam dixit *infantem edi*? Perinde namque est, ac si eum qui in vtero adhuc sit, infantem appellares, quod certè esset ridiculum. Infans siquidem esse non potest, priusquam sit homo, id est antequàm sit editus. Qui autem editur, nondum editus editus, sed in vtero adhuc est, alioqui non posset edi qui in vtero non esset, *l. in falcidia* 9. *D. ad l. falc.* Deinde rogo quam connexionem inter se habent verba propositæ quaestionis, & subiectæ responsionis? *Quaestum est, inquit, an quis eorum liber esset. Hæc conditio libertati appositam iam implenda mulieri est.* Debuerat vtrique interfieri verbum *respondit*, aut aliud quoddam simile: quorum verò iam implenda? An non iam impleuit, quæ non tres tantum, sed quatuor peperisse proponitur? Sed voluit Trib. eo articulo idem significare quod *omnimodo*, & hoc dicere, Conditionem libertati appositam à muliere impleri omnimodo debuisse. Atqui ad hunc sensum exprimendum neque vox illa iam vsurpanda erat, neque tempus præsens & futurum pro præterito, sed ita scribendum potius, quomodo Trypho. vtrique scripsisset, *omnimodo implenda sunt*. Quod autem continuò sequitur, *sed non dubitari debet*, nullam quoque cum præcedentibus habet connexionem, præsertim si id exprimere Trib. voluit, quod modò diximus, dubitari non debere quin solus vltimus nascatur liber. Scribere enim debuerat, *igitur dubitari non debet quin vltimus solus liber nascatur*, si putabat non nisi post tertium filium ab Arescusa editum impletam fuisse conditionem, ex eaque propositione illationem hanc deduci posse.

Rursum quod additur, *Ordine incerto nascentium*, notis satis bene iungitur superioribus, nec etiam satis eleganter scriptum est, *nascentium* pro *natorum*. Non enim potest incertus esse ordo nascendi cum nascuntur, neque quod ad naturam, neque quod ad homines: sed tunc demum incertus esse incipit, quod ad nos, cum iam sunt nati, ob non obseruatum ab vllò ordinem, quem inter eos tenuit natura cum nascerentur. At neque dicitio vter quæ sequitur in illis verbis, *vter in seruitute, libertate nascatur*, in proposito apta est cum non de duobus, sed de tribus quaeretur, ac proinde quis, non vter eorum liber esset. 3 Sed & quæro cum propter incertum natiuitatis ordinem non apparet quis primus, aut secundus, aut tertius natus sit, an dicemus omnes liberos esse, an nullum? Nec enim hoc Trib. docet, quod tamen minimè fuit prætermittendum. Nam si cum Trib. sentias, solum vltimum liberum esse, quemadmodum faceres iniuriam heredi si omnes liberos esse diceres, ita & libertati si omnes seruos, cum certum sit saltem vnum ex quatuor esse liberum, tanquam natum post impletam conditionem. Dices, Non ius deficere, sed probationem, ut in *l. duo sunt Titij* 30. *ff. de testam. tutel.* quia nescitur quis ille sit. At neque illud citatur, inquam, quis in seruitute natus sit, quia is tantum potest natus esse in seruitute qui secundo partu natus est primus, aut secundus, non qui tertius. Et ob id Tribonianus ita scribit, *vter in seruitute libertate nascatur*. In dubio igitur, cum nihil certi constitui possit citra heredis aut libertatis iniuriam, cur heredi magis fauimus quam libertati, cui in cæteris partibus magis faueri solet, quam heredi? *l. qui duos* 18. *et pass. D. de man. testa.* Nam nec est nouum, ut etiam in danda libertate testator vnus duntaxat filij mentionem fecerit, pluribus tamen eodem partu natis omnes liberi sint, quamuis quod magis est, ex ancilla nati, siue directo, siue per fideicommissum data libertate, ut in specie *l. cum inter* 14. *C. de fideic. liber.* Et in hoc ego aduersus Cinum, & Bartolum cum Accursio sentio: tanto magis, quod sicuti probauimus, ratio iuris facit ut tunc quoque cum apparet quo ordine nati sint, omnes tamen liberi nascantur, tanquam ex matre liberi, & quæ primo ipso partus instanti conditionem impleuerit, atque ita libertatem ipso iure consecuta sit. 4 Denique dicitio illa *igitur* posita in illis verbis *incipiente partu*, bonum sensum habere non potest, cum ab illis verbis quicquid in ea lege sequitur, non solum ex præcedentibus inferri nullo modo possit, sed etiam repugnet iis apertissimè, probetque concludenter, quotquot secundo illo partu ex Arescusa nati sunt, omnes liberos esse, nec tantum si tres nati sint, sed etià si duo tantum, cum ex primo partu iam alius natus esset. Fiet autem probabiliora & manifestiora quæ contra Tribonianum disputauimus si alium locum indicabimus à proposita quaestione non alienum, & à Triboniano similiter corruptum, si non is potius Tribonianus totus est. Is est in *l. si fuerit* 10. *§. planè. D. de reb. dub.* De cuius sententia & emendatione quid nobis videatur, subiiciamus.

CAPVT IV.

De sententia & emendatione *l. si fuerit* 10. *§. planè. ff. de reb. dub.*

SVMARIA.

1 Libertatè ancilla sub conditione, si primū marē pepererit legatam

- legatam, masculo & femina editis, siue masculus prior editus sit, siue femina matrem quam masculo & femina comperere.
- 2 Hoc ipsum non tam fauore libertatis quam mera veraque iuris ratione niti contra Tribonianum disputatur.
 - 3 Exheredatione sic facta, si mihi filius vnus nascetur exheres esto, natis vno partu pluribus filiis neminem exheredatum intelligi.
 - 4 Filio & filia natis exheredationem filij in superiore specie valere.
 - 5 Triboniani perpetuus error in d. §. planè & in d. l. Arescusa indicatur.
 - 6 Legatum ei qui primus aliquid fecerit relictum, si duo simul faciunt inter eos diuidendum esse.
 - 7 Huic sententia etiam iuris rigorem ad stipulari.
 - 8 Eiusmodi legatum impediri si testator legatariorum concursum prohibuisse probetur.
 - 9 Legatum Sempronio relictum, si duo sint Sempronij æquæ hereditate coniuncti, non valere.
 - 10 Non similiter legatum duobus eiusdem nominis hominibus relictum, & vnus ex eis ademptum, si cui ademptum sit non appareat, in vtriusque persona infringi, sed in vtriusque persona valere.
 - 11 Incertitudinem in ademptione legati legatum confirmare, non vitare.
 - 12 Libertatis legatum per incertitudinem voluntatis testatoris cur vitetur?

1 **T**Ractatur in hac lege de libertate ancillæ data sub hac conditione, *si primum marē pepererit*, & quaeritur, An si vno vtero marem & feminam pepererit, filius liber sit, an filia, an etiam mater ipsa. Respondetur autem in hæc verba, *siquidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi vtrum liberæ esset, necne*. Sensus est, ut sequentia demonstrant, liberam esse si masculum priorem pepererit, non etiam si filiam. Ipsum verò masculum priorem editum seruum fore, tanquam editum ex ancilla. Sequitur enim, *sed nec filia, nam si postea edita sit, erit ingenua*: Vtrumque falsò & ridiculè ne dubitare possis quin totum hoc sit Tribonianum: siue enim prior masculus editus sit, siue femina, cum tamen vnus tantum partus sit, semper verum est, primo partu editum esse marem, qui sensus est illius conditionis, *si primum marem pepererit*, & consequenter incipiente partu, ut Tryphoninus loquitur in *l. Arescusa*, de qua proximè scripsimus, impleri conditionem datæ libertatis, atque ita libertatem eodem instanti obtingere, ut facta ipsa exinde libera, tam marem quam feminam, ac proinde vtrumque liberum peperisse videatur. Posset aliquis dubitationi locus relinqui apud eos qui verborum maiorem quam sententiæ & voluntatis rationem haberent, si conditio sic concepta proponeretur, *si primum marem ediderit*, quia non licet vnus partus, ita possit vna dici editio pluribus editis. Sed vsurpato verbo *pepererit*, non magis conceptio verborum, quam voluntatis ratio patitur, ut defecisse conditio videatur nato masculo ex primo partu licet post filiam editus sit. 2 Triboniani verò & subtilitatem & eloquentiam illius manifestius detegit, quod sequitur, *si autem hoc incertum est, nec potest, nec per subtilitatem iudiciali manifestari*. (quis enim sibi persuadeat Vlpian. ita vnquam locutum aut locuturum fuisse?) in ambiguis rebus humanior sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem, quam filia eius ingenuitatem consequatur, quasi per præsumptionem priore masculo edito. An non enim humanior sententia illa erit, si & matrem liberam, & masculum quoque ingenuum, sicut & filiam ingenuam admittamus? Quidni

verò? cum non tantum humanitas fauorq. libertatis: sed etiam mera, veraque iuris ratio ad stipuletur? Aut quid necesse ad præsumptionem confugere, ut masculus prior editus intelligatur, si nihil interest priorne an posterior editus sit, dummodò eodem partu? Aut quoniam obsecro, colore, volumus deteriorè esse conditionem matris & liberorum, ut nec illa libera sit, nec ingenui qui ex ea nascuntur, ob id solū quòd non modò masculum pepererit (quæ res sufficere poterat ad implendam ex verbis & voluntate testatoris conditionem) sed etiam feminam? Eone minus verum est primò partu editum fuisse masculum, quod femina quòque eodem partu, siue prior siue posterior edita proponatur? 3 Alioqui dicendum esset, *si mihi filius vnus nascetur, exheres esto*, natis vno partu pluribus filiis pro exheredato habendum esse eum qui primus natus esset quasi qui primo partu solus esset natus, cum ordine nascendi alium prius, alium postea nasci fuerit necesse. Et tamen falsum id esse constat, neminemque in proposita specie intelligi exheredatum, ne alioqui fatendum esset omnes simul exheredatos contra quam ferre possint verba testatoris, *leg. 1. §. quare & si ita. D. de ventr. in poss. mittend.* 4 Planè si poneres nasci filium & filiam, defendi probabiliter posset non eo minus valere filij exheredationem, quia non facit natiuitas filia, quin verum sit filium natum esse, neque ita impletam fuisse conditionem exheredationis, siue prior editus sit masculus, siue posterior: nec quod hunc casum superiori comparat Vlp. in *d. l. §. quare*, ad rem facit Recta enim comparatio in eo est, quod vtroque casu venter in possessionem mitti debet, ratione illa generali quæ sequitur, quòd satis sit sub incerto eius qui aletur, ali etiam eum qui sit exheredatus, quam eum qui non sit exheredatus, fame necari: at non etiam in eo, ut perinde vtroque casu exheredationis conditio defecisse videatur: etsi contrariam quoque sententiam facile odium exheredationis posset fortassis admittere In proposito autem casu fauor libertatis è contrario vrget pro masculo, ut qui primo partu editus est, licet post sororem, & faciat matrem liberam, & sororem ingenuam, quemadmodum & seipsum. 5 Perpetuus ergo Triboniani error ille fuit quòd non creditur, aut potius non animaduertit incipiente partu impleri conditionem eam propter eum qui vltimus editus, quam propter eum qui primus: & vnum eundemque partum esse, quoties vno vtero plures nascuntur, quia simul & semel eos omnes conceptos esse necesse est. 6 Sed & cætera omnia quæ in eadem lege præcedunt, licet Vlp. tribuantur, Trib. tamen esse semper existimaui, siue contextum verborum intueor, siue sententiam legis. Nam si fuerit legatum relictum hoc modo, *ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascendit*, & simul duo venisse dicantur, nec appareat quis prior venerit, vel ei qui monumentum fecerit, & plures ferint, vel ei qui maximus natus est, & duo pares sint ætate, falsum est quod lex ait legatum impediri. Cur non enim simul omnes admittatur cum omnibus quæ conueniant verba legati? Vtiq. siquidè primus Capitolium ascendit ille ante quem nemo alius, licet nec post eum alius ascenderit: Primus monumentum facit, ante quem nemo facit: maximus natus est is quo maior alius non est. Sicut dicimus proximum agnatum esse quem nemo antecedit, quamuis neminem ipse antecedit: Supremum verò non eum qui post aliquem, sed post quem nemo sit, *l. qui duos* 9. *cod. ti. l. ex duobus* 34. *De vulg. & pupill. subst. l. 1. §. proximus. D. vind. cogn. l. proximus* 92. *l. proximi* 155. *l. in vulgari*: 62. *D. de verb. sign.* De illo tantum dubitari potest, An inter eos diuiden-

dum esset legatum, quasi partes inuicē sibi facientes per concursum, an verò duplici præstatione legati onerandus esset heres. Nā nec verba repugnarent, quæ licet in singulari numero prolata, non tamen expriment singularitatem personæ, quia non terminantur in persona, quō terminarentur, si Sempronio amico legatū esset, & plures essent Sempronij aqua charitate coniuncti testatori: sed in persona factō, quod factum tale est, vt pluribus personis æquē aptari possit. Sed tamen repugnat, meo iudicio, sentētia testatoris, qui de vno tantum legato adscribendo cogitauit: repugnat etiam heredis fauor, qui non patitur vt duplici præstatione eiusdem legati nomine debeat oneratus. *l. Titia cum testam. 34. §. qui inuia filia l. Sempr. 47. de leg. 2. l. pen. de dor. & eleg. l. planē 34. §. sed si non corpus de 7 leg. 1.* Itaque verius est inter eos omnes qui concurrunt, diuidi legatū oportere, quod & interpretes nostri etiam inuito Tribon. ac penē inuiti fateri coguntur, licet temperamenti cuiusdam gratia, ne in legem omnino offendere videantur, ad æquitatē id referant, non ad iuris rigorem, in quo decipiuntur. Quis enim rigor iuris obfata potest legatariis, quibus & verba testamenti fauent, & voluntas non repugnat? *arg. l. ab omnibus 104. in princ. eo. tit. l. talem 51. in fin. D. de here. in instu.* Estq; hæc sententia longē fauorabilior quàm illa vt legatum impediatur. Nostra enim testatoris voluntatē tuctur legato ita conseruato, vt tamen non idcirco durior heredis conditio fiat. Nec sanē aliud quicquā est quod possit facere vt impediatur legatū, quàm si testator probetur voluisse vt ad vnum solum perueniret legatum prohibito legatariorum concursu, nisi placeret illo etiam casu potiorē primi occupantis causam esse debere. *arg. l. si Titius. 9. D. de verb. obl.* Planē quod sequitur in *d. l. si facti 10.* si legatum Sempronio amico fuerit relicto, & duo sint Sempronij aqua charitate coniuncti testatori, legatū impediri, faciē admittō, quia huius legati verba nō solum in singulari numero prolata sunt, sed ita clarē vt expriment singularitatem personæ, quæ in ipsa persona, vt iam diximus, terminatur. Quenā potē ea persona sit, nesciri potest, atq; ita non tam deficit ius quā probatio, vt in *d. l. duo sum Titij 30. ff. de test. tutel.* At non illud similiter possum admittē, quod Tribon. noster Vlpianū malē agens subiungit, si duobus eiusdem nominis hominibus fuerit legatū puta Sempronij, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit, dationem in vtriusq; persona infringi (sic enim Tribon. loquitur) ademptionem autem in vtramq; valere. Scio Hugonem Donellū lib. 3. Commentariorum De iure ciuili ad eā legē malle legere ademptionem, quomodo etiam in quibusdam exemplaribus scriptum esse testatur; hoc sensu vt per ademptionem legatum in vtriusque persona valeat, id est neutri ademptum intelligatur: sed parum eleganter, vt ego quidem arbitror. Numquam enim potest ademptio facere quo magis legatum debeat, siue vtiliter datum sit, siue inutiliter, *l. legata 14. D. de adm. leg. l. 3. §. si emancip. de bon. poss. contra tabul.* Alius ergo & apertissimus Tribon. sensus est, ademptionem in vtriusq; persona valere, quod certē à iuris ratione alienissimum est. Cur non enim valebit legatum, aut quæ incertitudinis prætextu impediatur, cum non sint personæ incertæ, quibus relicto fuit? Ponimus siquidē duobus Sempronij relicto, duos verò Sempronios fuisse, nec quinam illi sint, ignorari. † Dices idem legatum Sempronio ademptum esse, nec apparere cui ademptum sit, atq; idē perinde incertitudinem subesse vtri debeat. Et hic sanē color est, qui Tribon. decepit, sed pro no-

bis respondet Vlp. in *l. 3. §. si duobus Titij. ff. de adm. legat.* incertitudinem hanc non in datione esse, sed in ademptione, ob idque non dationem vitari debere, sed ademptionem, vt proinde vtrumque legatum debeat, quemadmodum, inquit, & in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri deberi. Nam & regula iuris est, Ex quibus causis legati datio inutilis est, ex isdem causis etiam ademptionem inefficacem haberi, *d. l. legata inuulter. 14. §. 1. eo. tit.* Tribon. igitur cum Vlp. pugnat, ne alioqui fatendum sit Vlp. & cum seipso pugnare, & cum iuris ratione, cuius apud me, si non maior, certē nec minor quam ipsius Vlp. autoritas est. † Planē in vlt. illa specie quam Tribon. proponit, Si ex pluribus seruis eiusdem nominis vni vel quibusdam libertas relicta sit, nec appareat cui, non poterit libertatis fauor efficere vt in tam incerta testatoris voluntate quitquam sit liber, *l. cum ex pluribus. 51. ff. de test. manu.* quia cum non aliter valeant testamentaria manumissiones quàm si confirmata sint per legē duodecim tabularum, vt & cetera defunctorum supremæ voluntates, quemadmodū Vlpianus in fragmentis scribit tit. 1. lex autem non confirmet, nisi quatenus habet defuncti voluntatē, apparet prius esse necessariō vt constet de voluntate testatoris, quàm vt de confirmatione per legē faciēda queri oporteat. Neque hac parte quicquam refert an relicta sit libertas, an quid aliud, ita vt non constet, cui relinquere testator voluerit. Sed hæc contra Tribon. disputasse sufficiat.

CAPVT V.

De reconuentione.

SVM MARIA.

- 1 Reconuentione cur veteri Iuris prudentia fuerit vsque ad Papinianum etiam incognita.
- 2 Incompetentiam iudicis nullitatem nullitatum esse.
- 3 Reconuentionem vel potius mutuas actiones diuerso iudicio licet apud eundem iudicem aliquando olim intentat. vn fuisse.
- 4 Per reconuentionem quid intelligatur?
- 5 In familiis eriscunda, communium diuidendo, finium regundorum iudicis reconuentionem nullam esse.
- 6 Cur in illis iudiciis quicumque actor est idem etiam sit reus?
- 7 Longē aliud esse dicere duplicem esse actionem aliquam, aliud vero esse duas actiones.
- 8 Speciem §. vlt. l. 1. ff. quæ sentent. sin. appell. rescind. non ad reconuentionem sed ad mutuas petitiones pertinere.
- 9 Primum Papinianum reconuentionis coram eodem iudice introducenda aut horem fuisse.
- 10 Huic reconuentioni stricti iuris rationem repugnasse.
- 21 Exceptionem incompetentie iudicis dati, sed non incompetentie iurisdictionis per reconuentionem tolli.
- 12 Reconuentionem pro diuerso negotio ex Papiniani sententia fieri non potuisse.

Fuit † & nomen, & ius hoc reconuentionis incognitum toti iurisprudentiæ veteri, eo sensu quo nunc ab interpretibus & pragmaticis accipitur, ad tempora vsque Papinian. cuius sententiam retulit & probauit Iustinianus in *leg. cum Papin. 14. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Nam cum ita ius esset vt mota inter aliquos lite, eaque apud prætorem contestata iudicem dati oporteret, in eamque rem præscribi formulam quæ iudici potestatem faceret condemnandi rei, aut etiam absoluedi si actor intentionem suam non probasset, necesse erat euenire vt iudex qui pro

pro Titio contra Sempronū datus esset in ea actione quæ Sempronius aduersus Titium instituit, nō posset videri iudex competens in reconuentione, si fortē Titius à Sempronio vicissim aliquid petere vellet, tanquā qui in eā rem iudex datus non esset. † Cōpetens enim iudex ille dicitur, qui potestatem habet cognoscendi, & iudicandi: quā porro potestatem habere nō potest ille qui magistratus nō est, quicq; nullā suo aut alieno nomine habet iurisdictionē, nisi quod à prætore, aliōve magistratu, aliterve iurisdictionē habete iudex datus sit, *l. 1. l. cum qui. 13. ff. de iuris. & consequenter non nisi quatenus datus est l. 1. C. de ordin. iudic.* Ex quo fieri consequens erat, vt nulla esset sententia, quæ à tali iudice incompetente data fuisset *l. 2. & tot. tit. C. si a non compe. iud.* Idque est quod pragmatici passim iactant, & hoc verē, incompetentiā iudicis nullitatem esse nullitatis, & præcipuam rationē propter quam debeat sententia dici nulla, nulliusque omnino momenti. † Pl. nē si quis ab alio conuentus vicissim contra eū agere ex aliqua causa voluisset, poterat quidē hoc facere, sed noua actione in id instituta, & alio iudice accepto à prætore, non autē in eodē iudicio, quāuis interdū ad eundē iudicē mitti deberēt qui de alia actione inter eosdē iā antē datus fuerat, nempe si iusta aliqua causa subesset ob quam id conuenientius videretur, vt in exemplis quæ proponuntur in *l. 1. & 2. D. de quib. reb. ad eund. iudic. eat.* Quorum primū exemplū est, Si inter plures, puta coheredes agatur iudicio familiæ eriscunda, & inter eosdē ipsos postea agatur Comuni diuidendo, aut finium regundorū, siue prouocate eo fortassis qui prouocatus fuerat ad iudiciū familiæ eriscunda, siue eo ipso qui ad iudiciū familiæ eriscunda prouocauerat. Vnum enim, & eundē iudicē in omnibus istis iudiciis simul sumi oportebit, quia licet, sint de diuersis rebus, nec eadē habeant præstationes eadē tamen omnium ratio est, hætenus vt in iis omnibus vterque ex litigatoribus & actor sit & reus. Propter quod placet iubendos esse illos sui præsentia facere in eo loco in quō, facilius omnes conuenire possint, vt adiciatur in *d. l. 1.* quia cum sint omnes æquē fauorabiles, tanquā & omnes actores, & omnes rei, non debet is locus eligi, qui vni cōmōrior, quàm alteri sit futurus. Alterū exemplū est quod ponit Papin. *l. 2. eod. tit.* Si ex pluribus tutoribus conueniatur vnus actione tutelæ à pupillo ex ea causa, quod ceteri non sint idonei, & ille ceteros idoneos esse contendat, aut saltē pro sua indēnitate consequenda in ius vocari eos velit. Omnes enim, si ipse ita postulet, ad eundē iudicē mittēdi sunt, qui inter ipsū, & pupillum datus tuit, quia scilicet istorū causa communē eadēque habet originē à tutela quæ nō nisi vna fuit. Sed nō sunt istæ reconuentiones si propius inspicias, at mutua actiones, non solū diuersæ inter se, sed etiā diuersis iudiciis licet apud eundē iudicē agitandæ. Nec enim identitas iudicis identitatē etiam iudicij facit, & ridiculus esset tractatus. De quibus rebus ad eundē iudicē eat, si de iis omnibus vnicum tantū iudicium institueretur. Quis enim nescit, vbi vnicū tantum iudicium est, vnicum quoque iudicem esse oportere? At plura esse iudicia nihil prohibet, quamuis de omnibus vnus idē iudex sit. † Reconuentionē porō eundē cum dicimus, non quamlibet mutua actionē intelligimus, sed eam quæ & diuersa sit, & eodem tamē iudicio exerceatur, quod euenire facili potest cum ex vno eodēmq; negotio vtraque actio profuit, vt in mox dicemus. In quo errat vulgo interpretes nostri omnes, existimantes titulū illū *De quib. reb. ad eund. iudic. eat* ad tractatū hunc de reconuentione pertinere, † Sicut & in eo quod vo-

lunt in tribus illis iudiciis familiæ eriscunda. Comuni diuidendo, & Finium regundorū reconuentionē aliquā inesse, ob id solum quod in iis quicumq; actor est idem sit etiam reus. † Id. n. non idē sit quali sint duæ & diuersæ actiones, quod necessarium esset ad inducendā reconuentionem, sed quia vnica illa actio quæ ab vno ex condiuisoribus prouocante instituitur, sui natura duplex est, id est ita cōparata vt quisquis in ea vult esse actor, eū necesse sit & reū esse. Vnde fit vt si plures coheredes diuersa domicilia habeant & consequenter diuersos diuersarum personarum iudices, is qui aduersariū prouocauit, litēmq; coram ipsius iudice mouit tanquā actor, nō possit petere vt ad suū iudicem remittatur ex qua parte reus ipse est, quia non sit reus ex noua aliqua causa vel actione, sed hoc ipso quod ille prius se actorem fecit, atq; ita sibi necessitatem imposuit habendi etiam contra se illum iudicem quem pro se coheredem habere & voluit, & inuitus etiā debuit. Alioqui diuidenda esset actio, quæ tamen sui natura indiuidua est, cum in iure consistat, nec minus cum duplex est quàm si simplex esset. † Longē siquidē aliud est dicere duplicem esse actionem aliquā, aliud verò duas esse actiones: quod ab interpretibus non obseruatum præcipites illos in errorem egit, † vt & in eo errant quod putant etiam ad reconuentionē pertinere speciem legis primæ §. vlt. ff. quæ sent. sin. appell. rescind. vbi tamen nō agitur nisi de mutuis petitionibus ac proinde de diuersis actionibus, quamuis apud eundē iudicem factis, & quidē in diuersis iudiciis nō in vno exercendis, vt & ex eo apparet quod in ea specie tractatur de duabus sententiis diuerso tempore prolatis. Cum tamen si vnicum esset iudicium non nisi vnica quoq; sententia ferri posset. Siquidem iudex posteaquam sententiā suā tulit, officio suo functus esse creditur, & hoc ipso iudex esse definit, adeo vt nec corrigere quidē suam sententiā possit, quoniā siue bene siue malē officio suo functus est, inquit I. C. in *l. iudex posteaquam 55. iust. l. quod iussit 14. ff. de re iud.* Quæ res causam dedit sacris constitutionibus de quibus in *d. l. 1. §. vlt. quæ sent. sine appell. rescind.* quibus cautum est, vt qui in mutuis petitionibus prior sententiā obtinuit, non prior iudicatum exequi possit quàm super alia petitione fuerit pronuntiatum. † Hæc cum ita essent, totōque iure vetere obtinissent, Papin. noster qui & ingenij sui acumine & præcipuæ autoritas fiducia fretus noua pleraq; induxit, primus fuit qui putaret indulgendū reo contra quem actor iudicem accepisset, vt in eodem iudicio, ac proinde coram iudice posset ille vicissim actorē conuenire si qua in re haberet illum obligatū, dummodò tamen ex eodē negotio super quo datus esset iudex, mutua illa actio proficisceretur: idq; non ex ratione iuris, quæ proculdubio repugnabat, & faciebat ne quisquam in id vsq; tēpus id dicere ausus esset, at ratione illa æquitatis quam exprimit Iustin. in *d. l. cum Papin.* quod cuius actor in agendo obseruabat arbitrium eundē contra se iudicē habere in eodem negotio nō debeat dedignari. † Cur ratio iuris repugnaret, iam intelligimus ex superioribus, quia Marcius datus iudex pro me contra te, non itidem fuerat datus pro te contra me, ideōq; quamuis esset cōpetens ad condemnandum te, vel absoluedum, tamen si formula nihil de absolutioe diceret (quisquis enim cōdemnare potest, is absoluedi quoque potestatem habet, *l. 3. ff. de re iud. l. pen. ff. de confess.*) nō poterat tamē esse cōpetens ad me similiter tibi cōdemnandū, vel absoluedū. Neq; verò Papin. negabat esse illū iudicem incompetentem, quantum ad tuam reconuentionē, sed dicebat non esse me audiendum,

si velim obicere incompetentiam iudicis, quem ego ipse prius acceperim ac fortasse petierim. † Id enim est quod significant verba illa *d. l. cum Papin. Nulla opponenda exceptione quod non competere iudex agentis esse cognoscatur.* Quae tamen verba interpretes nostri omnes hucusque male vulgò sic acceperunt, quasi reconuentio qualibet priuilegium hoc habere debeat, vt tollat exceptionem incompetentiae iurisdictionis, confundent incompetentiam iudicis, & incompetentiam iurisdictionis, admodum imperitè, & iuris veteris ac eorum quae modò diximus, ignoratione. Nam cum Pap. temporibus differret iudex datus à ius dicente, sicut & iurisdictione à iudicandi potestate, non minus quàm ius ipsum à iudicio, vt alibi copiosè à nobis explicatum est, non potest Papiniani sententia de alio intelligi quàm de iudice pedaneo, nec rursus de iudice dato ab alio magistratu quàm ab eo qui habuit iurisdictionem competentem: quandoquidem ad ius dicentes pertinet inter cetera, vt iudices dent litigatoribus, estque vnus ille ex actibus iurisdictionis *l. 1. & 2. in fin. de iuris.* Quo admissio fatendum est non posse ad incompetentiam iurisdictionis extèdi quod de incompetencia iudicis dicebat Pap. quia non quae ratio facit vt reconuentio tollat incompetentiam dati iudicis, eadem facere potest vt tollat incompetentiam iurisdictionis. Quod enim ad iudicem datum pertinet, imputari potest actori cur eum elegerit, aut saltem acceperit, vel sortitus sit, vt loquitur Iustin. Nouell. 96. cui titulus est, *De reconuentionibus.* Plerumque enim ex pluribus à pratore datis iudicibus si litigatores in vnum aliquem conuenire non possent, sorte dirimebatur quis accipiendus esset. At nihil tale imputari potest ei qui adiit pratorum ad habendum iudicem contra eum qui erat ex iurisdictione pratoris. Quem enim alium quàm pratorum, aut quem alium pratorum in eam rem adisset? Finge me peregrinū voluisse contra te ciuem Romanū agere personali aliqua actione, non quidē directa, quia directa neq; peregrinis, neq; in peregrinos cōpetunt, sed saltem vtili & ex cōtractu iuris gentiū, qui potuerit iniri inter peregrinum & ciuem Romanū. Non potui magistratū alium adire quàm pratorum urbanū ad impetrandam actionem & iudicem apud quem actio exerceretur. Quana ergo ratione tibi licere debebit reconuenire me corā eodem iudice, ob id solūm quòd ego te prior coram eo cōuenerim, cū nō modò sit ille incōpetens futurus tãquā datus pro me cōtra te, non etiā pro te cōtra me, sed etiā tanquam ab eo datus qui neq; hunc, neq; aliū iudicem contra me dare potuerit defectu iurisdictionis? Erat enim in ciuitate prator peregrinus, qui non tantūm inter peregrinos, sed etiā pro ciuibus Romanis contra peregrinos ius diceret, nec quicquam aliud magis curae est ciuili legislatori quàm vt prouideat ne iurisdictiones turbentur, & confundantur. *l. vlt. D. de iuris. l. a. Dno Pio 15. §. 1. D. de re iudi. l. cum vnus 12. §. is qui. D. de reb. autor. iudic. possi.* Nec ad rē pertinet si quis obiciat priuatorum, consensum, licet nō possit tribuere iurisdictionē ei, qui nullā habeat, posse tamen prorogare & extendere iurisdictionem eius qui aliquam habet, quamuis non tantam *l. 1. & 2. in princ. & §. 1. & seq. D. de iudic.* sicut & iudicem facere eū qui iudicio alicui praestit, quāuis non etiā eū qui nulli iudicio praestit, vt scriptum est in *l. priuatorum 3. C. de iuris. Id enim tunc obtinet, cū apparet de consensu & voluntate prorogandae iurisdictionis aut prorogandi iudicij, vt scriptum est in *d. l. 1. D. de iudic.* At qui ex eo quòd peregrinus ego adierim pratorum urbanū ad agendū cōtra te ciuē Romanū, inferri non*

potest consensisse me in proroganda iurisdictione pratoris urbanū contra me, quia ex eo quòd quis coactus facit numquā potest inferri, eum vltro consensisse in cetera in quibus non fuit eadē ratio coactionis & necessitatis, temperque subueniri solet ei qui ex necessitate iudicium alteri dictauit, *l. qui iudicium. vlt. D. de separati.* Nemo enim agendo & iudicē accipiendo conditionem suam facit deteriorem, sed plerūque meliorem, *l. aliam. 29. D. de nouat. l. non solet. 86. & seq. De reg. iur.* At quod à pratore hunc vel illum iudicem acceperim, nō similiter possum videri fecisse coactus, quia licet debuerit aliquis iudex dari, & quidem non inuito me, sed petente & agente, facere tamen poteram vt alius daretur, si hunc qui datus est, accipere noluisse. Itaque supposita competentia iurisdictionis, facile visum fuit Papin. tolli incompetentiam iudicis, qui à magistratu competente datus esset, quasi tacitè prorogata etiam iudicis dati potestate vltra quàm verba formulae paterentur, dummodo tamen reconuentio esset de illo ipso negotio super quo datus iudex fuisset. † Nam & hoc Papin. nominatim exigebat, vt probant verba illa *d. l. cum Papin. In eodem negotio*, cuius exemplum esse potest, si fortè peterem à te centum pro precio fundi Corn. quem tibi vindideram, & tu actione ista venditi conuentus velles me reconuenire actione empti ad id quod tua interesset ob id quod inueniretur fundus ille aliquas debere seruitutes, aut oppigneratus, quem tamen tibi liberum, & quomodo veteres loquebantur, vt optimus maximusque esset, vendidisse. Sunt enim haec duae quidem actiones empti, & venditi, sed quae tamen ex vno eodemque negotio proficiuntur: & quas ideo volebat Papin. vno eodemque negotio exerceri posse, quamuis iudex nō nisi super actione venditi datus esset. Quid ergo si cū à te peterem centum ex stipulatione, tu velles apud eundem iudicem me reconuenire tanquam debitorem tuum ex alia causa, puta mutui, aut emptio- nis? Non admisset hoc casu Papin. reconuentionem, quia licet esset inter easdem personas, & apud eundem iudicem, non tamen esset ex eodem negotio, longèque alienius esset à potestate dati iudicis in vno negotio, si in alio planè diuerso eandem potestatem sibi planè vellet arrogare.

CAPVT VI.

Quid noui à Iustiano inductum sit in reconuentionibus.

SUMMARI A.

- 1 Papiniani de reconuentione sententiam à Iustiano in Nouellis roboratam & auctam fuisse.
- 2 Quid idem Iustinianus Papiniani sententia in l. cum Papinianus. C. de sentent. & interloc. omn. iud. addiderit?
- 3 Duo circa reconuentiones nouissimo iure à Iustiano fauore actorum introducta esse.
- 4 Unum tantum reorum fauore hac parte inductum fuisse.
- 5 Nouissimam Iustiani constitutionem de reconuentionibus, ex Haloandri sententia ad reuincationem seu mutua accusationem pertinere.
- 6 Etiam post nouissimam illam constitutionem iudicis non item iurisdictionis incompetentiam per reconuentionem tolli.

Iustinianus † in *l. cum Papinianus. 14. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* vbi sententiam illam Papiniani refert, de qua proximè scripsimus, addit esse sibi eam non

non solum roborandā sed etiam augendam, & reuera auxit Nouell. 96. de reconuentione. vbi induxit vt possit reconuentio fieri apud eundē iudicem etiam pro diuerso negotio, vt postea dicemus: † sed in quo auxerit ille in *d. l. cum Papin.* difficile videtur dicere nisi quod verba ipsa praese ferunt. Papinianum eo demum casu admisisse reconuentionem etiā in eodē negotio, quo iudex datus absolueret reū posset, vt nimirum non tantūm de absolute rei iudicare, (sic enim legendum est, non vt vulgò *iudicata*) sed & actorem ipsum vicissim condemnare possit, si eum reo obnoxium reperiret. Iustinianum verò hoc amplius voluisse, vt quāuis iudex datus reum neque condemnauerit, neque absoluerit, in ipsum tamen actorem solum possit ex reconuentione ferre sententiam, vt is sensus sit eorum verborum, Vt *Licet iudici contra actorem ferre sententiam, & aliquid daturum cum vel facturum pronuntiare.* Inter quos casus si quis differentiam quaerit illa est, quòd iudex, qui neque condemnat, neque absoluit reum contra quem fuerat datus, sed condemnat actorem solum, contra quem datus non fuerat, non solum plus facit quàm facere debuerat ex praescripto formulae, sed quod multo peius est, nihil omnino facit eorum quae ex eiusdem formulae praescripto facere debuit. At cū absoluit reum, hoc ipsum saltem facit ex praescripto formulae, quāuis excedat formulam ex ea parte qua vicissim condemnat actorem. Visum est autem Papin. tolerabilius, vt liceat iudici facere plus quàm debeat, quam vt ei liceat nihil facere ex eo quod debet, dummodo tamen id in quo excedit non excedat fines negotij super quo fuerat datus. Quò videtur pertinere illa iuris regula, quae habet, Eum qui non facit quod facere debet, videri facere aduersus id quod debet, quia non facit. At qui facit quod facere non debet, videtur tantūm non facere id quod facere iustus est, atque ita non tam malè quàm frustra id fecisse, *l. qui non facit. 121. de reg. iur. iunct. l. vnic. in fin. D. quind. dies vsus. leg. ced. † Tertium & nouissimum de reconuentione ius illud fuit, quod Iustin. induxit *d. Nouell. 96. De reconuentione. interloc. omn. iudic.* vbi constituit duo valdè noua in fauorem actoris qui reconuenitur, vnum verò in fauorem rei reconuenientis. Pro actore, illud primū, vt qui diligentior fuit in agendo & impetrando iudice, non possit reconueniri apud alium iudicem ex aliqua aduersarij mutua petitione, nisi prius finita lite conuentionis. Quod iure verete aliter obtinebat, vt & Iustin. ipse fatetur. Erant enim licita mutuae petitiones, quāuis pro diuersis negotiis & apud diuersos iudices eodē tēpore proponerentur, quia nihil prohibebat inter easdem personas. Ex quo tamen eueniebat illud incommodi, vt vnoquoque ex litigatoribus eam potissimum litem curante in qua esset actor, & aliam in qua reus esset, quantum facere posset, protrahente, vtraque lis fieret multò longior, & vt Iustin. loquitur quodāmodo immortalis. Cuius etiā periculi metu videtur iā olim ab aliis Imperatoribus fuisse constitutum, vt tūm quoque cū apud eundē iudicem mutua petitio facta fuisset, qui prior vinceret non prius tamen iudicatum exequi posset, quàm super aduersarij quoque petitione pronuntiatū fuisset, *l. 1. §. vlt. D. que sentent. fin. appell. rescind. ne scilicet aliter posito iure qui prior vicisset, & victoriae suae fructum tulisset, improbis postea tergiversationibus id ageret vt vel numquam, vel multò tardiùs vinceretur.* Alterum, quod Iustinianus pro actore constituit, illud fuit vt si actor qui pro se contra reum accepit Titium iudicem à reo, apud eundem iudicem reconueniatur,*

non quidem pro eodem negotio, vt in casu Papin sed in diuerso, possit emendare factum suum, id est, eum ipsum iudicem quem iam adprobauerat, & fortassis petierat recusare, dummodò id faciat intra viginti dies, ab eo quo proposita reconuentio fuit numerandos, si eum ex aliqua causa suspectum habeat. Quod planè à iuris veteris ratione abhorret, secundum quā inauditum est vt cuiquam liceat eum recusare iudicem quem semel adprobauerit, nisi ex iusta causa quae ex post facto emerit, *l. omnes magistratus 12. l. apertissimi 16. C. de iud.* Sed quemadmodum Iustin. illud noui inducibat vt in eodem iudicio possit reus actorem etiam pro alio negotio reconuenire, ita & illud constituit debuit, vt actori liceat post reconuentionem proprium factum improbare, cū fieri facile possit, vt qui in vno negotio mihi suspectus non est cū ago contra te, idem ille sit mihi suspectus in alio negotio, de quo tu velis agere contra me. † Quod autem reorū fauore Iustin. ibidem introduxit, hoc vnum est vt possit reus etiam super alio negotio actorem reconuenire, dummodò apud eundem iudicem quasi non sit suspectus actori, & recusatus intra viginti dies à reconuentione, vtrumque negotium debeat vnica sententia terminare: aut etiam diuersa, si alterutra actio citius expediri possit. In quo auxit proculdubio Iustin. sententiam Papin. vt supra diximus. † Quamquam secundum Haloandri versionem, locus ille Iustiani non tam de reconuentione accipi debet, quàm de reuincatione seu mutua accusatione, iis nimirum casibus, quibus reuincatio antea erat permessa, scilicet si is qui prior accusatur vel suam suorumve iniuriam exequeretur, vel grauius aliquod crimen obijceret. Alioquin perpetuum erat, vt non prius accusare quis posset, quàm esset excusatus, ne relatione criminum, sed innocentia purgari deberet qui accusabatur, *l. si quis reus 5. ff. de publ. iud. l. 1. l. neganda 19. C. qui accus. non poss.* Ideo autem credibile est Iulianū de reuincatione potius quàm de ciuili reconuentione illam constitutionem edidisse, quia criminaliū causarū priuilegiū illud est vt intra certū ac breuius tēpus debeant terminari, olim nimirū intra annū, hodie verò intra biennū, *l. 1. 2. & 3. C. vt iur. cer. temp. qust. crim. termin.* Pertinet. n. ad publicā vtilitatē vt crimina quàm citò fieri potest vindicentur ad improbos deterrēdos, *l. ita vulneratus 51. pen. D. ad l. Aq.* cū tamē in causis ciuilib. à crimine separatis de priuatorū vtilitate magis, quàm de vigore publicae disciplinae agatur, vt Paulus loquitur in *l. locatio. 9. §. quod illic. re. D. de public. & vlt. sig.* Quamquam fatendum etiam illud est interesse publicè vt ciuiliū quoque litium materia & numerus, quantum & quàm citò fieri potest diminuatur, id quod ad boni cuiusq; iudicis officij pertinere, *l. quidam 21. ff. de reb. cred. l. si cuius 13. §. sed si inter duos, alias l. aequissimum. ff. de vsu.* Quae ratio videtur reconuentiones primū induxisse, potius quàm reorum fauor. cū nullus rei fauor sit nisi in dubijs, hoc est, cū dubitatur an debeat aut quomodo debeat, nō autē quando certum est eum iure conueniri, & perfidū esse litigatorem, *l. Arrianus 4. ff. de obl. & aci.* † Ceterum siue de ciuili reconuentione, vt vulgò volunt interpretes, siue de reuincatione tantūm cū Haloandro Iustinianū intelligas, ad eū certè casum restringi cōstitutio debet, quo iudex de vtroq; negotio dari potuerit ab vno eodemque magistratu, qui iurisdictionē in vtroque negotio habuerit cōpetentē. Loquitur. n. Iustinianus, sicut & Papinianus, de iudice dato, vt constat ex illis verbis, *alium mereri iudicem, d. Auct. & consequenter, & apertius ex verbis Nouell. Ac proinde nō magis ex Nou.*

quam ex Papin. sententia possit inferri reconuentionem tollere incompetenciam iurisdictionis, sed tantum incompetenciam iudicis dati, quod longè diuersum est, vt diximus. Nec. n. fieri potest vt iudicem det in vtroque negotio is qui ipse de vtroque negotio competem non habeat iurisdictionem, cum iudicis dandi licentia sit iurisdictionis *l. 1. l. 3. ff. de iurisd.* neque nouum sit vt quamuis apud vnum iudicem vnum moueatur negotium cause alicuius, si tamen ille incompetens videatur super aliquo capitulo, ex propria ipsius sententia ad competentem iudicem illud capitulum remittatur, vt scriptum est in *l. omnes 12. vers. apud vnum. C. de iudic.* Quanto magis igitur si duo sint negotia, pro quorum altero competens sit iurisdictione, & incompetens pro altero.

CAPVT VII.

De sententia l. qui non cogitur 22. ff. de iudi. l. nulli 10. C. eod. & de laico clericorum reconuentione coram iudice laico, vel contra.

S V M M A R I A.

- 1 *Distam l. qui non cogitur. de eo accipi qui propter proprium aliquod priuilegium non autem ob defectum iurisdictionis fori prescriptionem habere poterat.*
- 2 *Nulla fori prescriptione eam inuigere qui ex eius autoritate vocatus est, qui vel nullam, vel non competentem iurisdictionem habuit.*
- 3 *Plerumque euenire vt iurisdictione ad qua quis vocatur competens sit, nec tamen eam ob fori priuilegium subire cogatur qui vocatus est.*
- 4 *Eum tamen, si agendo eam iurisdictionem vltro subiit, reconuentionem non posse fori prescriptione vti.*
- 5 *Paulum in d. l. qui non cogitur. non de eo tractare qui non possit in aliquo loco iudicium pati, sed de eo qui non cogatur.*
- 6 *Per reconuentionem non solum incompetenciam iudicis dati sed etiam fori priuilegium tolli posse.*
- 7 *Intellectus l. nulli. C. de iudic.*
- 8 *Clericum qui coram laico iudice contra laicum agit non posse coram eodem iudice a laico reconueniri.*
- 9 *Eundem clericum, etiam si maxime velit, iudicis secularis iurisdictionem contra se prorogare nullo modo posse.*
- 10 *Iuri civilis per ius Pontificium hac parte derogatum esse.*

CVm iis que supra constituimus pugnare maxime videtur quod Paulus scribit in *l. qui non cogitur 22. ff. de iudic.* Eum qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogendum etiam ibi excipere actiones, & ad eundem iudicem mitti. Nec. n. dici potest tractare Paulum de iudicis dati incompetencia duntaxat, cum tractet de ipso etiam iudicij loco, quem ponit incompetetem, quasi proinde sentire videatur, nullam esse tantam incompetenciam que per reconuentionem non tollatur. Verum respondendum est, & obseruandum non de illo tractare Paulum qui vocatus sit ex aliena & incompetenti iurisdictione, quomodo accipitur vulgo, sed de illo qui propter proprium aliquod priuilegium, non autem ob defectum & incompetenciam iurisdictionis poterat habere fori prescriptionem, vt puta ex causa militie, vel dignitatis, vel sacerdotij, que tria sunt exempla posita in *l. pen. C. de pact.* Sicut enim omnis exceptio presupponit actionem non solum que competat ipso iure, sed que preterea data sit a preatore, ita & prescriptio fori presupponit iurisdictionem competentem. Alioqui nulla prescriptio ne fori, siue alta indiget is, qui vocatus est ex autori-

tate eius qui vel nullam prorsus, vel non competentem habuit iurisdictionem, cum pro nullo habeatur, quicquid ex incompetenti iurisdictione factum est, *l. 1. §. vlt. D. quod quisque iur.* nisi quod quisque ex aliena iurisdictione etiam incompetente vocatur ad preatorem, aut alium qui iurisdictioni prestat, in ius venire debet vt hoc ipsum sciatur an eius sit iurisdictione, *leg. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Preatoris enim est, aut alterius ius dicentis, estimare an sua sit iurisdictione: vocati autem non contemnere autoritatem ius dicentis, *l. 5. ff. de iud.* Porro euenit plerumque vt iurisdictione ad quam quis vocatur, sit competens, & tamen is qui vocatur habeat priuilegium fori ne cogatur eam iurisdictionem subire, vt puta si ad preatorem urbanum quis vocetur, qui cuius quidem Romanus sit, sed tamen miles, vel sacerdos, vel in dignitate aliqua constitutus, que det ei prerogatiuam reuocandi domum, aut alterius iurisdictionis imploranda. His enim casibus cum iurisdictione preatoris sit competens in omnes ciues Romanos, non est dubitandum quin poterit hic vocari ad preatorem, rataque esse debeat omnia contra eum gesta ex autoritate preatoris, aut illius iudicis quem preator dederit, si non sit opposita prescriptio fori quam tamen opponere, si velit, vtique potest. Quid ergo si contra alium ciuem Rom. hic id egerit apud preatorem, & reus ille vicissim contra eum agere velit, an retinebit eandem fori prescriptionem quam habiturus erat si aduersarius eum vltro, nec prouocatus conuenisset? Minime. Hoc ipso nec quod agit apud preatorem, amittit priuilegium fori, etiam pro reconuentione, & mittendus est a preatore ad eundem iudicem qui iam pro ipso fuerat datus. Et hic sensus est *d. l. qui non cogitur*, cuius prima ipsa verba ostendunt tractare Paulum, non de illo qui non possit pati iudicium in aliquo loco, sed de eo qui non cogatur. Non potest pati ille in quem preator non habet iurisdictionem competentem, nisi sponte & expressè consentiat subiiciendo se iurisdictioni preatoris, *l. 1. & 2. ff. eod. tit.* sed cogitur ille demum, in quem si non reluctetur, ius dici potest: si reluctetur, non potest: Idque etiam ostendunt vltima eiusdem legis verba, & ad eundem iudicem. semper enim presupponendi sunt termini habiles, vt iurisdictionem inter litigatores habeatis qui mittit illos ad iudicem, siue eundem, siue alium. Itaque concludendum est reconuentionis potestatem illam esse, vt tollat non tantum incompetenciam iudicis dati, sed etiam, quod magis est, priuilegium fori, at non vt possit facere competentem iurisdictionem ea que alioquin ex se sit incompetens. Quomodo etiam intelligenda est *l. nulli. C. eod. tit.* vbi prohibet Constantinus ne continentia cause diuidatur, id est, vt sequentia explicant, ne quis ex prerogatiua, id quod in vno eodemque iudicio poterat terminari, apud diuersos iudices velit ventilare. Cuius rei exemplum in eadem lege ponitur, si quis alium super principali questione, id est super proprietatis lite postulauit iudicem, quam eum coram quo de possessione iam querebatur. Presupponit enim lex, eius qui iudicem dederit, aut qui ipse iudicet, competentem esse iurisdictionem, tam pro possessione quam pro proprietate: sed tamen alterum ex litigatoribus habere priuilegium fori ex aliquo capite, siue pro causa possessionis, siue pro causa proprietatis. Alioqui si non esset iurisdictione competens in vtroque negotio, & possessionis & proprietatis, nihil absurdi esset causam diuidi & alium de possessione cognoscere, alium de proprietate. Vt quotidie fieri videmus in causis beneficiorum, decimarum, & aliarum huiusmodi rerum spiritualium, de quarum

quarum possessione iudex laicus passim cognoscit, ecclesiasticus vero de ipsatum iure & proprietate. Ex quo intelligimus quam falsum etiam sit quod vulgo interpretes & pragmatici tradunt. Clericum qui agat contra laicum coram iudice laico, posse coram eodem iudice a laico reconueniri. Nam cum iure pontificio, adeoque diuino separate omnino sint iurisdictiones ecclesiastica & secularis, sicut clericorum ac laicorum condiciones: eueniret secundum hanc sententiam, vt reconuentione tolleretur incompetenciam iurisdictionis: quod etsi verum esse putant interpretes, indeque errandi occasionem arripiunt, nos tamen iam probauimus tam falsum esse, quam quod falsissimum. Actanto magis in proposito, quod nec illi negant, & verum est, Clericum etiam si maxime velit, iudicis secularis iurisdictionem contra se prorogare nullo modo posse, *ca. si cler. Extr. de iud. c. si dilig. Extr. de for. compet.* Si enim non potest expressè, cur magis poterit tacite ob id solum quod laicum hominem coram iudice laico conueniat, cum neque tacitus vllus consensus possit induci ex eo quod fecit ille coactus, qui non potuit laicum nisi coram iudice laico conuenire, ex regula que habet. Actorem debere sequi forum rei, *l. 2. C. de iurisd.* Quamquam ex ratione iuris civilis dubitandum non est quin possit clericus, vt & alius quilibet prescriptio fori & priuilegio renuntiare, quod nominatim Iustinianus constituit in *d. l. pen. C. de pact.* Postquam legem illud etiam consequens est, vt clericus laicum conueniendo apud iudicem laicum amittat priuilegium fori si a laico ibidem reconueniatur: quia civilis legislator contendit habere se iurisdictionem in populum vniuersum, nec minus in clericos quam in laicos tanquam qui sint ex populo, & in territorio secularis iurisdictionis, licet idem civilis legislator non denegat clericis fori prescriptionem. Et ita ad hunc quoque casum pertinet sententia, *d. l. qui non cogitur 22. ff. de iudic.* Sed iure Pontificio cum prorsus sint separate iurisdictiones, in eo derogatum est iuri civili, sicut & in hoc ne possit singularis iurisdictione a clerico prorogari, ne quidem expresso consensu, quia id non ad priuatum prorogantis, sed ad publicam totius ordinis ecclesiastici iniuriam pertineret. Concludamus igitur non posse maiorem vim esse reconuentionis, quam expressè prorogationis, sicuti nec vnquam maior vis est taciti quam expressi.

CAPVT VIII.

In actionibus in rem numquam esse locum reconuentioni.

S V M M A R I A.

- 1 *Reconuentioni in rebus actionibus inspecta iuris ratione locum nullum esse.*
- 2 *Quid reconuentionem constituat?*
- 3 *De duabus actionibus vnum olim iudicium esse non potuisse.*
- 4 *Legem qui non cogitur. ff. de iudic. de personalibus tantum actionibus intelligi.*
- 5 *Etiā postea quod in personalibus actionibus reconuentioni locus olim fuerit, non ideo consequens esse vt idem iuris in rebus fuerit.*
- 6 *Neminem ex sua improbitate actionem vel quod aliud commodum consequi debere.*
- 7 *Multo minus reconuentionem eam permitti, quam reus actione in rem coram magistratu incompetente proponere velit.*
- 8 *Vindicatione a non domino contra bona fidei possessorem vel etiam dominum insutum, reconuentionem non admitti.*

- 9 *Eo iure quod a Papiniano circa reconuentiones inductum est, inspecto, in actionibus in rem reconuentioni locum non esse.*
- 10 *Cur creditor personali actione plerumque in foro debitoris experiri cogatur?*
- 11 *Plerumque imò semper ex necessitate & natura actionis accidere vt quis coactus in loco que sit huius aut illius iurisdictionis agat.*
- 12 *Papiniani temporibus neminem coactum fuisse coram hoc aut illo iudice litigare.*
- 13 *Etiā in actione ex contractu vel quasi & maleficio vel quasi, reconuentionem ex Papiniani sententia remitti.*
- 14 *Iure nouissimo Iustiniano multo minus quam ex Papiniani sententia reconuentionem in actionibus realibus permitti.*
- 15 *Alia quorundam Pragmaticorum de reconuentione in actionibus realibus sententia refutatur.*
- 16 *Obnoxius in d. l. cum Papinia nus. quis dicatur?*
- 17 *Reconuentionem pro re in alieno territorio existente olim fieri non potuisse nec hodie fieri posse.*
- 18 *Nec magis posse actorem pro re que sit in eadem iurisdictione reconueniri.*
- 19 *Aliud esse conueniri quem in loco domicilij, aliud vero in eo loco ubi agit.*
- 20 *In actionibus in rem propositis per modum conuentionis reconuentioni locum esse.*

EX supradictis apparet quid respondendum sit, si queratur, de quo plerique disputant, An in actionibus in rem locus sit reconuentioni. Respondendum enim est absolute & indistinctè, in huiusmodi actionum genere non esse reconuentioni locum, neque ex ratione iuris, neque ex Papiniani sententia, neque ex constitutione Iustiniani: non ex ratione iuris, quia, vt probauimus, nullam illa reconuentionem agnoscit, parato ei qui conuenitur auxilio, vt vel excipiendū compensationem obiciat, vel agendo instituat mutuam petitionem, nouumque iudicium siue apud eundem, siue apud alium iudicem, si eum reconuenire velit, a quo fuit conuentus. Mutua enim petitio dicenda illa est, non reconuentione. Reconuentionem facit non mutua petitio quælibet, sed ea tantum que fit in vno eodemque iudicio, & ex actionibus diuersis, non ex ea que sit vna tantum, quamuis comunis actoris & rei, qualem esse familiaris exciscunda, comuni diuidendo, & finium regundorum scribit Caius in *l. si idem. 11. §. 1. ff. de iurisd.* Vt autè de duabus actionibus vnū esset iudicium, fieri olim non poterat, quia cum dictare actionem, & dictare iudicium idè esset, non poterat videri preator vnicū iudicium dictasse qui duas actiones dictauerat, quamuis vno tantum iudice dato. Rursum non poterat videri in iudicium venisse ea conuentione rei, & intentio quam post acceptum iudicium & apud iudicem iam datum propoluisset, *l. non potest. 23. ff. de iud.* vbi ex hoc infert Iuriconsultus, alia interpellatione opus esse, id est alia actione, vt de eo pronuntiaripotest quod emerit post iudicium acceptum, siue emerit ex parte actoris volentis actioni sue aliquid addere, siue ex parte rei volentis actorem reconuenire. Itaque si quis iterum nobis obiciat Paulum in *l. qui non cogitur 22. eod.* de cuius sententia proximo capite scripsimus: respondebimus tractare illum de diuersitate actionum, & consequenter de diuersitate iudiciorum, quamuis in eodem loco exercendorum: quod probant verba illa *si ipse ibi agat, cogitur ibi excipere actiones.* Et quamuis ea lex de reconuentione loqueretur, quod numquam admittendum est, non tamen ad actiones in rem protrahi posset, cum de personalibus tantum possit & debeat intelligi quod ait

dum reconventionis, non tamen deberet id intelligi de actione in rem proposita eius rei nomine quae in diuerso & alienae iurisdictionis territorio esset, ac de qua non posset dari iudex ab illo ipso qui iudicem in conuentionis causa dedisset. † Nec rursus permittendum esset pragmaticis abuti ea Baldi sententia ad probandum quod illi volunt, In actionibus in rem propositis per modum conuentionis locum esse reconuentioni. Aperta enim est ratio diuersitatis, quia cum quis agit in rem persona non conuenitur, sed res quae ipsa reconuenire non potest. At cum ago in personam, persona conuenitur, nec proinde quicquam impedit hac parte quo minus possit me reconueniri etiam in rem excepto illo casu, quo iurisdictionis non sit competens in vtraque causam reconuentionis, quam conuentionis. Nunquam enim permittendum est vt alienae iurisdictioni possit priuatus priusquam praedudicare, siue expresso consensu, siue tacito, & siue agat, siue conueniatur. Sui enim tantum iuri, non etiam alieno derogare quis potest, *l. pen. C. de pact.* Dignus sane erat hic tractatus qui a nobis in Chiliadem nostram De erroribus pragmaticorum conferretur. Sed malui referre in coniecturas, quia de tota hac quaestione longa mihi, & pertinax Romae quaestio fuit cum multis in Rota Romana causarum Auditoribus meritisimis, & patronis celeberrimis, quos pro Papinianis habere liceret, si vellent sibi imperare, vt in controuersis istis omnia ex iuris ratione aestimarent, nec antiquius ea quicquam haberent.

CAPVT IX.

De actionibus in rem, singularia quaedam.

S V M M A R I A.

- 1 Actiones in rem contra eum exerceri qui nullo modo sit obligatus.
- 2 Differentia inter personales & reales actiones ex ipso actionis nomine petita.
- 3 Petitionis nomen actioni in rem, non actioni in personam conueniri.
- 4 Actionis definitionem in leg. nihil aliud. §. 1. de obligat. & actio. propositam actioni in rem non conuenire.
- 5 In actionibus in rem non personam sed rem conueniri.
- 6 Sententia & emendatio leg. 7. ff. de public. & vectigalib.
- 7 Cur tributorum nomine fundus ipse, non persona conueniatur?
- 8 Declaratur *l. denique. 19. ff. de iur. fisc.*
- 9 Actiones reales non nisi in rem dari ac competere, contra possessorem vero exerceri.
- 10 Possessorem illum aduersus quem actio in rem exercetur, aduersarium, rem vero ipsam quasi ream esse.
- 11 Abusiuè tamen possessorem illum in iure reum aliquando appellari.
- 12 In iudiciis in rem sufficere si res ipsa quasi rea sit.
- 13 Alio argumento probatur possessorem in actionibus in rem reum non esse.
- 14 Multum interesse frustra quis, an male egerit.
- 15 In rei vindicatione & hypothecaria fieri non posse quin aliquis aduersarius semper sit.
- 16 Praetore in bonorum possessionem mittente aduersarium aliquando nullum reperiri, rem tamen ipsam ream esse.
- 17 Multos in personalibus actionibus aduersarios esse posse, quum tamen unus rem sit.

- 18 Eum qui in actionibus in rem aduersarium se obicit, non tam rei quam cuiusdam terti iure censeri debere.
- 19 Inde probari in actionibus in rem reconuentioni locum non esse.
- 20 Neminem cogi inuitum vt actionem in rem suscipiat aut patiarur.
- 21 De differentia inter reum & aduersarium.
- 22 Possessorem in actionibus in rem non vere ac proprie reum esse.
- 23 In iudiciis actionibus eum qui territorio, in quores sita est, praest. iudicem competentem esse.
- 24 Actori, si malit, licere coram iudice domicilij possessorem conuenire.

Sunt quaedam in actionibus in rem specialia & singularia, quae a generali, communique actionum omnium natura videntur abhorere: † Ac illud imprimis, quod cum actio generaliter definiatur ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, *l. nihil aliud. §. 1. ff. de obl. act.* actiones tamen in rem contra eum exerceri qui nullo modo sit obligatus, §. 1. *Inst. de act.* cum non in personam dirigantur, quae sola potest obligata esse ad dandum aliquid vel faciendum, sed in rem ipsam, quae tamen possit etiam esse obligata, scilicet vinculo pignoris, non tamen ita obligari potest vt possit ipsa vel debeat aliquid dare vel facere. Pati enim duntaxat potest vt vel ducatur, vel feratur in ius, vel in possessionem eius eat, vel distrahatur, *l. vnic. §. 1. ff. si quis in ducunt. non obtemp. l. 1. & tot. 11. ff. quib. ex car. in posses. eat.* † In eoque praecipua certe, ne dicam vniuersa differentia est actionum personalium & realium, quam & nomen ipsum actionis demonstrat. Siquidem actio dicta est, vt scribit Theophilus initio *ti. de act.* ab agendo, id est cogendo & compellendo, quod per eam agatur & cogatur is qui perfidus est, in ius venire, quae coactio in solis actionibus in personam locum habere potest, non in realibus, quia persona ipsa est quae agi & cogi potest in ius, non etiam res, nec si sit animata. Dicitur enim duci, si animata sit, ferri vero, si sit inanimata. † Et ob id dicitur actio in rem, petitio magis proprie quam actio, *l. pecunie. 178. §. actio. de verb. sign.* quia scilicet non incipit a coactione, vt actio in personam, sed ab ipsa petitione. Contra vero, petitionis nomen proprie accommodari non potest actionibus in personam, non quasi is qui in personam agit, nihil petat, sed quia incipit prius agere, quam petere aliquid vel persequi. Incipit enim agere ex die vocationis in ius, quae olim sic fiebat, vt qui vocabatur, si vltro sequi nollet, raperetur: vnde & dicebatur in ius vocatio principium actionum omnium instituendarum, §. *omnium. Inst. de poen. temer. litig.* † Quare nec mirum est si definitio actionis posita in *d. nihil aliud*, non conueniat in rem actioni: quod non intellexit ex recentioribus Francisc. Hotom. qui eam definitionem, quod actionibus in rem aptari non posset, quasi mancamae supplementum esse existimauit. Itaque qui agit in rem, licet vt plurimum habeat aliquem aduersarium, cum scilicet qui rei possessor est, non illud tamen intendit, possessorem dare aliquid sibi aut facere oportere, sed tantum pronuntiarum rem esse suam, si agat directa rei vindicatione: aut si obligatam, si agat hypothecaria, quam aliquando quasi Seruianam, aliquando pignoris vindicationem iuris autores appellant: aut denique mitti se in possessionem rei, si qua sit ex iis causis ex quibus solet praetor decernere missionem in possessionem. † Sed illud magis singulare est, quod tamen fit ex supradicto iuris principio, vt in actionibus in rem non persona, sed res conueniatur. Quo enim

enim iure posset conueniri persona quae nullo modo esse obligata: cum dici soleat, quod in actionibus personalibus certe verissimum est, obligationem esse materiam actionis, *l. licet. 43. §. ea obligatio. D. de procur. leg. 1. D. de obl. & act. †* Idque disertè ita scriptum est in *leg. Imperatores. 7. D. de public. & vectib.* vbi Papyrius Iustus refert hoc ipsum ab Imperatoribus Antonino & Vero rescriptum fuisse, non vt hac parte nouum ius facerent, quomodo alias plerumque rescribere Imperatores solent, sed vt quid iuris communis esset, significarent, vtque eodem rescripto docerent possessores praediorum vectigalium & tributarium totius praeteriti temporis vectigal soluere debere: ideoque si quis tale praedium ignorans emerit ab eo qui in vectigalis solutione per multos annos cessauerit, dandam ei actionem ex empto. Sic enim locus ille emendandus est, legendumque *ex empto* pro eo quod vulgo legitur nullo sentu *exempto* vt bene ac feliciter Iacob. Cuiacius lib. 1. *Obser. ca. 5. primus* emendauit. † Ideo autem tributorum nomine dicimus conueniri rem non personam quia praedium est quod tributum debet, quodque ob hoc ipsum intelligitur fisco obligatum tacito quodam pignoris iure, vt Pap. scribit in *l. cum possessor. 5. in princ. §. 1. D. de censib.* ex qua causa pignoris iam diximus nasci quasi Seruianam, & in rem actionem. † Nec dissimiliter idem Papin. in *l. denique. 19. D. de iur. fisc.* scribit eum a quo fiscus abstulit pecuniam solutam a communi debitore, sed qui fisco primum fuerat obligatus, nullas eius pecunias nomine vfuras debere, quas tamen debet quisquis fisci debitor est, licet vfurae in stipulatio deductae non fuerint proprio quodam privilegio fisci, *l. cum quidam. 17. §. si quis & seq. l. Herennius 43. ff. de vfur.* quia inquit Pap. cum pecunia reuocatur, non persona, sed res conuenitur, quamuis non ordinaria aliqua actione in rem, sed extraordinario iure id fiat, vt scriptum est in *l. pecunia. 5. C. de priuileg. fisc.* Et sane cum non alius possit conueniri quam is in quem dirigitur actio, actiones autem quae in rem sunt, non in personam aliquam, sed in rem ipsam dirigantur, vnde & nomen sumptum, consequens omnino est vt in iis non persona, sed res ipsa conueniatur: nec est contrarium quod passim dicitur dari contra possessorem. † Longè enim aliud est Exerceri eas contra possessorem, quod non negamus: aliud vero contra eum dirigi aut competere, quod nos negamus. Non diriguntur, neque competunt nisi in rem, sed exercentur tamen contra possessorem, cuius solius interest, non etiam ipsius rei de qua agitur, vt res defendatur, quippe quae seipsam defendere nullo modo potest. Quid enim fundi Tulliani interest an Titij sit, an Sempronij: Idque nomen ipsum possessoris demonstrat, cum dicimus istis actionibus conueniri possessorem. Significamus enim Titium si possideat, conueniri non tanquam Titium, qui aliquo iure obligatus sit excipere actionem, sed tanquam possessorem, id est ob hanc rationem formalem quia possidet: & ideo vna eademque actio in rem potest exerceri diuersis temporibus, contra diuersas personas pro possessore diuersitate, cum è contrario personales actiones nunquam competere possint, nisi contra eundem ipsum qui est obligatus. Nec enim diuersitas possessorum inducit diuersitatem actionum in rem dummodò eadem sit res quae petatur, & eadem domini persona, quae petat, quia in actionibus in rem nihil spectamus ad constituendam earum substantiam, nisi personam & ius actoris ex vna parte, & rem ipsam quae conuenitur, ex altera. † Proinde si verè & partite loqui velimus, possessor contra quem actio in rem exercetur non est reus, sed res ipsa, ita vt dixerim, rea est, quia non alius po-

test esse reus, quam qui conuenitur, res autem ipsa, vt dixi, non persona conuenitur. Possessor tamen aduersarius est non res ipsa, quoniam aduersarium facit non conuentio, sed contradictio, id est aduersarius ille dici debet, non qui conuenitur, sed qui actoris intentioni resistit, vt nomen ipsum aduersarij praese fert. Atqui res ipsa non resistit, quae fortassis consentiret potius si posset, facitque se vltro aduersarium ille qui vult rem defendere proprii commodi causa. † At quoniam in personalibus actionibus idem est reus & aduersarius, in illis vero aduersarius nullus est praeter possessorem, inde passim fit vt reus etiam dicatur qui actione in rem conuenitur, ne alioqui circum locutione vt cogemur, si differentiam illam quae hac parte est inter reum & aduersarium tam exactè obseruare vellemus vt & plerumque dicitur conueniri is contra quem actio in rem exercetur, sed tamè vix vnquam nisi cum illa adiectione, vt in rem conueniri dicatur, vt in *l. qui petitio. 36. §. 1. & alibi pass. ff. de rei vind.* Ex quo tamen si quis vellet inferre personam possessoris in eiusmodi iudicio absolute conueniri, non minus erraret quam si hominem diceret simpliciter eum, qui esset pictus aut mortuus, ob id solū quod & mortuum hominem & pictum dicere solemus. † Itaque si quis obicit non posse iudicium vllū consistere nisi quod ex tribus personis consistat, actore, reo & iudice, & consequenter in actionibus & iudiciis quoque in rem esse aliquem reum oportere: Respondendum est, sufficere a iudicij constitutione vt res sit rea, quia nec alia ob causam exigimus personam rei nisi vt sit in qua actio dirigatur. Porro quod ad essentiam actionis pertinet, nihil refert an dirigatur in rem, an in personam. † Inde est quod cum quis petit mitti se in possessionem bonorum aut rei alicuius, quae actio merè in rem est, non inquit praetor an res illa ab aliquo possideatur, necne, sed decernit missionem non vocato possessore, salvo tamen ipsi iure, si quis sit qui volet intercedere & impedire effectum missionis, *l. vlt. vbi Doct. nostri* ita tractant, & rectè *C. de edict. D. Hadr. toll.* Quod utique fieri non posset si possessor esset reus, quia nulla potest actio incipere ab executione contra reum inauditum, imò semper debet incipere a citatione, *l. 1. Cod. de execut. rei iud. §. omnium. Inst. de poen. temer. litig.* nec enim iudicium vllum est tam summarium, imò nec actus vllus siue iudicialis, siue extraiudicialis tam summarius vt non antè citari & audiri debeat, quisquis ex eo actu laedi potest, *l. nam ita. 39. ff. de adopt. l. citiam. 29. §. vlt. D. de minor. l. vnoquoque. 47. ff. de re iudic.* Inde illud etiam est, quod si quis rei vindicatione egerit contra non possidentem, is non tam male quam frustra egerit dicatur *d. l. qui petitio. 36. de rei vind.* vbi scriptum est, Eum qui petitio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, inquirere ante omnia debere, an is cum quo instituit actionem possessor sit, vel desierit dolo possidere, an non. Atqui è contrario dicendus esset non frustra, sed male egerit, si possessor in hoc iudicio verè esset reus, quia non nisi male agi posset contra aliquem quoties agitur contra eum tanquam contra reum, qui tamen non debeat esse reus, vt cernere est in actionibus personalibus si proponatur contra aliquem quasi obligatum, qui tamen non sit obligatus. † Quantum verò interest an frustra, an male quis egerit, ex eo intelligi potest, quod qui male agit causa cadit, non etiam qui agit frustra, vt non insubtiliter insinuat Vlp. in *l. vn. §. vlt. ff. quando dies vsufr. leg. ced.* † Planè in rei vindicatione fieri non potest, vt non sit semper aliquis aduersarius, is scilicet cum quo tanquam possessore iudicium exercetur, siue reuera possideat, siue non, DDdd 3

itemque in hypothecaria, quoniam neque vindicationis, neque hypothecariae iudicium vllū est, nisi quod à Prætorē dicitur post litem contestatam. litem autem contestatio fieri non potest sine contradicte: qui porro contradicit, ille demum aduersarius est. Quod non similiter contingit, cum Prætor decernit mitti quem in possessionem bonorum debitoris, fortasse latitantis, vel qui aliter non defendatur, aut ex qua alia causa earum, de quib. in d. tit. Quib. ex caus. in poss. est. Nulla enim eo casu fit contestatio, nec proinde vllus reperitur contradicte, nisi tunc cum venitur ad executionem decreti. Cæterum tunc quoque cum aduersarius nullus est, res tamen ipsa est rea, nec minus in missione in possessionem quam in vindicatione, aut hypothecaria. Ergo nec aliud erit tum quoque cum aduersarius aliquis fiet. Non enim persona superuenientis aduersarij nouum facit reum, aut mutat reum qui erat prius, possuntque multi esse aduersarij, etiam vnstantum sit reus, puta si quis vltro se mihi obiciat aduersariū, ad defendendum eū contra quem ago personali actione, quod euenire solet, quoties ago contra fideiussorem tuum, vt soluat pecuniā pro qua fideiussit, & quam tu deberi negas, vel quia iam soluta fit, vel quo alio iure. Potes enim tu etiam non citatus adesse liti instituta contra fideiussorē tuū, non tanquam reus, sed tanquam tertius ad defendendum illum ne condemnetur quia condemnatus regressum contra te habiturus esset. Sic & in actionibus in rem dicendū est, eum qui se obicit aduersariū, siue vltro, siue quod fuerit citatus tanquam possessor, non tam rei, quam tertij cuiusdam potius iure ceteri debere, quia venit non ad se defendendum, cum ab eo nihil petatur, sed ad defendendam rem quæ ipsa conuenitur, leg. si plus. 74. §. nota. D. de euict. l. iudicatum. 6. l. si seruus. 11. cum seqq. ff. iud. solui. ob idque vix vnquam videas iuris auctores ita loqui, vt dicant vindicationem, aut hypothecariam in possessorem institui vel exerceri, sed cum possessore, vt significant possessorem esse aduersariū, non reum, & e contrario rem ipsam ream non aduersariam. Ex quo non leue argumentum sumi potest pro ea sententia, quam nos probauimus in superioribus in actionibus in rem non esse locum reconuentioni. Quis enim vnquam dixit cogendū actorem pati reconuentionem ab eo quem non ipse conuenerit, sed qui tanquam tertius & actori incognitus vltro se obiecit liti? Tertium singulare illud est quod traditur in l. vlt. ff. de rei vind. neminem cogi inuitum vt patiatur aut suscipiat actionem in rem, quia licet cuilibet dicere se non possidere. Quod cum fit, ille qui conueniebatur tanquam possessor, definit eo iudicio teneri, quoniam neque reus vnquam fuit, cum in eum nunquam directa fuerit actio, sed in rem ipsam quæ semper fuit rea, neque potest dici aduersarius, cum esse nolit. Illa enim differentia est inter reū & aduersarium, quod reus etiā inuitus fit: aduersarius verò non nisi volens, præterquam si idem sit aduersarius, qui & reus, vt in actionibus personalibus vsuuenire diximus.

† Et ex eo rursus apparet euidentissimè quàm verū sit quod nos condentimus, possessorem in actionibus in rem non esse verè ac propriè reum, quia iuris regula est, iudicium semper reddi in inuitum, l. inter stipulantem. 32. §. 1. ff. de verb. obl. Neque quicquam prodest ei quem conuenio personali actione tanquam debitorem obligatum mihi ad soluendum, quia mihi debet ex stipulatu, quod vel neget se debere, vel dicat se litigare nolle, dummodò intentionem meam probauerim, nisi etiā soluere pecuniā paratus sit, l. si reus raturus. 73. ff. de proc. l. si debitori. 21. ff. de iud. l. lex iudicari

solui. 16. ff. iud. solui. At cum possessor conuentus actio ne in rem negat se possidere, hoc ipso eludit iudicium vindicationis inuito etiam actore, cui proinde nullū aliud remedium superest, nisi vt si conuincere poterit aduersarium de mendacio, transferatur in actore possessio quæ fuerat penes aduersarium, & quidem officio iudicis, etiam si actor intentionē suā nullo modo probauerit, quā tamē alioqui probare ante omnia debuillet ad obtinendū l. vlt. C. eo. ti. de rei vin. l. vlt. ff. de acq. poss. Denique ex eod. principio fit vt in actionibus in rem iudex competens sit ille qui præest territorio in quo res sita est, l. 1. & vlt. C. vbi in rem act. l. vn. C. vbi de her. agat. Cum enim iuris regula sit, actorem sequi debere forum rei conuenti, l. 2. C. de iuris. om. iud. l. 1. in crim. 5. C. vbi caus. stat. agi deb. in actionibus autē in re ipsa res sit quæ conuenitur, & quæ rea est, vt diximus, consequens est vt actor sequi debeat forum loci in quo res sita est, quāuis possessor qui se aduersarium obicit, habeat domiciliū alio loco, & coram proprio iudice conueniri malit, quod vtique non ita esset si in istis actionibus persona possessoris, non res ipsa conueniretur. Planè si actor malit eum conuenire coram iudice domicilij, potest id facere inuito etiā possess. quia non habet possessor quod conqueratur, cum apud suum & proprium iudicē conuenitur, apud quē scilicet multò commodiūs, minorēque impensa sit litigaturus. Neque facit iniuriā actor, sed sibi soli, cum possessore condemnato futurum sit vt pro iudicati executione nouam litem instituere habeat necesse coram iudice loci in quo res sita est, vt que ita fiant de lite lites, siquidem extra territorium ius dicenti impune non paretur, vlt. §. 1. ff. de iuris. l. cum vnus. §. pen. ff. de reb. autor. iud. poss. Nec proinde potest sententia ab vnus territorij iudice lata de re alibi sita, executionem habere in alio illo territorio, tanquam lata per iudicem incompetentem. Inde etiam est, quod si de hereditate agatur, scilicet per hereditatis petitionem, quæ in personam quidem actio, sed in rem scripta est, electionem habeat actor vtro loco velit litem instituere, an in loco domicilij possessoris qui conuenitur, an vbi res sita sunt, d. l. vn. C. vbi de her. agat.

CAPVT X.

Nullas esse actiones mixtas in rem, & in personam. Et emendatio §. quædam actiones. Inst. de act.

SVM MARIA.

- 1 Enumerantur actiones quas Interpretes nonnulli mixtas in rem & in personam esse tradunt.
- 2 Diuisioni actionum in actiones in rem & in personam vtpote perfectæ tertium genus mixtarum scilicet addi non posse.
- 3 Nullam actionem proponi posse quæ non sit vel in rem vel in personam.
- 4 Respondetur ad l. actio. 28. ff. de oblig. & act.
- 5 Quo sensu quædam actiones mixtarum nomen à prudentibus acceperunt?
- 6 Eandem personam in vna eademque causâ diuersis tamen respectibus & actoris & rei partes sustinere posse.
- 7 Verba illa, tam in rem quam in personam, in §. quædam. Inst. de act. irreperita esse.
- 8 Cur familiae erciscunde, communi diuidendo, finium regundorum actiones mixtae ibidem dicantur?
- 9 Quem effectum habeat adiudicatio quæ in illis iudiciis plerumque fit?
- 10 Quid Interpretet impulerit vt verba superioris exponenda adijceret?

- 11 Actiones, quod metus causa, ad exhibendum & hereditatis petitionem, licet in rem scriptæ sint merè tamen personales esse.
- 12 Quo sensu hereditatis petitio in l. 7. C. de petit. hered. mixta personalis dicatur?
- 13 Cur actiones illæ in rem scriptæ dentur?
- 14 Cur tres superiores actiones in rem scriptæ dicantur?
- 15 In quo formula vindicationis à formula superiorum trium actionum differat?
- 16 Omnem actionis formulam ex conditione & dispositione constare.
- 17 Aliud exemplum mixtæ actionis in rem & in personam ab Interpretibus allatum.
- 18 Actionem restitutoriam rescidentem personalem, restitutoriam verò realem esse.
- 19 Eam actionem mixtam non esse.

Requens † est apud iuris nostri vulgares interpretationes sed frequentior in foro, & apud pragmaticos mentio actionum mixtarum, quæ sic ideo dictæ sunt, quod & in rem sint simul & in personam, ex §. quædam actiones 20. Inst. de act. quales volunt esse non eas tantum, de quib. in d. §. 20. sc. familiae erciscundæ, communi diuidendo, & finium regundorum, sed alias etiam pleraq. præsertim eas, quæ cum sint personales, in re tamen scriptæ sunt: Item hereditatis petitionem, & causas ferè omnes restitutionis in integrum, postquam forensib. morib. receptum est vt rescidentis iudicij, & rescissorij cumulatio admittatur. Sed mihi sententia hæc numquam probabilis visa est, quam etiam ex recentiorib. nonnulli reiecerunt, sed non satis, maximè mouet, quod video Iustin. scribere in §. 1. Inst. de actio. summam actionum omnium diuisionem illam esse, vt alia sint in personam, alia in rem: Quæ diuisio aperte manca esset, si tertium genus addi posset earum actionum quæ mixtæ essent, i. tam in rem, quam in personam, simul. At qui perfectam esse diuisionem Iustin. in d. §. 1. non solum ait, sed etiam probat hoc dilemmate, quod quisquis de aliqua re agit aut contra eum agit qui aliquo modo est obligatus, aut contra eum qui nullo modo. Si contra eum qui aliquo modo, puta vel ex contractu aut quasi, vel ex delicto aut quasi, aut aliis etiam quibusdam modis, actio in personam est. Si v. contra eum qui nullo modo est obligatus, sed qui tamen eam rem possidet, cuius nomine lis instituitur, actio in rem est: Atquin fieri nequit quin alterutrum istorum verum sit in omni omnino actionis genere, vt is cum quo agitur, vel aliquo modo sit obligatus, vel nullo modo: cum sint ista non tantum contraria, sed etiam contradictoria, inter quæ nec mediū, nec tertium quicquam esse potest. Ergo nec fieri queat vt actio vlla sit, quæ non vel in personam sit, vel in rem. Sed & alio dilem. idē probari potest, quod nec obscure insinuat eodem loco Iustin. Aut. n. agimus cū eo quem intendimus dare aliquid nobis vel facere oportere, aut cum eo quem nec dare nobis, nec facere quicquā oportere intendamus. Priore casu actio in personam est, posteriore in rem. Atqui non potest fieri vt aliquis proponendæ actionis casus sit, in quo non sit necesse actorem vel intendere aduersarium dare aliquid, aut facere oportere, vel non intendere: Nam & hæc quoq. contradictoria sunt. Ergo necesse est actionem omnem vel in personam, vel in rem esse, quod & scriptum est ab Vlp. in l. actionum 25. D. de obl. & act. vbi ait ille, Actionum in summa duo esse genera, In rem quæ dicitur vindicatio, & petitio; In personam verò quæ dicitur appellatur. † Nec est contrarium

quod dicimus esse etiam quædam persequentes, quæ ab actionib. & petitionib. sunt separatæ, l. actio. 8. c. 1. Nam vt eadē lex demonstrat, persecutio omnis vel in rem est, vel in personam rei persequendæ gratia. Itaq. non potest constitui separatam speciem actionis, tametsi quantum ad formam cognitionis attinet, habeat quid separatū à ceteris actionib. tam in personam quam in re, propterea quod non habet iuris ordinarij executionem, vt alibi explicauimus ex l. pecunia 178. §. actionis. de verb. signif. Nullæ igitur actiones sunt quas possis mixtas dicere eo sensu quod & in personam sint, & in re. † Non nego fuisse hoc nomen mixtarum actionum cognitum prudentibus nostris, sed ad significandum quid longè diuersum; nempe cum de illis actionib. tractat, in quibus vterque est actor, & cōsequenter vterque reus: cuiusmodi sunt actiones finium regundorum, familiae ercisc. & communi diuid. item interdicta vt possid. & Vtrubi, quæ idē etiam duplicia appellantur quod in iis vterque sit & actor & reus, vtroque nimirum contendente se possidere, & negante aduersarij possessionem, l. actionis 37. §. mixta ff. de oblig. & act. iunct. l. 2. prim. & vlt. ff. de interd. Nam cum in istis omnibus iudiciis par causa sit omnium litigatorum, vterque in iis actor dicitur, vterque reus, l. iudicium 10. ff. fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familia. ff. famil. ercisc. † Quamuis enim fieri nequeat vt idem sit actor & reus eodem respectu, quoniam actoris personam rei persona distinctam esse necesse est diuersis tamen respectibus eandem personam & actoris & rei partes sustinere nihil verat: Actorem scilicet, quatenus petit sibi aliquid præstari; Reum verò, quatenus id ipsum vel tantundem aut etiam plus minufve ab eo petitur. Et tamen quia non aliter potest iudicium exerceri quam si ex litigatoribus vnus actoris, alius rei partes sustineat, præsertim ob probationes quibus onerari solet is qui actoris partes gerit, l. si priusquam 15. in fi. ff. de op. noui nunciat. l. 4. C. de eden. magis placuit eum videri actorem qui prior ad iudicium prouocauit, aut qui prior appellauit, leg. in tribus. 13. ff. de iud. l. 2. §. 1. ff. comm. diuis. Adeo vt si forte ambo simul ad iudicium prouocauerint, forte discerni debeat vter actoris partibus sit onerandus, l. sed cum ambo 24. de iud. † Hæc verò quæquam ita sunt, negari tamen non potest quin hoc ipsum quod volunt interpretes, Actiones quædam esse mixtas, & ideo sic dictas, quod tam in rem sint, quam in personam, apertissimè disertisque verbis scriptum sit in d. §. quænam actiones. Ergo vel falsum est, quod nos ex mera rectaq. iuris ratione disputauimus, vel indiget locus ille noua explanatione, ac ne quid dissimulem, emendatione Nec sanè vnquam dubitavi quin irreperita sint & delenda verba illa tam in rem quam in personam, quæ & ex veteribus interpretibus nemo bene explicat, & ex recentioribus plerique fatentur, id quod res est, explicari nullo modo posse: idque etiam illa quæ in eodem §. sequuntur, euidenter demonstrant. † Reddit enim Iustin. rationem propter quam tres illæ actiones, familiae erciscundæ, communi diuidendo, & finium regundorum, dicantur mixtæ, nempe quod in iis permittitur iudicium rem vni ex litigatorib. adiucare ex bono & æquo, & si pars illius prægruari videbitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnari. Quod cum fit, vterque habetur tanquam actor, & tanquam reus, tanquam actor, ex qua parte fit ei adiudicatio: tanquam reus verò, ex qua parte condemnat. Cæterum neutra ex parte sapiunt hæc actiones naturam realem, quia quæ in iis fit adiudicatio, non est similis illi quam solemus dicere fieri in iudicio vindicationis. Tunc enim dicitur

res adiudicari vindicari, cum ipsius eam esse pronuntiat: ex quo tamen non acquiritur dominium actori, sed declaratur iam ante acquisitum. † At cum in tribus illis iudiciis adiudicatio aliqua fit, eum habet effectum, ut faciat rem actoris, quæ antea ipsius plenè non erat, præsertim in iudiciis Familæ eriscunda, & Communi diuidendo: quia quicquid commune est inter plures, siue ex hereditaria, siue ex qua alia causa, ita vniuersiufque sociorum est, ut sit etiam alterius. Post adiudicationem verò eius solius est, cui fuit adiudicatum. Neque verò aliter potest fieri diuisio, quam si vel mutua fiat adiudicationes, vel ex vna parte adiudicatio, ex altera pecuniæ condemnatio, l. i. §. ult. l. 1. post litem 12. §. res que. l. item l. abeo 22. §. 1. & pass. ff. fam. l. erisc. l. si quis putans 6. §. idem lul. cum l. seq. §. 1. ff. commu. diu. † Ex quo tamen adiudicandi verbo non satis bene percepto, quasi vindicationis naturam præ se ferat, cum tamen vix vnquam à prudentibus nostris in ea significatione vsurpetur, credibile est deceptum fuisse interpretem quisquis ille fuit, qui primus tres illas actiones ideo mixtas à Iustin. dici putauit, quòd sint in personam, & in rem simul. Si enim de actionibus mixtis eo sensu loqui Iustin. voluisset, non prætermisisset actiones in personam scriptas in rem quæ videlicet propius accedunt ad reales actiones, quàm tres illæ ad quas tamen coangustantur ex quæ à Iustin. mixtæ appellantur: † indeque apparet etiam quàm fallum sit quòd interpretes iidem nostri somniant, actiones istas personales quidem, sed in re scriptas tertiam constitutere speciem actionum in quo numero ponunt actionem ad exhibendum, Quod metus causa, & petitione hereditatis. Et si. n. verum est tres istas & alias nonnullas similes in rem scriptas esse, perinde tamen illud quoque verum est esse illas merè personales, & nullo modo reales, ac si in rem scriptæ non essent: & ob eam nimirum causam personales passim appellantur, & personalium iure in omnibus censentur, ut puta in eo, quòd sunt perpetuæ, nec vlla temporis præscriptione, si ius Pandect. inspicias, excluduntur, l. 3. §. est autem personalis ff. ad exhib. l. metum 9. §. ult. ff. quod met. caus. † l. b. re dicitur 7. C. de petu. hered. vbi quòd scriptum est, cum mixta & personalis actionis ratio hoc respondere compellat, non ita accipi oportet, quasi petitione hereditatis sit mixta actio ex personali & reali, ut vulgò putant, sed ut significetur, Ex eo solo quòd scripta sit in rem, non posse inferri quòd in specialibus in rem actionibus, id est in vindicationibus inferretur, summoueri eam per longi temporis præscriptionem, hoc est decennij inter præsentis, & vicennij inter absentes: nempe quia non eo minus verum est esse illam in personam, & consequenter ceteri debere perpetuam exemplo ceterarum personalium actionum civilium, tot. tit. Inst. De perpet. temp. act. Dicuntur autem actiones istæ in personam, & sunt reuera, quamuis in rem scriptæ sint, quia ex verbis formulæ diriguntur in personam certam, & quidem ita ut iudici potestas fiat condemnandi illius contra quem diriguntur, additis scilicet verbis illis dispositiuis, tu eum condemnato, quæ nec vsurpabantur, nec vsurpari poterant nisi in formula personalium actionum. Quomodo enim potuisset quis cõdemnari ex actione in rem, si verum est, ut est, quòd toties diximus in præcedentibus, Actiones in rem non nisi contra eum competere, qui nullo modo sit obligatus: † Sed & ideo dantur actiones istæ in rem scriptæ, ut condemnentur ad dandum aliquid vel faciendum & præstandum quæ etiam natura est personalium actionum d. §. 1. & §. appellamus. Inst. de act. Nam in actione ad exhibendum condem-

natur reus ut exhibeat, In actione Quod metus causa, ut rem quam per vim aut metum, siue ipse, siue alius extorsit, restituat; In petitione hereditatis, ut hereditatem quæ sua non est, vero heredi restituat, ut proinde neque dubitari iam possit quin personales sint, neque cur sint personales. † Sed illud difficilius est, necdum bene explicatum, cur ergo in rem scriptæ dicantur: quòd in formula fiat mentio rei, quæ petitur? Atqui nulla erit actio adeò personalis, quæ non debeat dici scripta in rem, si ratio hæc est bona. Nulla siquidem actio esse potest nisi de re aliqua, nec proinde vlla actionis formula, in qua rei mentionem fieri non sit necesse. Puto igitur idcirco dici in re scriptas, quòd in concipienda formulæ conditione prætor ea ipsa verba vsurparet, quæ vsurpare solitus erat in actione quæ tota in rem esset directa, si paret, rem cuius nomine agitur, esse Titij actoris, eamque a Sempronio possideri, nec eam Sempronius exhibebit: Similiter actionis Quod metus causa, fuit illa formula, si paret, rem de qua agitur, per vim aut metum extortam fuisse à Titio actore, nec ei restituetur. Illa denique petitionis hereditatis, si paret hereditatem de qua agitur, ad Titium pertinere, & à Titio nullo titulo possideri. † Quibus formulis quantum ad conditionem omnino similis illa erat, quæ in vindicationis actione vsurpabatur si paret f. naum, de quo agitur, esse Titij, totaque differentia erat in verbis dispositiuis, quibus scilicet nulla condemnationis irroganda potestas fiebat iudici: sed tantum pronuntiandi rem esse petitoris. Quo facto iuberi quidem poterat & debebat possessor, ut eam rem quam alterius esse pronuntiatum fuisset, domino redderet: sed ita tamen ut in eo iustus iudex non tam iudicis, quam viti boni officio fungeretur. Si tamè nollet possessor huic iustitiam parere, poterat sequi condemnatio ex bono & æquo, tanquam ex actione quæ exinde facta esset arbitraria, §. præterea Inst. de act. de quo ià sapienti & plura se ipsi prioribus libris: at in actionibus personalibus, quæ in rem scriptæ non essent, longè aliter obseruabatur. Semper enim exprimenda erat in conditione formulæ persona illius qui conueniebatur, ut apparet propter quam causam actor intenderet dare illum aliquid, vel facere oportere, puta in hunc modum, si paret, Titium Sempronio stipulati promississe centum, aut vendidisse Titio fundum Cornelianum, aut, locasse hortos Salustianos. † Denique omnis formula constat ex conditione & dispositione: Atqui conditio neque in actionum formulis, neque alibi vnquam disponit, l. si quis sub conditioe 8. ff. si quis omiff. caus. testam. Non ergo quòd in actionibus istis in rem scriptis, ita ut diximus concepta sit formula, facere potest, ut eo magis debeant dici reales, aut mixtæ, cum in eo ex quo tota ipsarum vis & substantia æstimatur, id est quantum ad condemnationem ipsam extorquendam attinet, nihil omnino habeant, quòd sit ex natura merè personalium actionum: ob idque personales actiones semper appellantur, numquam reales, numquam mixtæ. † Solè verò & interpretes, & pragmatici nostri aliud exemplum adferre mixtæ actionis, petitem ex restitutione in integrum, quæ siue minori, siue alij competat ex aliqua parte edicti prætoris De restitutione bus in integrum ad eam rem consequendam, quæ fuerit alienata per contractum, cuius rescissio postulatur. Volunt enim huiusmodi actionem habere duplicem causam & potestatem: vnam iudicij, ut vocant, rescindens: alteram iudicij rescissorij: ex qua parte rescindens est, id est comparata ad rescindendum contractum, qui ob aliquam causam iniquè gestus esse dicatur, personalis esse: Realè verò, ex qua parte cõtinet iudicium rescissorium,

rescissorium, quòd competit rescissa per in integrum restitutionem alienatione, atque ita esse mixtam ex personali simul & reali, ex l. in cause 13. ff. de minor. † Quòd autem aiunt actionem rescindentem esse personalem, verum est. Cùm enim competat ad distrahendum negotium quòd fuit iure quidem, id est, secundum iuris solemnitates, sed iniquè contractum, & aduersus æquitatem naturalem, fieri non potest ut non sit æquè personalis, atque si competeret ex contractu. Eadem enim solet esse ratio distractus quæ contractus est, ut & ceterorum contratorum, §. ueni is cui Inst. de obl. que ex quasi contr. nasc. l. ex empto 11. §. is qui vna. ff. de act. emp. Actio autem quæ competet ex contractu esset merè personalis. Ergo & illa quæ competit per in integrum restitutionem ad contractum rescindendum. Rursus quòd iidem volunt actionem rescissoriam, quam vocant, realem esse, verum quoque est. Rescissoriam enim dicitur, quæ rescissa per restitutionem in integrum alienatione datur in rem, & nihil aliud est quàm vindicatio dicit l. in cause §. 1. sed quòd volunt actionem hanc esse mixtam ex reali & personali, fallum est euidenter. Duæ siquidem sunt actiones prorsus separata, quarum vna merè personalis est, ut diximus, altera merè realis. Sed natus est hic error interpretum & pragmaticorum ex alio, quem iidem induxerunt, exilitantes iudicium rescindens & rescissorium cumulari posse. Quem errorem quia nos iam satis superque refutauimus in prima Hemiphiliadis nostræ parte De error. pragmat. & interpret. iur. de eo plura hic non dicemus.

CAPVT XI.

De distinctione dominiorum bonitarij & Quiritarij directi & vtilis.

SVMARIA.

- 1 Actionem in rem vel directam vel vtilem esse.
- 2 Bonitarij domini appellatione quis contineatur?
- 3 Vtilis vindicatio cui datur?
- 4 Quid per superficiem & superficiarias ades intelligatur?
- 5 Fundum emphyteuticarium à fundo vectigali differre.
- 6 Ea nomina à Triboniano confusa fuisse.
- 7 De autore & natura emphyteuseos.
- 8 De feudatario, siue vassallo & felonia ab eo commissa.
- 9 Feudum in plerisque iure emphyteutico simile esse.
- 10 Allodialia bona que dicantur?
- 11 Distinctionem domini in directum & vtile, commentitiam esse.
- 12 Dominum bonitarium cum domino, quem vtilem Interpretes vocant, nihil commune habere.
- 13 Sententia §. si de vectigalibus. 26. leg. si finita ff. de damn. infect.
- 14 Resellitur vulgata Interpretum ad eum locum exposuio.
- 15 Respondetur ad l. si cum venditor 66. ff. de euct. pro superiore distinctione allatam.
- 16 Per actionem Publicianam, Seruianam & eam que de fundo vectigali proponitur possessionem semper dominum verò nunquam auocari.
- 17 Viles in rem actiones quo respectu sic appellantur?
- 18 Emphyteuticam, superficiariam, vectigalis fundi possessionem, vassallum, nullum dominum nequidem vile habere.
- 19 Vectigalem fundum nec ab eo qui eum in perpetuum conduxerat, nec ab alio quolibet bone fidei emptore vsucapi posse.

- 20 Publicianam tamen huius fundi nomine bone fidei emptori competere.
- 21 Fundos vectigales non magis longo tempore præscribi quam vsucapi potuisse.
- 22 Respondetur ad d. §. si de vectigalibus 26. dicit. l. si finita.
- 23 Directam vindicationem domino qui fundum vectigalem, emphyteuticarium, vel solum in quo superficiarias ades sunt, fruendum in perpetuum locauit, dari.

Actio in rem, quæ speciali nomine vindicatio, & petitio appellatur, duplex est, directa vna, vtilis altera. Directa ei tantum datur qui sit dominus vel iure gentium, vel iure civili, l. in rem 13. D. de rei vind. Nam cum vindicatio, sicut & ceteræ actiones omnes, detur à prætore, Prætor autem duplicem dominij differentiam agnoscat, vnam bonitarij, aliam Quiritarij, quam & tota vetus iurisprudencia agnouit, consequens est ut ex hac quoque duplici causa det vindicationem domino scilicet Quiritario, & domino bonitario, † qua bonitarij appellatione continetur quisquis dominus est, siue iure duntaxat gentium, siue ex autoritate prætoris, qualis est bonorum possessor, l. 1. ff. de bon. poss. Item is cui tenus ex causa noxali addictus fuit, l. 2. §. vlt. ff. si ex nox. caus. agat. Rursus is, qui ex causa damni infecti missus est in possessionem, l. 1. ff. de sum. l. dot. l. si finita 15. §. Iulia. ff. de damn. infect. † At vtilis vindicatio datur etiam ei qui nullo iure dominus sit, id est, neque gentium, neque civili, quamuis non nisi ex iusta causa. Eiusmodi est Publiciana, quæ contra iniustum possessorem datur ex edicto prætoris ei qui rem alienam bona fide vsucapere cõperat, quasi vsucaperit, quamuis nondum impleta sit vsucapio, §. namque. Inst. de act. Item actio quæ datur agri vectigalis nomine, de qua in l. 1. & tot. tit. ff. si ager vecti. & emphyt. pet. qui titulus ideo positus est post tit. De public. in rem act. Et rursus ille post tit. De rei vindic. quia vterque est de rei vindicatione vtili, non directa. Sic enim accipiendum est quòd in d. l. 1. scriptum legimus, Eis qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quâuis non efficiantur domini, competere tamen actionem in rem non tantum aduersus possessorem quemlibet, sed etiam aduersus municipes ipsos, si modò vectigal soluant. Eiusdem etiam iuris est superficiarij, qui superficiem in alieno solo habet, † Quo superficiem nomine intelligimus quicquid est supra faciem soli, ut nomen ipsum sonat, quemadmodum foli & fundi esse dicimus id quòd terra in se tenet, l. fundi 17. ff. de act. emp. Superficiarias verò ades appellamus, quæ positæ sunt in alieno solo in perpetuum conducto, l. in speciali 73. in fin. & l. sequ. ff. de rei vindic. l. 2. ff. de superfic. vbi Caius scribit huiusmodi ædium superficiariarum proprietatem & civili & naturali ratione eius esse, cuius & solum est, quia non subsistunt nisi in solo & propter solum cui inharret. Vnde etiam est quòd ait l. 1. §. is autem. cod. tit. eum in cuius solo superficies est, vti que non indigere vtili actione. cum eo nomine habeat directam in rem qualem habet de solo ipso. Eadem igitur ratio facit ut superficiario necessaria sit vtilis prætoris, cum non possit habere directam, quia dominus non est. Eademque ratione nec habet actionem de vltu fructu, nec de seruitute, nec Communi diuidendo, nec interdictum, sed omnia iudicia ista vtilia. Similiter emphyteuta non nisi vtilem in rem actionem habere potest, quia nec dominus est. † Emphyteuta enim is demum est, qui alienum fundum, vel in perpetuum, vel saltem in longum tempus fruendum conduxit, non à municipibus, in quo differt à vectigali,

sed à priuato quolibet, eadem tamen lege qua fundi vectigales conduci solebant, vt in recognitionem dominij quotannis pensio aliqua pendatur, quæ in vectigalibus fundis vectigal dicitur in fundis verò fiscalibus, & reipub. tributum, vt quandiu penditur, non possit conductor expelli. † Vnde est quod in tit. Pandect. Si ager vectigalis, id est emphyteuticius petatur, confusa sunt à Tribon. ea nomina, tanquam synonyma: cum tamen veteribus I. C. incognitum fuerit nomen & ius emphyteuticos, non etiam vectigalium agrorum: de quibus in leg. lex vectigali §. ff. de pignor. §. si fundus 15. §. si de vectig. ff. de dam. infect. l. hape-
 6 raioros. 7. & pass. de publica. & vectig. † Primus Zeno Imp. fuit qui contractum hunc emphyteuticum certo & nomine & iure donauit in l. 1. C. de iur. emph. vbi constituit, quod ad rem nostram maximè pertinet, vt neque alienationis titulis adiiciatur, sed sit tertium & separatum genus, suam formam accipiens, ex conuentionibus contrahentium, cum antea dubitaretur an esset locatio & conductio, quia inciperet à locazione (qua de causa Tit. De iur. emph. in Codice sequitur immediatè titulum De locat. & conduct.) an potius emptio & venditio, propterea quod non magis à domino expelli posset conductor, quam si emisset: an denique societas quadam fructuum & commodorum rei emphyteuticæ inter dominum & emphyteutā. §. adeo autem. Inst. de locat. † Emphyteutæ comparatur etiam feudatarius siue vassallus, qui accipit à domino feudum, id est beneficium possessionis certæ rei, cuius possessionis commoda omnino tandiu sit percepturus, quandiu se beneficio indignum non reddiderit, quod ipsum eueniret vt se beneficio indignum redderet, si non pareret conditionibus, sub quibus feudum accepisset, vel quod esset grauius, si vim aut insidias domino struxisset, quod Feudistæ vocant, Feloniam committere. Sunt enim nomina ista omnia barbara & ex lingua Longobardorum ex quorum moribus totum ipsum ius Feudorum deriuatum est. † Quanquam illud etiam dici potest, sicut à iure vectigali originem traxit ius emphyteuticum, ita & à iure emphyteutico feuda promanasse. Habent enim pleraque similia, nisi quod & de nobilioribus bonis fieri solent, & melioribus conditionibus. Cæterum si quid sit in quo non habeant feuda propriam naturam, placet iisdem legibus ea regi quibus & bona emphyteuticaria. † Bonis
 9 verò feudalis & emphyteuticariis opponuntur illa quæ nos vocamus allodialia, quæ libera sunt ab omni onere soluendi canonis, vel tributum annui, aut alterius præstationis, & quorum dominium sibi vindicare alius nemo possit. Istis ergo omnibus quia domini non sunt vindicatio directa competere non potest, competit tamen utilis in rem actio, ne sit in potestate iniusti cuiusque inualoris occupata possessione, eo prætextu quod non sint ipsi domini, ius eorum ledere, præter id quod dici solet, verumque est plus cautionis in rem esse quam in personam dicit. l. 1. §. 1. ff. de superfic. l. plus
 10 cautionis 25. de reg. iur. † Hæc verò duplicis in rem actionis distinctio, magnam interpretibus errandi occasionem præbuit, existimantibus, sicuti actio in rem alia directa est, alia utilis, ita & dominium duplex esse, directum vnum, utile alterum: nempe quia viderunt huiusmodi actionis causam à domino potissimum pendere. Neque tamè locum aliquem iuris nostri proferre possunt, quo hæc distinctio, quæ profus commentitia est, proberetur. Non enim agnoscunt Iureconsulti alium dominum quam qui talis sit iure gentium, vel ciuili, id est, qui vel bonitarius sit, vel Quiritarius. † Et quauis domini, quos nostri vocant utiles,

videantur habere nescio quid simile cum dominis bonitariis, quantum tamen ab iis differant, vel ex eintelligimus quod dominij bonitarij habebant olim directam vindicationem, vt cernere est in marito vindicante rem dotalem, cuius vtique dominium non habet nisi bonitarium, l. doce 9. C. de rei vind. iunct. l. quamuis 75. ff. de iur. dor. Nam nec aliud quicquam est, Rem in bonis habere, quam eius recuperandæ nomine, si eam amiserimus, habere actionem, aut eius retinendæ gratia, exceptionem, l. rem in bonis 52. ff. de acquir. rer. domini. l. id apud se 143. de verb. sig. l. is qui actionem 15. de reg. iur. At illi, quos vulgò nostri dominos utiles appellant, vtilem duntaxat in rem actionem habent, nunquam directam. Non sunt ergo domini bonitarij. † Idque omnium elegantissimè præbat, quod Vlp. scribit in d. l. si fundus 15. §. si de vectig. ff. de dam. infect. vbi tractans de vectigalibus ædibus, quæ ruinam meis minentur, distinguit, An egerim contra possessorem vt mihi caueretur, an contra ipsos municipes: vt si contra municipes, eadem omnia sint obseruanda, quæ si contra quemlibet alium dominum ageretur, nimirum vt si mihi non caueatur, iubeat prætor primo decreto me mitti in possessionem ædium vectigalium, non ad faciendum me possessorem, multò minùs dominum bonitarium: sed ad cautionem ex longa possessionis tædio extorquendam, quæ si non præstetur, tum demum secundo decreto iubeat me mihi eas ædes possidere: cuius decreti secundi potestate non tantum nouus possessor siam (siquidem verè possidere nihil aliud est quam sibi habere) verum etiam dominus bonitarius, & ex illo tempore incipiam vsucapere ad acquirendum mihi dominium Quiritarium, vt scribit & sentit Vlp. in §. Jul. c. iudic. legis. At si non agam contra municipes, qui soli sunt domini ædium vectigalium, sed contra te qui tantum sis possessor, iubebit prætor me perinde quidem mitti in possessionem, te non cauente: sed quauis perseueres non cauere, non ideo iubebit me mihi possidere, quia secundo illo decreto faceret me dominum bonitariū, & ita præstaret mihi causam vsucapiendi, quorum tamè neutrum fieri potest, quia non plus iuris ob tuam contumaciam prætor in me transferre potest, tu verò qui ædes istas tantquam vectigales possidebas, neque dominus bonitarius fuisti, neque illas vnquam vsucapere potuisti, obstante videlicet mala fide, cum hoc ipso quod sciuiti vectigales esse, sciueris etiam alienas. Certum quippe vsucapionem non magis posse procedere sine bona fide, quam sine possessione, l. ubi lex 24. cum seq. l. quam rem 38. ff. de vsucap. Igitur hæc tamen mihi succurret prætor, vt decernat eodem iure esse apud me istas ædes vectigales, quo fuerunt apud te qui non cauisti. Post quod decretum ita interpositum, etsi nullo modo ero dominus, quia neque tu fuisti, habeo tamen actionem vectigalem, id est vtilem in rem, quia & tu eam haberes. † Eaque loci illius sententia est, non ea
 14 quam vulgò docent interpretes qui horum omnium ignoratione sic Vlpianum intelligunt, quasi tractet ille vnam duntaxat speciem de eo qui egit ex causa damni infecti contra municipes: distinguat verò an municipes domini sint, necne; vt si sint, amittat statim dominium ædium ex secundo decreto propter suam contumaciam: si non sint, vsucapiendi duntaxat conditionem transferant in eum qui missus fuit: cum tamen apertissimum sit duos casus tractari ab Vlpiano: priorem, quo agatur contra ædium vectigalium possessorem, qui nunquam dominus est: posteriorem verò, quo contra ipsos municipes agatur, qui semper sunt domini. Nec. n. vectigalem fundum perpetuo fruendum

dū dare posset is qui dominus ipse non esset. † Fefellit
 15 plerisque ex interpretibus etiam subtilioribus, subtilissimus Papin. noster in l. si cum venditor 66. ff. de emph. vbi separat ille actionem Publicianam, & eā quæ de fundo vectigali proposita est à Seruiana, vel potius quasi Seruiana, quod quauis omnes sint in rem, atamen hypothecaria non auocat nisi nudam possessionem, quam nostri interpretantur eam esse quæ sit à dominio separata; vt inferant, per alias actiones, Publicianam scilicet ac vectigalem non auocari nudam possessionem, auocari ergo dominium aliquod. Atqui non directum, inquit, vt est in confesso: Ergo vtile. Sic enim ratiocinantur. Sed neganda est & interpretatio & consecutio. Nudam enim possessionem intelligit Papin. non ex comparatione illius quæ sit coniuncta cum dominio, vt isti putant, sed illius quæ sit coniuncta cum emolumento fructuum, & utilitate. † Nam & proculdubio per tres illas actiones auocatur semper possessio, nunquā dominium, sed cum hac tamen differentia, quod per quasi Seruianam nuda tantum possessio auocatur, quia quantumuis creditor post auocatam possessionem perceperit fructus ex re sibi obligata, illi tamen non creditoris lucro cedunt, sed debitoris: siquidem cogitur creditor eos sibi in sortè computare, id est in solutum & exonerationem quantitatis debite, adeoque si excedat sortem, cogitur reddere superfluum debitori pignoratitia quandoque agentis, l. 1. C. de pign. act. perinde ac si debitor ipse eos percepisset, deinde creditor soluisset. Itaque auocata possessio nullam aliam utilitatem adfert creditori, nisi vt possit rem retinere quouique fuerit sibi satisfactum, aut pignus distractum. At Publiciana, & actio de fundo vectigali non nudam possessionem auocant, sed plenam, coniunctam scilicet cum emolumento fructuum, quos perinde facit suos possessor, ac si verè dominus esset, quia percipit eos suo nomine & iure, ille quidem propter bonam fidem quæ hoc casu tantum operatur, quantum penè veritas ipsa, quia lex impedimento non est, l. bona fidei 48. de acquir. rer. domini. l. bona fides 136. de regul. iur. hic verò quia fructus percipit ex veri domini voluntate, l. si seruus 61. §. locum. ff. de furt.
 17 † Concludendum igitur est, vtiles in rem actiones dici non ratione vilius dominij vtilis, sed ad differentiā actionū directarum, quia cum directæ non competant nisi ratione dominij, aut bonitarij, aut Quiritarij, vtilis è contrario competunt, non ex causa dominij alienius, sed ex eo iure quod quis habeat in re aliena, cum ius tale est vt non possit ab eo inuito auferri, nō magis quam si cum possessione dominiū coniunctum inueniretur. Tale porro ius habent emphyteuta, superficiesarius, vectigalis fundi possessor, vassallus, & alij qui sunt similes, quibus quod non sint domini actionem directā denegamus, sed ita tamen vt vtilem iis propter ius quod in re habent, domino quoque inuito, in ipsum etiam dominum concedamus † Nullum enim dominium istos habere ne quidem vtile præter ea quæ diximus, ex illo etiā constat, quod Paulus scribit in leg. cum sponsus 12. §. in vectig. de public. in rem act. vectigalia prædia, & superficiaria & alia eiusmodi capiti non posse. † Quod haud dubiè sic accipiendum est vt non tantum ab eo vsucapi non possint qui fundum in perpetuum conduxerit fruendum (huius enim mala fides euidentis impedit vsucapionem, cum sciat fundum esse alienum, siquidem nemo rem suam condudat, l. neque pignus 45. de reg. iur.) sed nec ab alio quolibet bonæ fidei emptore, qui emerit à possessore tantquam rem possessoris, non tantquam superficiariū fundum, aut vectigalem. Id enim non aliam rationem

habet, quam quia vsucapio sit acquisitio dominij l. 3. ff. de iur. dominium autem huius rei nullum sit penes eum, qui fundum perpetuo fruendum locauit: in cuius porro præiudicium non potest permitti vsucapio, quæ scilicet non fuit inducta nisi ad puniendam dominorum negligentiam, & ne dominia rerum semper essent in incerto, l. 1. & 2. e. i. Atqui nulla est negligentia domini patientis fundum suum quem fecerit vectigalem possideri siue ab iplo conductore, siue ab alio cui conductor tanquam suum vendiderit, quia nec potest impedire quominus eo fundo conductor fruatur suo arbitrio, & de eo disponat, dummodo vectig. l. annuū pendatur. In eoque diuersa ratio est huiusmodi fundorum, & aliarum rerum quæ dicuntur vsucapi non posse propter aliquod suum vitium, fortè quia sine furtiua, aut vi possessa. Quod enim fundi isti vsucapi non possunt, non fit propter vitium aliquod rei, sed propter solum fauorem domini, ne factum alienum ei noceat cui nihil potest imputari. † Ideoque scribit 20 Paul. in d. §. in vectigalib. etiam huiusmodi fundorum nomine Publicianam competere, si quis fortè alle talè fundum, non tantquam vectigalem, sed tanquam proprium sui possessoris emerit bona fide, eiusque possessionem sine culpa sua postmodum amiserit. Quamuis enim regulare sit, vt Publiciana non detur nisi ei qui erat in cursu vsucapiendi, & eo colore quasi iā vsucaperit, qui color subesse non potest, cum de ea re agitur, quæ vsucapi non potest: aliud tamen est in hoc casu, quia quod hic emptor qui Publicianam exercere vult, non possit vsucapere, non fit ex vitio personæ actoris, quem ponimus bonæ fidei emptorem, neque furtiuam esse, neque vi possessam, sed solo fauore municipum: Qui fauor non debet ei prodesse qui possess. iniuste occupauit, non magis quam si vsucapi fundus possit. Ac quamuis proposita hoc casu Publiciana nō sit allatura huic bonæ fidei emptori commodum vsucapionis & dominij, tamen ei proderit ad hoc vt auocet possessionem, & quidem non nudam, sed cum emolumento fructuum, d. l. si cum venditor 66. de emph. quos fructus exinde percepturus ille est, suòque in perpetuum facturum, dummodo vectigal annuū municip. persoluatur. Cæterum si fundi vectigalis esset aliquod dominium vtile, certè nihil obstaret quin posset vsucapi, saltè quantum ad hoc dominium vtile pertineret, quia quæ ratio impedit vsucapionem ratione dominij, quod interpretes directum vocant, quia videl. nihil domino imputari possit, eadem nō habet locum in dominio isto vtili cum ei qui fundum vectigalem conduxit, neque vectigal soluatur, neque aliud quicquam præstetur, propter quod prohibeatur agere vtili in rem actione, si quis alius fortè iplo ignorante fundum illum, tantquam suum vendiderit: † Et hæc sententia est d. §. in
 21 vectigalib. malè perceptus ab iis, qui hac parte distinguunt vsucapionem à longi temporis præscriptione, quasi fundus vectigalis, qui non potest vsucapi, possit tamen præscribi, nempe vt concilient Paul. cum Vlp. in d. l. si fundus §. Iulianus. Etsi enim toto iure. Pandect. plures inter vsucapionem & longi temporis præscriptionem differentiæ fuerunt, de quarum nonnullis iā scripsimus lib. superiore, nulla tamen fuit hac parte, nec magis potuerunt fundi vectigales longo tempore præscribi quam vsucapi. † Sed quod scriptum est in d. §. si de vectigalib. posse longo tempore dominium eorum acquiri, restringendum est ad speciem, quam ibi tractat I. C. n. qua scil. municipes ipsi iussi sint à præ-
 22 tore cauere de dano infecto ob ædes vectigales, quarum illi erant verè domini. Nam si parere nolint, & perseuerent non cauere, coerceri possunt & debent

hactenus vt vicinus qui damnium timet iubendus sit ædes illas sibi possidere, atque ita exinde vfucapere eas possit contra municipales, quibus nimirum hoc casu potest imputari cum propria ipsorum contumacia puniatur. † Illud addere placet, Non solum non competere vindicationem supradictis personis, sed & quod magis est contra omnes istos directam vindicationem dari domino, qui fundum vectigalem vel emphyteuticarium, vel solum in quo sunt superficialia ædes fruendum in perpetuum locauit, quia cum sit ille dominus & quidem solus (nec enim plures eiusdem rei domini esse possunt vulg. l. 5. §. si duobus vehiculum. D. commo) non potest vindicatio ei summo iure denegari, l. 1. §. is autem. D. de superf. vbi hanc ob causam scriptum est, superficialium aduersus quem dominus soli velit superficiem vindicare exceptione in factum data indigere vt se tueatur. Nec enim exceptione vlla indigeret si nulla contra eum actio competeret, cum exceptio omnis præsupponat actionem. Habet, verò superficialarius exceptionem ex regula iuris, quæ facit vt cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem dari oporteat, l. inuis 156. §. cui damus De reg. iur. Nec enim dubitatur quin superficialarius vtiliorem actionem in rem habeat non tantum contra possessorem quemlibet, sed etiam contra dominum ipsum, d. l. 1. §. vlt. D. si ager vectig. id est emphy. pet. d. l. 1. ff. de superficial. Quod si quis miretur dari vindicationem ei ipsi qui contraxerit, quique vindicando fundum velit contra factum suum venire, debebit is cogitare hoc fieri ex mera iuris necessitate, quia ne quidem ex voluntate domini fieri potest quin superficiem solo semper cedere sit necesse, l. 3. §. iud. si supra a. a. ff. vti possid. vnde sit neque per vfucapionem possit vnquam acquiri superficies sine solo, l. nunquam 26. ff. de vju.

CAPVT XII.

De seruitutibus per aditionem confusis à legatario vel fideicommissario restituentis, ad l. Papinianus 18. alias l. in omnibus. ff. de seruit. & l. si ci 9. ff. comm. præd.

SVMARIA.

- 1 Seruitutes prædiales per confusionem extinguuntur, & quando ea confusio contingat?
- 2 Seruitutes reales immediatè prædijs, mediate verò personis debentur.
- 3 Declaratur l. si quis ædes 30. ff. de seruitut. vrb. præd.
- 4 Seruitutem que à prædio testatoris fundo heredis ab eodem testatore scripta debebatur, adita per illum heredem hereditate confundi.
- 5 An si testator fundum qui heredis scripti prædio seruitutem debebat, ex franco legauerit, fundus ille legatus quasi seruitute per aditionem confusa liber fiat?
- 6 Examinantur quedam Papiniani verba in l. Papinianus 18. ff. de seruit.
- 7 Legatum vindicationis non autem dominationis recta via quasi nunquam factum heredis in legatarium transire.
- 8 Ad fundum per damnationem legatum pertinere quod in d. l. Papinianus de seruitutibus per aditionem confusis dicitur.
- 9 Cur in ea specie seruitute fundi legati per heredis aditionem confusa, heredi exceptio aduersus legatarium detur?
- 10 Seruitutes à fundo legato debitas, hodie per aditionem non confunduntur.

- 11 Aliud etiam obtinere si fundus qui seruitutem debet per damnationem legatus sit?
- 12 Fundo hereditario qui heredis prædio seruitutem debet, ab herede alienato, an seruitus in prædictum statum restitui debeat? & ad leg. si ci 9. ff. commun. præd.

Scitu † personales ita & prædiales seruitutes per confusionem extingui conitatur, eamque contingere quoties idem cœpit esse dominus vtriusque prædij tam dominantis, quàm seruiantis, l. 1. ff. quemadmodum seruit. amitt. Nam cum seruitutes nihil aliud sint quàm iura prædiorum, nec proinde quicquam aliud quàm ipsa prædia qualiter se habentia leg. quid aliud 86. de verb. signi. fieri certè nequit vt prædium vllum taliter se habeat, vt ei seruitus aliqua debeatur ab alio prædio quod sit eiusdem dominij, ea propemodum ipsa ratione quam solemus vsurpare, cum quærimus, Cur personales seruitutes confusione extinguantur, si fortè is cui vsusfructus, vel vsus, vel habitatio debebatur cœperit esse dominus fundi seruiantis. l. si tibi 17. l. si seruis 27. ff. quibus mca. v. ff. amitt. † Et si namq; inter seruitutes personales, & reales ea differentia est, quòd personales debentur personis, reales verò prædijs principaliter, & immediatè, fatendum tamen est, etiam reales debentur personis mediatè, cum non possim dominus esse rei meæ quin dominus etiam sim iurium omnium, quæ ad rem illam meam pertinent. Proinde non magis fieri potest, vt res mea seruiat rei meæ, quàm vt seruiat mihi ipsi, quod vique certum est fieri nullo modo posse l. 2. §. si v. ff. de iur. in re commun. 16. ff. de seruit. vrb. præd. † Idque est quod ait Paulus in l. si quis ædes 30. ff. comm. præd. si quis ædes quæ suis seruebant, emerit, libique traditas acceperit, confusam sublatamque eie seruitutem, ita vt si eas rursus vendere velit, eandemque seruitutem habere nominatim illam imponere debeat, alioquin, liberè, inquit, ædes vaneunt: vbi obseruandum est, quod traditione emptarum ædium Paulus requirit, quoniam sola venditio citra traditionem non transferret dominium in emptorem, nec proinde confunderet seruitutem, quæ nulla alia ratione quàm propter dominij acquisitionem confunditur. Indèque etiam fit, quod sequitur apud Paulum, vt si partem prædij nactus sim, quod meo prædio aut cui prædium meum seruebat, non confundatur seruitus, pro ea scilicet parte prædij quam non acquisiui, sed tantum pro alia parte quam acquisiui. Itaque seruitus hoc casu pro parte retinetur, licet ab initio neq; acquiri, neq; adimi pro parte possit, l. vt possit 2. §. 1. in iud. l. pro parte 11. ff. de seruit. l. vnus ex socijs 34. rustic. præd. † Quibus consequens est, vt si is, cuius fundo debebatur seruitus à prædio testatoris, heres à testatore scriptus sit, eiusque hereditatem adierit, confundatur seruitus. Cum enim heres per aditionem fiat dominus prædij seruiantis, vt & cæterorum omnium bonorum defuncti, (nam nec aliud est heredem esse, quam esse dominum, §. vlt. Inst. de hered. qualit. & asserv.) perinde necesse est hoc casu induci confusionem, atque si alio acquisitionis genere dominium nactus esset: quemadmodum & personales actiones confunduntur, quibus aut testator contra eum qui nunc heres est, aut is qui nunc heres est, contra testatorem poterat experiri confluyente nimirum in eandem personam in vtroque iure & debitoris & creditoris, l. debitori 7. C. de pact. l. debitor 50. ff. de fidemiss. Nec enim ipsa rerum natura patitur vt quis sit sui ipsius debitor, aut creditor, non magis quàm vt quid vno eodemque respectu sit & agens & patiens. † Quid ergo si testator eum fundum qui fundo Titij seruitutem debebat,

debebat instituto Titio herede, legauerit Sempronio? Vtique non potest irreuocabiliter valere aut confirmari legatum nisi adita demum per heredem institutum hereditate, vulg. l. si nemo 9. ff. de testam. tutel. Ergo hoc etiam casu omnimodo confundi seruitutem necesse est, cum ea confusio per hereditatis aditionem inducatur. Atqui nõ fuit legatum Sempronio prædium liberum, sed quale fuit penes testatorem testamenti & mortis tempore. Ergo dicendum est, Sempronio & legatum petenti nociturnam doli exceptionem, si non patiatur eam seruitutem iterum imponi quæ per aditionem fuerit confusa. Atque ita ex Pap. scriptum est in l. Papin. 18. alias l. in omnibus ff. de seruit. Effet enim per absurdum meliorem iure penes legatarium esse prædium quod ei datum est, quàm fuerit penes testatorem l. aliud est 160. §. absurdum. De reg. iur. † Quod cum ita sit, mirari quis non abs re possit, cur ita scripserit Papin. in omnibus seruitutibus, quæ aditione confusa sunt: quasi verò non omnes seruitutes per aditionem confundantur, quæcunque legato prædio antea debebantur. Atqui nec legatum vllum aliter valere potest quàm si adita sit hereditas, nec rursus hereditas adiri, quin heres fiat dominus rerum omnium hereditariarum. Quis ergo casus esse potest in quo seruitutes fundo legato debita à prædio aliquo testatoris, minimè per aditionem confundantur? Quod si respondeas tractare nos de seruitute debita à fundo legato, non à fundo hereditario, dominium autem fundi legati transire recta via à testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis l. a Titio 64. in fin. ff. de iur. l. legatum 80. de leg. 2. maior erit dubitatio, cur ergo aditione hereditatis confundantur seruitutes, cum non alia ratione soleant confundi per aditionem, quàm quod aditio inducat acquisitionem dominij in persona heredis, quod tamè hinc non euenit, vbi dominium rei legatae acquiritur legatario, non heredi. Quidam putauerunt, respexisse Papinianum ad differentiam constituendam inter legatum purum & conditionale, quòd legati puri dominium transeat in legatarium recta via, non etiam legati conditionalis, cuius quippe dominus est heres pendente legati conditione, l. fundus 4. D. si v. ff. de iur. pet. l. is cuius 11. §. heres. D. quemad. seruit. amitt. Sed parum probabiliter. Legatum enim conditionale quandiu pendet, ne quidem legatum esse intelligitur, l. is cui 42. D. de oblig. & act. quod & ipsum colligi potest ex l. dominus 58. D. de v. ff. Et ideo quamuis confundantur seruitutes heredi debita, nihil tamen est quod de earum restitutione tractari possit nisi ponas condicionem legati postea extitisse. At rursus vbi extitit conditio legati, habetur illud pro puro, & conditio quæ nihil nullamquam est, fallere non potest quin perinde omnia seruari debeant ac si legatum ab initio purè relictum fuisset, & consequenter dominium ipsius recta via & ipso iure ad legatarium hoc quoque casu transiisse intelligitur, d. §. heres, in iud. l. potior 11. §. 1. in fin. D. qui potior. in pign. hab. Ergo quemadmodum voluit illi legatum purè relictum nullam fieri confusionem seruitutis heredi debita, quia nullo instanti reperitur heres dominus fundi seruiantis: ita & fateri eos necesse est confusionem nullam fieri posse eo casu quo legatum fuerit relictum sub conditione quæ extiterit. † Debuerunt ergo respondere quod nos respondemus, separanda esse hac parte nõ legata pure à conditionalibus, sed legata vindicationis à legatis per damnationem relictis. Quod. n. dicimus, rei legatae dominium transire recta via in legatarium, quasi numquam factum heredis, pertinet ad legata vindicationis duntaxat, non etiã ad legata damnationis, quorum illa

quippe erat formula vt heres rem legatam dare legatario damnaretur, quo dandi verbo cum translatio dominij significetur, l. vbi autem 75. §. vlt. ff. de verb. obl. in iud. l. si a substituto 35 §. heres de leg. 1. non videntur 161. de reg. iur. non poterat fieri vt heres legatario daret eam rem, cuius ipse dominus antea non fuisset. † Itaque legato per vindicationem eo fundo, qui seruitutem debebat prædio heredis, nulla poterat fieri confusio seruitutis, transeunte legati dominio in legatarium tam citò, quàm domino hereditatis in heredem. Vtrumque nimirum fit eiusdem legis duodecim tabularum potestate, quæ omnes vltimas voluntates per legis modum, id est imperatiuè factas, æquè confirmavit, ac proinde non minùs legata, quàm institutiones, cum & ipsum legandi nomen ea in re vsurpauerit; At legato per damnationem fundo necesse erat fieri confusionem seruitutis, eoque demum casu locum habet quod Papin. placebat, legatarium petentem legatum doli mali exceptione repellendum esse, si non patiatur eam ipsam imponi seruitutem quæ fuerit sublata per confusionem. Eam ipsam, inquam, specie, non numero. Nec. n. fieri potest, vt semel extinctus ius reuiuifcat, l. qui res 98. §. ar. eam. de solu. l. si pro parte 10. §. pen. D. in rem vers. † Idèò autem doli exceptio necessaria est heredi, quia ipso iure verum est, & legatum deberi legatario, & deberi sine seruitute, cum seruitus sit confusa. Sed æquitate exceptionis illud inducit, quòd cum legatarius petit fundum sibi tradi liberum, qui fuit at seruis penes testatorem, capiat lucrum ex dano alieno per occasionem iuris ciuilibus contra naturalem aequitatem, l. 1. D. de doli excepti. Nec enim audendus est si velit imputare heredi cur factio suo confuderit seruitutem ad eundem hereditatem, quin potius id æqui bonæque consulere debet, habereque gratiam heredi quò non adunte legatum intercidisset. Perpetuum enim est vt nemo possit alteri obicere factum ex quo ipse lucrum sentiat, l. si extraneus 33. cum in fundo 78. §. quòd si mulier. D. de iur. dot. † Consequens igitur est superioribus, vt hodie nunquam possint confundi seruitutes debita à fundo qui fuerit legatus, postquam placuit Iustin. in l. 1. §. 2. C. com. de leg. veteres illas legatorum differentias omnes tollere, & omnibus tam legatis quàm fideicommissis vnã eandemque naturam imponere. Et si enim non satis apertè expressit ille, quamnam voluerit esse hanc naturam omnium legatorum & fideicommissorum, eamne quæ olim erat legatorum per vindicationem, an verò quæ legatorum per damnationem: nullus tamen hac parte dubitationis locus relinquitur, quin legatorum omnium, adeoque fideicommissorum singularium natura ea hodie sit, quæ erat legatorum per vindicationem, cum inter ceteras actiones quas pro legato & fideicommissis quolibet dari voluit Iustinianus, sit etiam vindicatio, quæ tamen nec competere, nec dari villo modo possit, si dominium rei legatae aut per fideicommissum relictæ non transierit in legatarium aut fideicommissarium recta via, quandoquidem dominij vindicatio sola illa est, quæ tribuere potest vindicationem. † Itaque cum legato etiam per damnationem relictò dominium perinde transeat in legatarium, ac si legatum esset per vindicationem, fieri nequit vt heres qui oneratus legato fuit, reperitur vnquam dominus fundi seruiantis, non magis quàm vt legatarius inueniatur dominus prædij dominantis: atque ita cessat tota illa ratio quæ poterat inducere confusionem seruitutis, etsi non ignoro in alijs quibusdam datam esse omnibus legatis naturam quæ olim erat legatorum per damnationem: de quo plura scripsimus lib. 6. c. 1. † Non

valde dissimile est quod Pomp. scribit in *leg. si ei. 9. D. comm. pradior.* Si ei cuius pradium meo seruebat, heres extiterim, & eam hereditatem tibi vendiderim, restitui in pristinum statum seruitutem debere, quia id agitur inter nos, inquit, vt tu quasi heres videaris extitisse: sensus est, id videri inter nos actum, vt tu eodem iure habeas res hereditarias quo haberes, si heres esset: ac proinde quo fuerant apud defunctum. Neque enim si heres esses, plus iuris habere posses in rebus hereditariis, quam defunctus habuisset, cum hereditas id tantum transfundat in heredem quod fuit defuncti & hereditatis, l. 1. §. *Scanol. D. si is qui testam. ub. eff. iuss. sit.* Atqui defunctus possidebat hoc pradium affectum ea seruitute quam pradio meo debebat: Non ergo id inter nos actum videri potest, vt tu idem pradium liberum possideres: sed quemadmodum pradium quod fuit defuncti, ad te ex causa emptæ hereditatis pertinet, ita necesse est vt tale illud habeas quale apud defunctum fuit: Quod quia fieri aliter non potest, quam si restitatur seruitus, quæ per aditionem fuit extincta, facta me domino vtriusque prædij & seruiantis, & dominantis eodem tempore: sequitur necessarîo vt restitui debeat seruitus in pristinum statum, noua scilicet seruitutis quæ antea debebatur constitutione: in eamque rem dari mihi contra te non solum exceptionem doli priusquam tradiderim tibi res hereditarias si pergas me vrgere ad traditionem, nec patiaris imponi eam seruitutem, vt in superiore casu: sed etiam actionem ex vendito, quæ mihi danda etiam esset ob hoc ipsum vt cogereris præstare quicquid defunctus mihi debuisset. Sicut & è contrario haberes actionem ex empto contra me, si quid ego defuncto debuissim, vt quamuis per confusionem sublata sit omnis obligatio, & consequenter actio, perinde tamen omnia in effectu æstimanda sint, atque si confusio nulla facta esset, l. 2. §. *cum quis debitor. D. de hered. vel act. vend.*

CAPVT XIII.

De confessoria & negatoria actione: & de differentia vindicationis seruitutum & rerum corporalium ad §. æquè. vers. sanè Inst. de action.

SUMMARI A

- 1 Actionem in rem de seruitute vel confessoriam vel negatoriam esse.
- 2 Quæ vtrique actioni commune sit?
- 3 Confessorie actionis exempla à Iustiniانو allata.
- 4 An bene à Iustiniانو seruus altius tollendi inter confessorias, seruitus verò altius non tollendi inter negatorias numeretur?
- 5 Hermanni Vultei interpretatio pro tuenda Iustiniანი sententia refellitur.
- 6 & 8. Duplex inter vindicationem seruitutum, & rerum corporalium vindicationem differentia.
- 7 Cur omnis rerum corporalium vindicatio adfirmatiua sit, seruitutum verò vindicationem aliquando negatiuam esse necesse sit?
- 9 Negatoria etiam posse agere eum cuius fundus seruitutem debet.
- 10 Confessoriam & negatoriam actionem non nisi contra dominum competere.
- 11, 12, 13, 14, 15. Accursij, Vultei Contij Corrasij interpretationes ad versic. vlt. d. §. æquè. sanè vno casu qui possidet, & c.
- 16 Frequentior caterorum Interpretum ad eum locum sententia.
- 17 Versiculum illum cum negatione legendum esse.

17 Multum in d. vers. interesse an quis dicat possessorem actoris partes sustinere, an verò actorem esse.

Nemo tamen nescit duplicem esse actionem in rem de seruitute, Vnam quæ dicitur confessoria, Alterâ, quæ negatoria, l. 2. *D. si seru. vind.* Confessoriam ei competere qui seruitutem sibi competere contendit: negatoriam verò ei qui negat. Sed tamen quænamistarum actionum vis & potestas sit, nondum inter nostros videtur exploratum. Illud vtrique commune est, quod neutra competit alij quam domino, d. l. 2. §. 1. l. 4. §. *competit. co. ut.* Vtraque enim vindicatio est, & quidè directa, quæ alij quam domino competere nunquam potest. Et sicut fieri nequit, vt quisquam sit dominus seruitutis fundo debita, nisi qui sit dominus fundi: Ita nec negare quisquam potest ius vllius seruitutis vicino esse in fundo nisi qui sit dominus eius fundi cui seruitutem deberi negat. Nec rursus quarumlibet seruitutum nomine competunt huiusmodi actiones, sed earum duntaxat quæ sint nostræ, & iam nobis acquisitæ. Itaq. non sufficiet vt sint nobis debita, puta ex stipulatu, aut ex testamento, aut quo alio iure constituta, cum non idcirco fiant nostræ nisi secuta quasi traditione per patientiam, vt & in rebus corporalibus cõtingit, Traditionibus duntaxat non etiam nudis conventionibus rerum dominia transferri, vulg. l. *ad adiombus 20. C. de pact.* Confessoria actionis exempli adfert Iustin. in §. *æquè. Inst. de act.* Si agâ ius mihi esse eundi vel agendi tuum per fundum, tanquã qui debeat seruitutem meo: Negatoria verò, si è contrario agam ius tibi non esse eundi vel agendi per meum fundum, tanquã qui nullam seruitutem debeat tuo: vnde fit vt quidam putent confessoriam nihil aliud esse quàm vindicationem seruitutis, negatoriam verò nihil aliud, quàm vindicationem libertatis. Cui tamen sententiæ omnino ac euidenter obstat quod supradicto loco Iustinianus inter actiones confessorias ponit actionem De seruitute altius tollendi: inter negatorias verò actionem de seruitute altius non tollendi: cum tamen is qui dicit ius sibi esse altius tollendi, nihil nisi tuarum ædium libertatem vindicare videatur. Qui verò dicit ius non esse vicino altius tollendi, aperte vindicat seruitutem illam quæ altius non tollendi appellatur. Quæ res fecit, vt ausus sit Accursius dicere, in hoc errasse Iustin. & confessoriam actionem dixisse de seruitute altius tollendi, quæ debuerat dicere negatoriam. Et contra, negatoriam actionem de seruitute altius non tollendi, quam debuerat dicere confessoriam: tãque sententiam sequitur potissimum ex recentioribus Hermannus Vulteus, qui vt Iustinianus tueatur, ait posse duob. modis dici actionem confessoriam & negatoriam, propriè & impropriè: Propriè illam quæ & figura verborum & vi ipsa sit confessoria, vel negatoria: Impropriè v. illâ, quæ figura verborum sit confessoria: vi ipsa v. sit negatoria, Vt, inquit, actio de seruitute altius tollendi: aut contra, quæ figura verborum sit negatoria, & effectum confessoria, vt actio de seruitute altius non tollendi. Subiiciens tamè non tam figuram verborum, quàm vim & potestatem actionis inspiciendam esse, cum quæritur an actio confessoria, an negatoria sit: in quo videtur mihi vir aliquot doctissimus & subtilissimus, quàm maxime errare. Nam cum olim actiones nihil aliud essent, quàm formula certis verbis conceptæ, non poterat fieri vt actio confessoria, vel aliter, vel meliùs dignosceretur à negatoria, quam ex figura verborum: quod & cateri ferè omnes interpretum vulgò rectè putant. Sed & illud magis falsum est, actionem de seruitute altius tollendi esse vi ipsa negatoriam, quasi is qui eam proponit, hoc vnum inten-

dat nullum se vicino prædij debere seruitutem altius non tollendi, vindicetque sibi libertatem naturalem, ex qua licet vnicuique suas ædes ad cælum vsque tollere. Nam imò verò qui agit de seruitute altius tollendi, neque vindicat suis ædibus libertatem naturalem, sed seruitutem quæ talis expressim constituta sit contractu, vel testamento, vel talis acquisita per vsucapionem libertatis, contra seruitutem antea constitutam altius non tollendi. Etenim vt libro superiore disputauimus, si ædes meæ debeant tuis seruitute altius non tollendi, & tamen te sciente ac patiente eas altius sublatas habuero per decennium, putante vsq. ad triginta pedes, certum est acquisiuisse me libertatem contra primam illam seruitutem altius non tollendi, sed tamen limitatè & vsq. ad triginta tantum pedes, quia cum non vsuceperim libertatem nisi habendo ædes meas altius sublatas coniequens est vt nec vsuceperim, nisi quatenus habui eas sublatas. Proinde si postea velim altius tollere supra triginta pedes, siue ædes meas fortasse collapsas reficiendo, siue eas adaugendo, ius tibi est prohibendi ne id facere possim, quasi manente adhuc pristina seruitute in eo in quo non est libertas vsucapta. Hoc ergo tantum possum intendere, ius mihi esse altius tollendi vsq. ad triginta pedes, tanquam acquisita ædibus, meis non tam libertate naturali, quæ nullos haberet limites quàm libertate noua & limitata: quæ sicut non omnino extinxit seruitutem quæ tuis ædibus debebatur, ita nec manente tua illa seruitute potest mihi esse acquisita, quin hoc ipso habeam ius nouæ seruitutis per quam fiat vt quemadmodum non possum ædes altius tollere inuito te supra triginta pedes, ita possim te inuito vsque ad eum modum triginta pedum, cum fortassis initio constituta seruitutis altius non tollendi, non nisi ad quindecim vsque pedes sublata ædificium habere. Et si autem dicimus seruitutum vindicationem esse, non minus quàm rerum corporalium, duæ tamen præcipuæ sunt differentiæ inter hanc & illam vindicationem: quas ambas ponit Iustin. in d. §. *æquè.* Prima est, quod rerum corporalium vindicatio omnis est adfirmatiua, nulla negatiua. Quisquis enim fundum, vel rem aliquam mobilem vindicat, dicit rem esse suam solennibus illis verbis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio,* & quanquam hoc ipso negat eam rem esse possessoris, cum fieri nequeat vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, nulla tamen actio proposita est in hoc vt quis rem esse aduersarij neget. Si quis. n. ita agere vellet, cum vtrique necesse est possessorem vel esse vel non esse: si esset, non indigeret actione, cum ob hoc tollim quod possessor esset, quantumuis vitiosè, tamen vincere deberet aduersarium qui neq. possessor esset, neq. dominus, l. vlt. ff. de acq. poss. l. vlt. C. de rei vin. l. 1. §. *vt ff. vt poss.* Si verò non esset possessor, nihil planè ipsius interesset, quod aduersarius non esset dominus, si neq. ipse qui agere vellet, dominum se diceret, ac probaret. Generale namq. est vt nunquã detur actio, nisi cuius interest. Quod si esse ille dominus, quidni sufficeret ei quod haberet vindicationem adfirmatiuam, qua se dominum adfereret? aut in quo egeret illa negatiua? At cum de vindicandis seruitutibus tractatur, potest necessaria esse actio negatoria, nec sufficit confessoria, si fortè quis velit fundo suo adferere aut libertatem, aut seruitutem contra aduersarium qui sit in quasi possessione contraria, siue libertatis, siue seruitutis; vt ecce, si intèdas ius esse tibi eundi per meum fundum, nullam possum habere actionem nisi negatoriam ad impediendum ne posthac eas si iã sis in possessione eundi iure seruitutis, quia tuam illâ possessionem tuebitur

prætor interdico *De itinere actiue priuato*, etiam si non probes te habere ius seruitutis, l. vlt. ff. de itin. act. priu. Itaque si velim vincere, tuamque quasi possessionem interpellare, necessarîo agendum mihi est de iure seruitutis contra te, in eamque rem proponenda negatoria. Idè est de seruitute altius non tollendi, si fortè altius sustuleris ædes tuas, atq. ita te constitueris in quasi possessione altius tollendi. Non enim possum te vincere iure possessionis, nec rursus si velim agere confessoria, quia necesse est me negare ius tibi esse altius tollendi, quod nisi per negatoria fieri non potest. Et ratio huius differentia est, quia rerum corporalium vindicatio nullum effectum alium habere potest, quàm vt res a reo possessa actori per arbitrium iudicis restituatur: quod totum consistit in faciendo. At seruitutum vindicationes è contrario effectum duntaxat illum habent, non vt aduersarius cogatur aliquid facere, sed tantum vt cogatur pati, vel facere actor prohibetur. Id verò assequi actor non potest iis casibus, quibus aduersarius intendit habere se ius aliquid faciendi, puta eundi vel agendi per fundum actoris, vel altius tollendi, nisi proposita actio negatoria vt & in aliis omnibus speciebus in quibus duntaxat prohibendus est aduersarius ne quibus faciat, non etiam cogendus vt patiat. Nam pro iis seruitutibus per quas contenditur pati eum aliquid debere, confessoria necessaria est. Altera inter rerum corporalium & seruitutum vindicationem differentia est, quod rerum corporalium vindicatio nunquam datur possessori sed semper contra possessorem, l. officium 9. l. *is qui d. seruauit 24. l. qui peiuorio 36. ff. de rei vind.* nempe quia nec alius restituere rem potest, quàm qui possidet. Finis autem vindicationis ille est, vt postquam pronuntiatum erit rem esse actoris, iudex arbitrari debeat rem actori restitui oportere. l. ex diverso 35. eod. tit. At seruitutum vindicatio non minus datur possessori quàm non possessori seruitutis, l. si forte 6. §. *sciendum ff. si seru. vin.* nimirum quia finis vindicationis seruitutis non ille est, vt seruitutis possessio, aut quasi possessio restituatur, sed vt pronuntietur pro actore, vel habere illum ius seruitutis in fundo alieno, vel non habere aduersarium ius seruitutis in fundo actoris: illud, si confessoria agatur: hoc, si negatoria, quod vtrumque nihil commune habet cum iure possessionis. Siue enim actor sit in possessione seruitutis quam suam adferit, siue in possessione libertatis contra seruitutem quam aduersario deberi negat, illa semper quaestio superesse potest, an ius habeat vel adferendæ sibi vel denegandæ aduersario libertatis. Ex quo fit vt negatoria possit agere etiam is cuius fundus debet seruitutem, si modò contra eum agat qui non sit dominus fundi dominantis, nec tale ius in eo vllum habeat, puta pignoris vel vsusfructus, vt eum seruitutes sequantur. Finge habere me ædes, quibus vicinae sint Seianæ & Sempronianæ. Sempronianis meas debere seruitutem altius non tollendi, Seianis nullam debere. Si dominus Seianarum velit me prohibere ne altius non tollam, potero actione in rem confessoria experiri, quia licet ædes meæ seruiant, tamen ei contra quem agam, non seruiunt. Itaq. possum intendere ius mihi esse altius tollendi inuito eo cum quo ago, non quod habeam ædes liberas simpliciter, sed quia liberas habeo quod ad eum pertinet, d. l. 4. §. *competit. ff. si seru. vin.* Quo ex loco sumperunt pragmatici vulgarem illam formulam frequentissimam exceptionis, *Quod ad te liberas ædes habeo*, Cui opposita illa est, *Age cum Gemiano ex l. 3. C. de transact.* Inde etiam fit, vt quemadmodum nec confessoria nec negatoria datur alij quam domino ædium quibus seruitutem de-

beri vel dicitur, vel negatur, ut iam supra diximus, ita nec nisi contra dominum competant huiusmodi actiones, d. l. 2. §. 1. d. l. et si forte 6. §. hac autem actio. ff. si seruitut. vind. siue agatur de seruitute oneris ferendi, de qua eo loco tractatur, siue de alia qualibet, nimirum quia cum non aliter possit acquiri fundo meo seruitus, quam si imponatur à domino fundi seruiantis, non possum intendere contra te ius mihi esse cundi per fundum Corn. nisi tu eius fundi dominus sis: Nec similiter agere negatoria ut intendam non esse tibi ius eundi per meum fundum, nisi sis dominus eius fundi cui velis debitam esse à meo itineris seruitutem. Quare si quis tertius velit me impedire in vltu mea seruitutis, debeat interdictis experiri, & possessionem meam, aut quasi possessionem vel tueri, si nondum amiserim, vel recuperare, si iam amiserim, Quam in re prodita sunt interdicta De itinere actusque priuato, & alia huiusmodi. † Atque ex his petenda etiam est interpretatio eius quod scribit Iustin in d. §. æquè in vlt. illo vers. sanè vno casu qui possidet nihilominus actoris partes sustinet, sicut in latoribus. Digestorum libris apparebit. De quorum verborum sensu non fuit ex interpretibus qui non dubitauerit, & laborauerit in quaerendo vno illo casu quo detur actio ei qui possidet, necdum tamen casus ille ab omnibus quaeritus à quoquam adhuc inuentus esse existimatur. † Accursius noster cum vnum quaereret, duos attulit. Primum de iudiciis illis duplicibus Familiae circumsundæ, Communi diuidendo, & Finium regundorum, in quibus dicitur vterque actor esse & reus, leg. actionis 37. §. mixte ff. de oblig. & act. ac proinde cum vel vtrumque, vel saltem alterutrum possessor esse oporteat, euenire necesse est ut is quoque qui possidet sit actor. Sed non est hic casus accommodatus, quia sicut in huiusmodi iudiciis vterque est actor, ita & vterque reus, & consequenter possessor quisquis ille sit non minus reus quam actor est. Deinde non dicitur in his iudiciis actor ille qui possidet, sed qui prior ad iudicium prouocauit, adeo ut si ambo simul prouocauerint, forte dirimi oporteat, vter sit actor, l. in tribus 13. & seq. ff. de iud. nempe quia fieri nequit ut iudicium vllum tale sit, in quo par vtriusque litigatoris conditio in omnibus & per omnia esse debeat: sed omnimodo necesse est tunc quoque cum actor, & reus vterque est, alterum tamen solum actoris, alterum verò rei duntaxat partes sustinere, quia nec iudicium vllum esse potest sine actore & reo. Alter casus Accursij est in qualibet exceptione: quam possessor, idemque reus opponit actori, propterea quod reus in exceptione actor est, l. in exceptionibus 19. ff. de prob. l. 1. ff. de except. † Et hanc Accursij sententiam nouissimè secutus est Vulteijs proferens varia exempla exceptionum in quibus reus idemque possessor actoris iure censetur, ut in exceptione rei iudicatae, de qua in d. l. in exceptionibus, §. vlt. In exceptione legatarij; Quod defunctus sciuerit rem legatam alienam fuisse, l. verius 21. eod. In exceptione voluntatis mutatae, l. eum qui. 22. eod. quibus addi possint aliae huius generis propemodum infinitae, ac tam multae, ut vel ex hoc solo appareat non posse casum hunc illum esse, quem nos quaerimus, & quem Iustin intellexit. Quanquam Vulteijs, ut obiectionem hanc effugiat, nititur omnes casus illos speciales concludere sub hoc vno generali quo reus idemque possessor non aliter possit obtinere, quam si intentionem suam probet aduersus actorem qui suam iam probauit. Sed non tollit ea res multiplicatam casuum, in quibus praeterea omnibus obseruandum est reum non tam dici actorem, quam actoris partibus fungi, quod longè diuersum est. Actor enim dicitur

ille tantum qui agit, Actoris verò partibus fungi ille demum cui incumbit onus probandi, l. si priusquam 15. in fin. ff. de oper. nou. munc. † Qua etiam ratione refelli potest opinio Antonij Contij, qui casum illum petit primò ex l. quoties 15. ff. de prob. & ex d. l. priusquam, quibus tamen locis non de actore tractatur, sed de eo qui actoris partibus fungitur. Alij referunt ad actiones praediciales de quibus in §. praediciales Inst. de act. quae interpretatio refellitur satis ex iis quae in precedentibus disputauimus de huiusmodi genere actionum. † Alij probabiliter referunt ad interdictum Vti possidetis, in quo planè is qui possidet, actoris vices sustinet, l. 1. §. vlt. ff. vti possid. quam sententiam sequitur Ioannes Corrafius lib. 3. Miscel. cap. 23. Sed neque hac interpretatio satisfacere potest. Quærimus. n. casum, quo is qui possidet, agat, non quo vtatur interdicto. Aliud siquidem est de actione loqui, aliud de interdicto. † Frequentior ceterorum omnium recentiorum sententia est, pertinere casum hunc ad seruitutes, quarum nomine diximus comparatas esse actiones in rem, etiam in fauorem possessoris, d. l. et si forte 6. §. sciendum. ff. si per vind. Quod etsi verum est, non tamen videtur ad Iustiniani verba accommodatum, quem apertum est tractare in d. §. æquè, de vindicatione rerum corporalium, non de vindicatione seruitutum. Debet enim exceptio, ut aiunt, esse de regula. Porro regula proposita erat de vindicatione rerum corporalium t. non dari eam possessori. At neque potest videri vnus esse casus qui pertineat ad tot genera seruitutum, & actionum de seruitute. Quamobrem, ut dicam paucis quod sentio, nec immeret diutius in aliorum opinionibus refellendis, semper existimaui cum Ferreto frustra se torquere interpretes in explicando hoc loco, qui proculdubio corruptus est, legendusque addita negatione hoc modo, sanè non vno casu, ut idem Ferretus docuit, aut ut probabilior sit emendatio, sanè nec, nato scilicet errore ex vetere librorum scribendi more qui literas repetendas semel tantum scribebant, sed maiusculo caractere in hunc modum SAN. E. O. pro sanè nec. cui similem errorem iam pridem obseruauimus in l. 3. §. 1. ff. de vtr. vbi scriptum legitur immune est, pro eo quod scribi debuit immune nec est, aut si probabiliter patet, immune est: per interrogationem. Itemque in l. sanè 11. ff. de iur. dot. vbi scriptum est, sanè & pro sanè nec. † Obseruandum enim est quod pauci interpretes obseruant, quamuis Accursius quoque hoc viderit non ita scribere Iustinianum, ut dicat vno casu actorem esse eum, qui possidet, sed tantum actoris partes obtinere, quod quam diuersum sit iam indicauimus. Nam qui possidet rem corporalem, nullo penitus casu actor esse potest, sed actoris partes obtinere potest innumeris penè casibus, ut ipsi etiam interpretes consentiunt. Et ob id nimirum adiecit Iustinianus sicut in latoribus Digestorum libris opportunè apparebit, quia cum essent illi casus non solum penè innumeris, sed etiam per varias iuris partes dispersi, non poterat opportunè fieri, ut in iis cogrendis longior esset Iustinianus, qui in componendis Institutionibus hoc tantum agebat ut ea quae generaliora essent, traderet, non quae specialiores requirerent tractatum: Et verò quis vnquam sibi persuadeat, tam male feriatum fuisse Tribonianum, ut si de vno tantum casu sensisset, nos pro eo inquirendo ad omnes Digestorum libros reuoluendos relegasset, quem æquè paucis verbis non apertè declarare, saltem velut digito indicare potuisset?

Emendati varij loci in tit. ff. quæ in fraud. cred.

SUMMARI.

- 1 Secundum b. sempiternam qui rem à debitore fraudatore alienam a primo emptore rem alienam sciens emit, Pauliana non tenet.
- 2 An is qui à fraudatore debitore dolo malo emit, alteri vero bona fide ementi vili pretio vendidit, pretium illud quod accepit, an verum rei pretium restituere teneatur?
- 3 Verba illa, quod accepit, in l. is qui ff. quæ in fraud. credit. cum negatione legendæ esse.
- 4 Emptionem a secundo b. emptore factam postquam creditores in possessionem missi sunt, non valere.
- 5 D. l. is qui. de re vendita, in cuius possessionem postea missi sunt creditores, accipiendam esse.
- 6 Heredem vel suam vel voluntarium qui postquam hereditati debitoris se immiscuit, in fraudem creditorum hereditarium aliquid fecit, mox aduersus immixtionem restituendus est, directæ Pauliana conueniri non posse.
- 7 Vitalem tamen Paulianam aduersus dictum heredem competere.
- 8 An idem in seruo necessario dicendum sit?
- 9 Verba illa, idem & in seruo necessario, e. §. si quid in fraudem l. ait Prætor eod. tit. delenda esse.
- 10 Casus quo non tantum ea que ab herede suo & necessario post immixtionem, sed etiam que a testatore dum viuere in fraudem creditorum gesta sunt, per Paulianam reuocantur.
- 11 Sententia & emendatio §. si impubes d. l. ait Prætor.
- 12 An quod vnus creditorum à pupilo post patris hereditatem aditam accepit, post pupili a paterna hereditate abstentionem reuocandum sit, bonis paternis venientibus?
- 13 Scæuole in hac questione conclusionem cum Ulpiani sententia pugnare.
- 14 Distinctiones in ea questione in l. pupillus 24. eod. tit. adhibitas, Tribonianam non Scæuole esse.
- 15 Eiusdem Tribonianam distinctiones refelluntur.

1 Si is qui à debitore fraudatore sciens alienam rem emit, priusquam eius bona per creditores possiderentur, eandem rem iterum alij bona fide ementi vendiderit, placet secundum emptorem Pauliana conueniri non posse, quia cum sit emptor bonæ fidei, non potest videri particeps fraudis, nec ei debet nocere dolus sui venditoris cum habeat causam onerose non lucratiuam, leg. si is qui 9. ff. quæ in fraud. cred. iuncta leg. quod autem 6. §. simili modo. eod. tit. leg. 4. §. de autor. & seq. ff. de doli mali except. Nec nouum est meliorem hoc casu esse conditionem emptoris, quam fuerit venditoris, cum dolus ei duntaxat nocere debeat qui eum admisit: & ob id non est ita concepta iuris regula, Vt semper emptoris eadem causa esse debeat circa petendum & defendendum quæ fuit petitoris, sed ut plerumque hoc euenit l. mutus 156. §. plerumque. de R. I. † Et quemadmodum non tenetur is, qui ab ipso debitore ignorans emisit, ita nec is tenetur debet, qui ignorans emit ab eo cui debitor ipse sciens vendidit, d. l. si is qui, vbi tamen additur in proposita specie eum qui dolo malo emit, alteri verò bona fide ementi vendidit, teneri Pauliana in solidum pretium rei quod accepit à secundo emptore, præstare seu restituere: quo loco mihi certè suspecta sunt verba illa,

quod accepit. Quid. n. si vendiderit vili pretio rem, quæ erat multo plus? Cur cogentur miseri fraudatque creditores contenti esse eo pretio, nec poterunt consequi quanti re vera res est, cum si secunda venditio facta non fuisset, rem ipsam essent reuocaturi nullo pretio restituito, l. si debitor eod. tit. quia scilicet cum non detur ea actio nisi contra eum qui sit cõscijs, & particeps fraudis, indignus utique est cui succurratur is, qui conuenitur, nisi hæctenus ut si ea ipsa corpora numerorum extent, quæ soluit, debeant ei reddi ut ea ratione fiat ne quisquam fraudetur, neque creditor qui rem auocat, neque emptor qui nummos suos recuperat, neque debitor qui nihil ex suo amittit. leg. ex his 8. eod. Nunquam enim succurrendum est ei cui, proprius dolus potest imputari, quique dumnum hoc quod patitur, passurus non fuisset si dolum non admisisset. Et verò sunt ista propemodum contraria, Teneri hunc malæ fidei emptorem in solidum pretium rei, & Teneri in pretium quod accepit, Solidum enim pretium rei dicimus pro iusto, ad differentiam eius quod conuentum & acceptum est. Alioqui, quam oblectro poterat esse causa dubitandi, quin hic malæ fidei possessor totum pretium, quod accepisset, restituere teneatur? An fortè poterat quis putare, non teneri eum nisi pro parte pretij quod accepisset? Ergo si quid mei iudicij est, vel delenda sunt ea verba, quod accepit, vel addita negatione legendum quod non accepit: quod ego probabiliter arbitror. † Posui a. factam huius rei venditionem, priusquam bona per creditores possiderentur, quia si bona iam essent possessa, certum esset non valituram venditionem, nec si bonæ fidei emptori facta esset, ideoque nec reuocatoria opus foret, alioqui esset inutilis missio in possessionem à creditoribus impetrata, l. de reb. autor. iud. poss. ut bene quidam ex recentioribus ratiocinantur ad d. l. si is qui. † Sed idem tamen malè eam legem intelligunt de re vendita in cuius possessionem non fuerint missi creditores: quasi verò missio in possessionem quæ ex dicto prætoris datur creditoribus, non sit vniuersorum bonorum, contra id quod scriptum est in l. 1. ff. quib. ex causis. in poss. eat. Nam si vniuersorum bonorum est, ut est, consequens fit ut nulla prorsus res sit ex bonis debitoris, quæ non debeat intelligi possessa per creditores, adeo ut quamuis nihil fortè fuerit quod possideri queat, saltem sine controuersia, creditor tamen qui in possessionem missus est, perinde habeatur, ac si possessa bona fuissent, l. quauis 13. de reb. autor. iud. poss. Sed eos fefellerunt verba illa, cum bona possessa sunt, quæ illi sic acceperunt ac si tractaret Paul. de venditione, cuius tempore iam possessa fuissent bona, cum è contrario ponendum sit, factam venditionem à debitore, cuius bona postea sint possessa † in l. ait prætor 10 §. si quid in fraudem creditorum. eod. tit. quæ in fraud. cred. scribit Vlp. Si filius qui se poterat abstinere, immiscuerit se paternæ hereditati & in fraudem paternorum creditorum aliquid fecerit, mox aduersus immixtionem fuerit in integrum restitutus, ex dicto sc. De minoribus, de quo in l. necessarijs 57. ff. de acquir. hered. vel etiam si voluntarius heres fuit, qui idem fecerit, quique propter atatem vel quam aliam causam meruerit in integrum restitutionem, non posse directam actionem Paulianam contra eum competere, sed tamen vitalem dandam esse. Directa non potest dari, quoniam filius, aliusve heres quilibet, restitutionem impetravit siue contra immixtionem, siue aduersus aditionem, pro eo habetur quantum ad prætoris acti nunquam heres fuisset, licet re vera heres esse non desinat qui semel fuit, si filius 12. ff. de interrog. in iur. faciend. iunct. leg. ait prætor 7. alia

Leti si fire. §. sed quod Papin. ff. de min. Et consequenter numquam videtur habuisse proprios creditores eos qui fuerunt patrum, nec proinde dici potest in eorum fraudem aliquid fecisse, cum sit ex natura restitutionis in integrum, ut reuocet omnia in pristinum statum, l. quod si minor 24. §. restitutio. cod. Si enim hic heres non fuisset, nunquam paternos creditores suos habuisset, l. ex contractu 4. §. ff. de re iud. c. l. necessarius. 57. de acq. her. ¶ Vtilis tamen in eum actio datur, quia verum est fuisse illum aliquando debitorem, eo scilicet tempore quo se iam scruerat, vel adierat, & eo tempore fuisse in fraudem creditorum id de quo nunc reuocando agitur. ¶ Quod tamen sequitur in d. §. si quis in fraudem, idem in seruo necessario dicendum esse, non video quomodo, aut quo casu possit verum esse, cum serui necessarii heredes siue impuberes sint, siue puberes, nunquam habeant beneficium abstentionis, nec in integrum restitutionis, d. l. necessarius. in fin. sed tantum separationis, eo scilicet casu quo non attigerint bona patrum, l. 1. §. vlt. ff. de separat. quod tamen beneficium separationis nunquam facit ut seruus heres necessarius, nunquam heres fuisse videatur, adeoque nec ut habeatur à pratore pro non herede: in quo differt maximè à beneficio abstentionis. Alioqui non minus serui qui iam cuius Rom. factus sit, quam filij pudori parcendum esset, ut sub nomine domini: sicut sub nomine patris potius bona venderentur, l. paterfam. 28. ff. de reo. a. ior. ma. poj. fid. ¶ Sunt ergo verba illa, item & in seruo necessario, mali interpretis, & valde imperiti. ¶ Illa distinctio notabilis est, quæ ex Labrone subicitur in d. §. si quis in fraudem, ubi dicitur posse interdum fieri ut per Paulianam reuocentur non ea tantum quæ in fraudem creditorum gesserit heres suus & necessarius post imixtionem, sed etiam illa quæ pater ipse, dum viueret: nimirum si creditores proxime vendiderint bona patris, id est si non multum intercesserit temporis inter mortem patris & filij abstentionem, quamuis medio tempore fortassis abstentibus, vel paciscentibus creditoribus filius se immiscuerit. Hoc enim casu fraus vtriusque per Paulianam reuocatur, id est, tam patris quam filij. Et quidem filij, quoniam ut proxime diximus, verè debitor aliquando fuit, patris verò, quia licet post mortem deserit esse debitor, ex quo præsertim tempore cepit habere heredem, qui pro eo, aut potius in eius vicem debitor factus sit, tamen est ut nunquam heredem habuisse videatur, qui tam modico tempore habuit, quique talem habuit, ut non possit dici creditores paternos eius nomen vnquam secutos esse, id est pro debitore illum habere voluisse. At cum creditores passi sunt necessarium heredem, & quasi in creditum habuerunt nomen, eius vel dulcedine vsurarum, vel quia alia ratione eum secuti sunt, cum ex edicto pratoris non possint impetrare separationem, dicendum est nihil reuocari posse ex iis quæ testator alienauit, quia non potest videri decessisse non soluendo qui habuit heredem, l. libertus 38. D. de bon. libert. Potestque imputari creditoribus, cur maluerint eum habere debitorem quam defunctum, cuius honorum separationem primum, deinde etiam venditionem impetrare potuissent, subindeque Paulianam exercere contra tertios qui à defuncto in fraudem creditorum comparassent. ¶ Sequitur apud Vlp. in §. si impubes: Si impubes patri heres extiterit, eiusque mortui bona veneant, separatione postmodum impetrata per creditores patris (nec enim creditores filij possent ipsi impetrare, l. 1. §. ex contrario. D. de separat.) vtriusque fraudem esse reuocandam, id est tam patris quam filij, si fortè impetrata separatione appareat neutrum esse soluendo, & ab vnoquoque eo-

rum aliquid fuisse alienatum in fraudem propriorum creditorum. Cum verò vnicus hic eius loci sensus esse possit, planè fateor me non intelligere, quid sibi velint verba illa sequentia, pupilli vel etiam tutoris, item curatoris, quasi vtriusque appellatione intellexerit Vlp. pupillum & tutorem ipsius & curatorem, ac non potius pupillum & patrem eius. Est igitur hæc etiam adiectio eiusdem, aut saltem æquè inepti interpretis, cuius & alia illa, quas hoc cap. obseruauimus. Nec enim fraus tutoris & curatoris, & fraus pupilli vel minoris duplex fraus est, sed vna tantum, sicut & pupilli, & tutoris, itemque minoris & curatoris vna eademque persona hac in re esse creditur, d. l. aut prator. §. au prator. c. l. 4. §. illa etiam quæst. D. de dol. mal. except. ¶ Sed emendato iam Vlpian. Scæuolam quoque nostrum emendemus in l. pupil. 24. eodem tit. quæ in fraud. cred. ne alioqui reprehendere sit necesse. Tractat ibi de pupillo, qui cum patri heres extitisset, vni creditorum soluerat, mox abstinuerat hereditate paterna, ita ut bona patris vanirent. Et quaeritur, an id quod accepit creditor, reuocandum sit ne aliter posito iure eueniat ut sit hic melioris conditionis quam ceteri creditores contra quos tamen nullum habeat privilegium: an potius distinguendum sit quomodo acceperit ille solutionem, vtrum per gratificationem tutorum an verò suo iure, ut si per gratificationem tutorum acceperit, reuocetur ad eandem portionem quam ceteri creditores fuerint latui, ut hic ceteris creditoribus exaquetur. Si verò iustè exegerit, tanquam qui ceteris diligentior fuit, & interea debitoris bona facta sint deteriora, vel mortalitate animalium, vel furto rerum mobilium, vel casu immobilium, qui tres modi sunt, per quos diminui patrimonium solet, non reuocetur id quod accepit à debitore, quoniam alij creditores negligentia sua acceptum id ferre debent, cum tempore factæ solutionis bona fuerint soluendo, licet postea esse deserint ex supradictis causis. Sed si solutio facta sit eo tempore quo creditoris bona iam in eo erant ut vendi deberent, quod soluendo non essent, subdistinguentur aut Scæuola, an debitor siue pupillus ille sit, eiusve tutor, siue alius quilibet vltro pecuniam obtulerit huic creditori, an creditor extorserit solutionem inuito; Vt si extorserit inuito, reuocetur solutio: si non extorserit, non reuocetur, quia licuerit ei vigilare, ac meliorem facere suam conditionem, l. quod autem 6. §. sciendum. eodem tit. cum ius civile vigilantibus scriptum sit, non dormientibus, aut negligentibus, leg. non enim 16. Digest. ex quibus causis maiores. l. summa 21. Digest. de pecul. ¶ Concludit ergo Scæuola in d. l. pupillus, non reuocari hoc casu solutionem, sed tunc tantum cum extorta est inuito. In quo tamen, si ita est, fatendum erit distentisse Scæuolam ab Vlp. in d. §. sciendum est, & in §. apud Labronem, eiusdem legis, ubi vult Vlp. securum esse creditorem qui suum accepit, non solum si acceperit cogente debitorem præside, qui casus multo minore dubitatione habet, sed etiam si præsidis vel pratoris autoritas nulla interuenit, adeoque tamen si creditor qui accepit solutionem, sciuerit fraudari re vera creditores ceteros, quia iniquum est, inquit Vlp. eum quem præses inuitum ut soluat possit cogere, non soluere impunè: nimirum sit non sit facta solutio eo tempore, quo bona iam sint possessa nomine omnium creditorum. Hunc enim solū casum excipit Vlp. valde differentè ab eo quem tractat Scæuola. Quæstio enim Scæuolæ supponit duntaxat, fuisse bona debitoris, in eo ut vendi deberent iam ipso tempore solutionis, quod non essent soluendo: at non etiā præsupponit quod fuerint iam tū possessa. In qua spe-

cie nullus certè distinctioni locus relinqueretur, quia secundum Vlp. sententiam reuocanda omnimodò esset solutio tanquam facta ex bonis, in quibus iam esset ius pignoris pratorij ceteris omnibus creditoribus acquisitum. Itaque si Vlpia. credimus, cuius opinio haud dubiè probabilior est, distinctio illa non debet adhiberi. An inuito extorta sit solutio, necne, sed tantum, an facta sit ante bona possessa, an post. Quinimò cum inuito extorta est, longè maior ratio suadet ut reuocari non possit, quia fraudis suspicio cadere nulla potest in eum qui inuitus ac cogente pratore soluit. Sed illud me magis mouet, quod nec requirit Scæuola ut extorta sit solutio in fraudem creditorum, id est, per eum qui sciebat futurum ut ceteri creditores ex ea solutione fraudarentur: quæ tamen distinctio prorsus necessaria est, quoties de Pauliana tractatur. ¶ Itaque paulatim venio in eam coniecturam, ut mihi videar. Triboniani magis quam Scæuolæ distinctiones audire. Nam & ei familiarius est distinguere, ac subdistinguere quam Scæuolæ (cuius responsa vnico ut plurimum verbo concluduntur) & quod grauius est, plerumque contra iurisrationem, ac ommissa specie de qua primum proposita quæstio est, aut saltem mutatis personis, & extrinsecus accersitis casibus à proposito penitus alienis, ita vt tandem instituta quæstio indecisa relinquatur. Cuius rei non desunt exempli in tot locis, quos à Triboniano corruptos fuisse scripta nostra testantur. Sed omnium luculentissimum illud est, quod nunc in manibus habemus. Erat enim proposita quæstio de pupillo, qui cum patris heres extitisset, atque vni ex creditoribus soluisset, mox abstinuerat paterna hereditate, deinde patris bona venierant, nec de alio quaerabatur nisi an reuocandum esset quod creditor accepisset. Tribonianus verò dubius quid probare deberet, disputat in vtramque partem, & primum contra creditorem, sed ineptatione, quod melioris conditionis esse non debeat, quam ceteri. Nam imò verò æquum est melioris conditionis eum esse qui fuit diligentior, sibi que vigilauit. ¶ Deinde distinguit an per tutorum gratificationem solutum sit, an verò iustè solutionem exegerit creditor: quasi verò non potuerit vtrumque simul concurrere ut & tutores ei gratificari voluerint, cum possent ceteris creditoribus æquè soluere, & is tamen iustè solutionem exegerit. Nam cum ponamus fuisse illum iustum creditorem (alioqui de reuocatoria tractandum non esset) fieri certè nequit ut non iustè solutionem acceperit. Quo admisso, etiam si ponas solutum ei fuisse per gratificationem tutorum, id est, ut l. C. nostri loqui solent, per gratiam quam habuit apud tutorem non ideo tamen deterioris conditionis esse debet, cum suum acceperit. Tantus siquidem fauor est creditoris suum recipientis, ut etiam si soluerit qui nihil debebat, nihilo magis ab eo repeti quicquam possit, l. repetitio. 44. ff. de cond. indeb. Nisi cum id nominatim lege cautum est, ut in specie l. vlt. §. si vero credutores. C. de iur. delib. Nec rursus potest videri creditor à tutoribus magnum beneficium consecutus, à quibus nihil ille nisi suum accepit & ad cuius exsolutionem inuitos eos cogere potuisset. Nec enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est, inquit eleganter Papin. in l. vnum ex familia. 67. §. 1. de leg. 2. l. si seruo. 84. ff. de hered. inst. Subinde quod est alienius, interfert nouum casum Tribonianus quo res facta sit deterior à tempore solutionis vsque ad tempus postulatæ Paulianæ. Sic enim loquitur Tribonian. de re deteriore facta in numero singulari pro eo quod voluit dicere, bona ipsa facta esse

deteriora, cum tamen nulla posset esse ratio dubitandi eo saltem casu, quo bona erant soluendo tempore solutionis.

CAPVT XV.

Ad l. vlt. §. vlt. eod. tit. quæ in fraud. cred. & ad l. vlt. C. cod.

SUMMARI A.

- 1 An aduersus fraudatorem bonis eius distrahis Pauliana adhuc detur?
- 2 Quibus rationibus motus Mela nullam in fraudatorem actionem dandam putauerit?
- 3 Contraria Venuleij sententia, eiusque ratio.
- 4 Examinatur Cuiacij ad leg. vltim. C. quæ in fraud. credit.
- 5 Intellectus l. si dolo. §. ff. de re iudic.
- 6 Fraudatorem, qui bonis omnibus exutus est ex edicto non nisi in quantum facere potest ex dolo suo teneri.
- 7 Vera & genuina eius legis vlt. explicatio.

Paulianam actionem, de qua superiore capite dicere cepimus, non tantum aduersus eum dari, qui à fraudatore acquisit in fraudem creditorum, id est participato fraudis consilio, sed etiam contra fraudatorem ipsum, nemo hodie dubitat. Sic enim scriptum est in l. 1. §. vlt. & in l. vlt. §. vlt. ff. de que in fraud. cred. Mela tamen quem refert Venuleius in d. §. vlt. in contraria olim erat sententia, ut putaret nullam actionem in fraudatorem dandam esse. ¶ Mouebatur quod nulla in eum actio ex antecesso dari deberet post bonorum venditionem: quodque iniquum esset dari actionem in eum cui bona omnia ablata essent. Præsupponebat enim Mela, quod & verissimum est, annum vtilem, intra quem proponenda est actio Pauliana, computari ex die factæ venditionis bonorum, l. quod autem 6. §. vlt. l. au. Prator. 10 §. annus eod. tit. Ex sanè non videtur posse dari, nisi inutiliter ea actio, quæ datur in egenum & bonis omnibus exutum, l. nam is 6. ff. de dolo, satisque consultum videri potest creditoribus qui sunt fraudati, quod habent actionem reuocatoriam contra eum qui à fraudatore acquisit, quippe qui non possit esse non soluendo, cum ita fiat ut recuperent quicquid dolose ac fraudulenter alienatum fuit. Nam si fraudator quædam ex bonis suis ita disperdidisset ut nulla ratione recuperari possent, puta si in mare pecunias proiecisset, non negabat Mela quin actio in eum nihilominus dari deberet, & quidem in solidum, id est supra etiam quam facere fraudator posset, quia non esset dignus cui faueretur is qui talem fraudem nullâ iuris aut pratoris arte reparabilem commentus fuisset. Sic enim accipio quod scriptum est in d. l. vlt. §. vlt. ubi ob hanc causam malo pro dabitur legere, daretur, ut ab illis verbis, licet Mela vsque ad verbum daretur Mela sententia refertur: quæ in summa illa erat, ut fraudator vel nullo modo teneri deberet, vel in solidum teneretur. ¶ Sed contra concludit Venuleius, dari actionem omnimodò etiam in fraudatorem, quia prator non tam emolumentum actionis inueniri videtur, quod vti que nullum esse potest in eo qui bonis exutus est, quam pœnam id est ut fraudatoris dolus puniatur, hanc pœnam cum mereri, ut quamuis exutus bonis, tamen adhuc teneatur. Esetque aperta ea sententia Venuleij si in illis verbis & prator scriptum esset quomodo scribendum puto, at pro &. Ab illis enim verbis incipit sententia IC. tesellentis opinionem & distinctionem Mela. Ad quid ergo dabitur in egenum & inopem fraudatorem hæc actio?

4 Nempe in quantum is facere possit, vel dolo malo fecerit quominus possit, l. vlt. C. eo. tit. † Cuius sententiam ab interpretibus omnibus & Græcis & Latinis pessimè acceptam, vt Cuiacius bene probat lib. 2. Obl. c. 6. non multò meliùs ab eodem Cuiacio explicatam fuisse ausim dicere. Putat enim si post bonorū vēditionē fraudator aliquid acquisierit, pro modo ei⁹ quod acquisierit, teneri debere. Si verò aliquid fraudationis causa ita dissipauerit, vt nulla ratione recuperari queat, in solidum damnari eum oportere, ex l. si quis dolo. §. i. in pr. ff. de re iudic. in hoc nimirum, vt vel carcere & vinculis coerceatur, à quo scilicet seruari non possit, neque ab vno alio, quod ipse disperdidit. Prima quidem pars distinctionis vera est, sed secunda m. hi probari non potest, qui video supradictam Melę distinctionem neque probari à Venuleio in d. §. vlt. neque conuenire verbis edicti pratoris, ex quibus generaliter & indistinctè datur actio in fraudatorem intra annum in quantum facere potest, vel dolo malo fecit quominus possit, d. l. vlt. C. cod. † Certè non probatur ea pars distinctionis ex d. l. si dolo. quam pro se vir doctissimus adducit. Debet enim lex illa intelligi secundum duas præcedentes de eo qui antequam bonorum venditionem pateretur, priuilegium habebat ne in solidum conueniri posset, sed duntaxat in quantum facere possit, cuiusmodi sunt patronus, donator & similes, qui amittunt priuilegium suum, si quid fecerint dolo malo, quia odium doli fauorem priuilegij excludit. At nos loquimur de actione in solidum dàda post venditionem bonorum, non ante, quæ sicut non potest competere nisi ex die factæ venditionis bonorum, ita nec potest crescere ob dolum qui interuenerit ante venditionem bonorum, sed tantum ob dolum qui postea sit sequutus, id est si fraudator aliquid fecerit dolo malo, quominus facere possit dicit. l. vlt. C. quia videtur posse facere qui fecit quominus possit, sicuti solemus dicere dolum pro possessione esse si quis dolo deserit possidere, l. qui dolo. 121. de R. l. & cum qui potest facere, vt possit iam posse videri. l. qui potest facere. 174. cod. † Ergo indistinctè dicendum est, fraudatorem, qui bonis omnibus extus est, non teneri ex edicto, nisi in quantum facere potest, quamuis ex dolo suo teneatur. Alioqui dicendum esset semper eū teneri in solidum debere, si quod scriptum est in d. l. si quis dolo, ad casum nostrum pertineret, cum nunquā nisi de ratione doli sui teneatur. † Quid igitur est, in quibus, quod potuerit facere tam difficilē sententiam d. l. vlt. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred? Illud nimirum, quod cum priora rescripti verba directa essent ad fraudatorem ipsum qui per solennem acceptilationē premerat obligationem præcedentem in fraudem suorum creditorum, sequentia tamen loquuntur de fraudatore in tertia persona. Sed erit apertissima sententia, si ex seqq. conficiatur maior propositio syllogismi, ex præcedentibus verò minor in hunc modum: Ex pratoris edicto perpetuo datur intra annum actio cōtra fraudatorem in id duntaxat quod facere potest, vel dolo malo fecit quominus possit. At qui tu fraudator es, qui actu solennis acceptilationis perempta obligatione debitorem tuum liberaisti in fraudem creditorum tuorum. Ergo prospicis teneri te ex edicto in quantum duntaxat facere potes, vel dolo malo fecisti quominus possis. Dicat fortasse aliquis, Facta in fraudem acceptilatione videri alienatum id quod recuperari nullo modo possit cum acceptilatio sit vnus ex modis legitimis tollendæ obligationis ipso iure, l. pen ff. de sol. Obligatio autē semel extincta nunquā possit reuiuiscere, l. qui res. 98. §. aream cod. tit. leg. si pro

parte. 10. §. pen. ff. de in rem. vers. & ideo ex sententia saltem Melæ, & Cuiacij qui idem quod Mela sentit, debere hoc casu fraudatorem in solidum condemnari. Sed non ita est, quia imò verò extincta obligatio recuperari potest, non quidem vt ipso iure reuiuiscat, sed quoniam ex edicto restituenda est, ita nimirum vt ex integro noua obligatio contrahatur eiusdem profusus naturæ & conditionis cuius erat prior quæ fuit extincta, l. au. prator. 10. §. si cum mulier. & §. præterea generaliter cum seq. cod. tit. que in fraud. cred. Quid ergo si is qui cōuenitur nolit obligationem restituere, id est iterum se obligare? Hoc enim meri facti est: sapius autem monui, neminem cogi præcisè ad factum: respondeo idem euenturum hoc casu, quod in aliis faciendi obligationibus, vt ista in factum actione condemnari debeat reus, quanti intererit creditorum, vt in l. si quis ab alio 13. §. vlt. ff. de re iudic. l. stipulationes. 72. l. quoties. 81. ff. de verb. oblig.

CAPVT XVI.

Actionem Paulianam neque pignoratitiis creditoribus dari, neque in rem esse.

SVMARIA.

- 1 Respondetur rationi qua, moti Interpretes, hypothecariis creditoribus Paulianam actionem dari irruunt.
- 2 Quenam concurrere oporteat vt creditores Pauliana agere & obtinere possint?
- 3 Tuius libr. 42. ff. enumerantur qui ad creditores chirographarios & personalem duntaxat actionem habentes, non etiam ad hypothecarios pertinent.
- 4 Restitutionem eorum que in fraudem creditorum alienata sunt non debitori sed creditori agenti ex Pauliana actione fieri.
- 5 Quomodo accipiendum sit quod dicitur, rescissa per Paulianam alienatione rem alienatam permae in bonis debitoris esse, ac si alienata non fuisset?
- 6 Missionem in possessionem bonorum, ea quoque bona que iam ante in fraudem creditorum fuerunt alienata comprehendere, aliam verò venditionis bonorum rationem esse.
- 7 Eius diuersitatis ratio redditur.
- 8 Paulianam actionem in personam, non in rem esse.
- 9 Cur Tribonianus eam actionem inter actiones in rem Prætorias enumerauerit?
- 10 Eum qui Pauliana agit non rem petere, sed vt aduersarij persona ad eius restitutionem condemnatur.
- 11 Post condemnationem, rem qua fuerat alienata in bonis debitoris non tamen Pauliane actionis ope semper mansisse videri.
- 12 Quo casu Pauliana actio in rem scripta & arbitraria dici possit?

NON † probo quod recentiores quidam tradiderunt, Paulianam actionem creditoribus quoque hypothecariis dari, Ea sola moti ratione, quod verba edicti loquantur de creditoribus generaliter, quodque actio Pauliana non sit remedium extraordinariū, sed ordinariū. Nam si verum est, vt est, quod passim scriptū legimus in tit. que in fraud. cred. ff. & C. non esse locum Paulianæ nisi fraudari possint re vera creditores, apparet non posse fraudari creditores hypothecarios per alienationem factam à debitore, cum pignoris obligatio rem ipsam sequatur, & quemlibet rei possessorem, nec cum quæstione ac intentione dominij quicquam habeat commune, l. i. l. pignoris. 17. & pass. ff. de pign. l. pign. l. pign. 15. C. cod. Deinde licet Paulianæ actionis remedium sit ordinariū, admixtam tamen

tamen habet fictionem, quia fingit non fuisse alienatam rem quæ verè fuit alienata. Porro fictionibus siue à iure ciuili, siue à pratore inducantur nunquam locus est nisi ex necessitate, cum re ipsa nihil aliud sint quam mendacia. At qui necessitas nulla subest fingēdi rem quæ alienata sint non fuisse alienatam, cum perinde, imò multò facilius etiam præsupposita alienatione possit auocari possessio per hypoth. & quasi Seruianam sine fictione & mendacio, quàm per Paulianam, quoniam hypo. hec actio nascitur ex sola conuentione pignoris, nec aliud probandum habet creditor nisi quod & debitor conuenerit de pignore, & habuerit rem illam in bonis aut ipso conuentionis tempore si specialis conuentio fuit, aut etiam quandoque postea sit generalis bonorum omnium præsentium & futurorum, l. & que nondum. 15. §. quod dicitur. ff. de pign. † At vt possit agere Pauliana & obtinere, non solum hoc ipsū probare debet, quod res alienata in bonis fuerit debitoris, sed illud propterea quod alienata fuerit malo consilio, & animo fraudandi, item quod possessor participauerit fraudem, nisi ex lucratiua causa nactus sit possessionem, quo casu omnimodo tenetur siue sciens fraudem, siue ignorans acquisierit, l. quod autem. 6. §. simili modo ff. que in fraud. credit. Postremò quod re vera, & euentu facta sit, excussis scilicet omnibus facultatibus debitoris bonisque ipsius non tam possessis ex edicto, sed etiam venditis. An non igitur fuisset ridiculus prator si Paulianam actionem proposuisset creditoribus hypothecariis, qui habent suam rem quasi Seruianam? † Denique dubitandum non est quin omnes tituli De cessione bonorum, quibus ex causis in possessionem eatur, De rebus autoritate iudicis possidendis, De priuilegiis creditorum (qui tamen in Pand. & Florent. nullus est separatus) De curatore bonis dando. De separationibus, & nonster ille que in fraud. credit. omnes pertineant ad creditores chirographarios & personalem duntaxat actionem habentes, non etiam ad hypothecarios. De quibus alius tractatus est toto libr. 20. Digestorum. † Sed grauior eorum dem & aliorum error ille est, quod addunt. Ex Pauliana actione restitutionem fieri debere non creditori agenti, sed debitori. Eo argumēto quod restitutionem in pristinum statum fieri oporteat, l. ait prator. 10. §. præterea eodem tit. vt perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset, l. videamus. 38. §. in Fama. ff. de vsur. quasi verò cum Pauliana agitur, cætera omnia sint in eodem statu quantum ad debitorem in omnia erant tempore alienationis. Imò verò vt apparet ex his quæ proximo capite disputauimus, tunc agitur Pauliana cum debitor iam exutus est omnibus facultatibus, cumque ipsius bona ex edicto non solum iam possessa sunt à creditoribus, sed etiam vendita, ac proinde cum ille neque bona vlla habet, neque habere amplius potest, donec dimissis ad vltimum vltimæ quadrantem omnibus creditoribus. Non ergo debet restitutio fieri debitori, præsertim qui facta & dolo suo rem in bonis habere desiit, sed creditoribus qui iam habent ius pignoris prætorij quæ sit in omnibus bonis debitoris, l. non est mirum. 26. §. 1. de pignor. action. † Nec obstat quod rescissa per Paulianam alienatione, res quæ fuerat alienata sit in bonis debitoris ac si alienata non fuisset. Non enim id ita debet accipi quomodo accepisse hi videntur, quasi per reuocatoriā res debeat reponi in dominio & possessione debitoris, quomodo erat priusquam alienaretur, sed vt in eius possessionem missi videantur hoc ipso quod iam ante propositam reuocatoriā missi fuerint in possessione bonorum omnium debitoris, quoniam & idem con-

tigisset si nulla in fraudem facta fuisset alienatio; cum missio in possessionem quæ creditoribus ex edicto datur sit vniuersorum bonorum. l. ff. quib. ex caus. in pess. ear. † In eoque alia causa est missionis in possessionem, alia venditionis bonorum. Nam missio in possessionem comprehendit vniuersa debitoris bona, & consequenter etiam illa quæ iam antè fuerunt in fraudem creditorum alienata, si modò vnquam reuertantur in causam bonorum debitoris: sed venditio bonorum ea tantum potest comprehendere, quæ venditionis tempore in bonis debitoris reperiuntur, non quæ postea per huiusmodi reuocatoriā ad eiusdem debitoris patrimonium reuocantur. Alioqui cum Pauliana non datur, nisi ex die factæ venditionis, vt diximus in superioribus, danda esset non creditoribus, sed emptori. † Et ratio huius diuersitatis est, quod missioni in possessionem causam præbet fauor & utilitas creditorum, qui nullum habentes ius pignoris non possent suum consequi à debitore latitante, vel qui aliter non defenderetur, nisi prætoris autoritate acquireretur ei pignus prætorium in bonis omnibus debitoris. Quæ res facit, vt quoad creditoribus in solidum satisfactum non est, tandiu ea pignoris prætorij constitutio durare debeat, & ad omnia debitoris bona protrahi, quæ vel tunc adhuc habeat, vel iam tum habuisse quandoque retro fingatur. At venditio bonorum non fit nisi eo animo vt ex pretio quod redigetur satisfiat creditoribus, pretium autem ab emptore non offertur, nisi inspecta quantitate, & qualitate bonorū quæ venditionis tempore in patrimonio debitoris reperiuntur, nulla eorum habita ratione quæ postea per Paulianam possunt accedere, cum nec Pauliana competat ante venditionem, sed tantum ex die factæ venditionis: quippe quam sola illa ratio necessitatis inducat, quod prius est vt quid sit mihi obligatum, quàm vt à me pro debito possit eius venditio postulari: prius autem vt sit in bonis mei debitoris, quàm vt mihi obligatum esse possit. † Postremò nec illud ferre possum quod Eguinarius Baro, Iac. Cuiacius & alij perierit; ex recentioribus volunt actionem Paulianam in rem esse. Est enim si qua alia vlla in personam, cum & passim dicatur actio in factum, præsertim in d. l. ait prator. 10. in princ. & §. annu. que in fraud. cred. Quis enim vnquā dixit vel audiit actiones in factum esse in rem, non in personam? Idque probant etiam verba edicti quæ in personam directa sunt, nō in re, vt illa, cum eo qui fraudem non ignorauerit, item illa, sciens te, & rursum quod prator ait, restitues. Nec ad rem pertinet quod per hanc actionem res alienata reuocantur. Perinde namq; cōcluderes actionem ex empto esse in rem, quia per eā cogitur venditor vt rem tradat, itemque actiones depositi, commodati & similes, quoniam in id dantur vt res restituatur: quod tamen fuerit ceterè absurdum dicere, cum sint actiones personales ex quibus persona ipsa condemnatur, non res vlla adiudicatur: idque apertius est cum Pauliana datur pro reuocandis obligationibus & actionibus in fraudem creditorum extinctis. Cum enim non aliter possit fieri ea reuocatio, quàm si nouæ obligationes contrahantur, d. l. ait prator. §. si cum mulier. & §. præterea, apparet nullam superesse rem in quam agi possit, & necessario agendum esse in personam: sicut & cum Pauliana in id datur vt actio aliqua credatur, vt in l. hac in factum. 14. eodem. † Quid ergo tot eruditos viros fallere potuit? Nimirum inciticia Triboniani qui hanc actionem posuit inter cæteras in rem prætorias, quam proculdubio debuit ponere inter personales. Sed Tribonianum ipsum, quem falli non fuit difficile, illud sefellit, quod qui Pauliana

agit nihil aliud contendit, nisi ut rescissa traditione eam rem petat, id est dicat, traditam eam non esse & ob id in bonis debitoris mansisse. Hæc enim Triboniani verba sunt in §.nem si quis Insti. de action. quæ si cum iurisdictione conuenirent, non improbabiler diceremus Paulianam esse in rem. Sunt enim actiones in rem omnes, quibus res ipsa petitur, & vindicatur. Sed neque iuris rationi conueniunt, neque ulli iuris loco. † Qui enim agit Pauliana, non petit rem tanquam si non esset tradita, sed quia per fraudem tradita est, petit ut aduersarij persona condemnetur ad eius restitutionem, quod ipsum fieri non potest nisi per viam actionis personalis, secutaque condemnationis. † Planè post condemnationem cuius potest te rescissa sit alienatio, quæ facta fuerat dolo malo, fateor rem quæ fuerat alienata videri mansisse semper in bonis debitoris, & ob id iure prætorij pignoris vendi posse, sicut & cætera bona omnia debitoris: sed hoc non propter actionem istam Paulianam, at ex eo iure quod fuit quæsitum creditoribus in bonis omnibus debitoris, ex quo die prætor iis permisit missionem in possessionem eorum bonorum. † Planè si quis diceret hanc actionem esse in personam, & scriptam in rem, quod quidam ex recentioribus dixerunt, non repugnarem, scilicet quatenus datur in eum, qui acquisit in fraudem creditorum, & debitoris dolum participat, aut Nā quatenus in fraudatorem ipsum datur, secundum ea quæ disputauimus in præcedentibus, non potest videri scripta esse in rem, cum in neque rem ipsam neque bona vlla habeat, quorum scilicet iam passus sit venditionem. Ad id esse etiam arbitratiam, eo casu quo in rem scripta est, cum datur aduersus acquirentem, quia sicuti non datur aduersus eum ob id solum quod dolum participauerit, sed ob id maxime quod rem ipsam habeat, eiusque restituenda facultatem, ita ut is qui neque possidet, neque dolo malo desit possidere, ista actione non teneatur, argum. l. is qui a debitor. 9. ff. qua in fraud. credit. Ita si iustus restituere non pareat arbitrio, condemnari debet ex æquo, & bono in omne id quod reuera interest creditoris agentis: quæ natura est actionum omnium arbitrariarum, §. præterea Insti. de action.

CAPVT XVII.

De pignore rei alienæ, l. i. in princip. D. de pignor. & confirmata Pauli à Modestino dissentio.

SVMARIA.

- 1 Cur rei alienæ pignus non valeat, venditio valeat?
- 2 Quò pertinet quod dicitur, Ea omnia que emptionem venditionemque recipiunt oppignorationem quoque recipere.
- 3 Cur nemini res sua pignori dari possit?
- 4 Pignus ex mea pecunia liberatum & alteri venditum ac traditum mihi post eam traditionem pignori dari non posse.
- 5 Vtilitatis tantum causa receptum esse ut pignus pignori dari possit.
- 6 Quanam sit huius secundi pignoris utilitas?
- 7 An si is qui rem alienam pignori dedit, postea dominus eius esse cœperit, pignus conualefcatur?
- 8 Paulum à Papiniano in hac questione dissentire videri.
- 9 Vtriusque conciliatio, & intellectus l. rem alienam in princip. 4. ff. de pignorat. act.
- 10 An pignus rei meæ a non domino sine mea voluntate constitutum si heres illi exstitero, conualefcatur.

- 11 Paulum & Modestinum in hac questione dissentisse.
- 12 Ratio dissimilitudinis inter hunc casum, & eum qui nu. 7. proponitur, à Paulo allata.
- 13 Pauli sententia reuocetur & probatur.
- 14 Refertur Alciati Cuiacij & aliorum emendationes & interpretationes ad posteriorem partem d. l. rem alienam, quæ incipit, non est idem dicendum.
- 15 Quid Papinianus in questione ultimo loco propofita respondens fuisse?
- 16 Duplex l. i. in princip. ff. de pignorib. interpretatioreprehenditur.
- 17 Cur non ipso iure, sed vtilitatis tantum causa valeat conuentio, per quam futura bona obligantur?
- 18 An ea conuentio valeat, qua rei alienæ, quam alienam esse scio, pignus a me sub hac conditione constituitur, si quandoque mea fuerit?
- 19 Quid sit in princip. d. l. i. Papiniani sententia?
- 20 A iuris ratione alienum esse quod Iustinianus constituit, ut sub simplici & generali bonorum omnium obligatione futura quoque comprehendantur.

NON est difficilis inuestigatio rationis propter quam rei alienæ pignus non valet, venditio autè valet, l. i. & tot. tit. C. si alien. res pigno. dar. ff. innt. l. rem alienam. 28. ff. de cont. emp. quamuis dici solet omne id quod emptionem venditionemque recipit etiam recipere oppignorationem, l. sed & quod 9. §. i. D. de pignor. Nam cum pignoris conuentio rem ipsam afficiat ideoque pariat actionem in rem. l. pignoris. 18. C. eo. tit. certum est non posse rem affici ab eo qui non sit dominus, vel ob id saltem quod cuius rei quis dominus non est, eius alium esse dominum necesse est, cui porro fieret iniuria, si eo vel inuito, vel ignorante posset alius rem ipsius obligare, quod esset contra regulam iuris naturalis gentium, & ciuilibis, quæ extat in l. ad quod nostram. 11. De reg. iur. At venditio non rem ipsam afficit, quæ venditur, sed personam duntaxat eius qui vendit, ut perinde obligetur ex empto cum vendit rem alienam ac si venderet suam: nec ea venditio impedit dominum, quominus rem suam à non domino venditam euincat d. l. rem alienam. & tot. tit. De cuius. D. & C. quomodo impediret rei alienæ pignus si valeret. Nec enim pignoris vtilitas vlla est si non afficiatur res quæ oppignatur, cum pignori nihil aliud sit quam obligari. Obligatio autem semel contracta non nisi volente eo cuius interest, dissolui potest, neque pignus vel à domino ipso euinci nisi soluto prius omni eo quod debeat. l. si rem. 9. §. omnis. D. de pign. act. † Quod verò dici solet, Ea omnia quæ emptionem venditionemque recipiunt, oppignorationem quoque recipere, eò pertinet ut quod quis emere non posset id neque pignori accipere possit ut scriptum est in l. i. §. eam rem ff. qua res pignor. obligar. possint. Siue quia inutile sit pignus, quod vendi non potest, l. 4. D. de pign. act. leg. mulier. 11. C. de distract. pignor. siue etiam quod ipse creditor pignus emere debeat in vicem extranei emptoris si alius nemo sit, qui emere velit, l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit. Aut potius ita hoc intelligendum est si cætera sint paria, id est si nulla sit ratio diuersitatis propter quam facilius debeat permitti venditio, quæ oppignoratio. † Hinc illud fieri quidam putant, quod vulgo iactatur, Nemini rem suam pignori dari posse, l. neque pignus. 45. de reg. iur. quia cum creditor ipse dominus est rei obligatæ, necesse est debitorem qui pignus dederit, dominum non fuisse, cum duo in solidum doraini eiusdem rei esse non possint, l. de hereditate. 19. §. pater. ff. de castr. pectul. vulg. leg. si vt certo. 5. §. si duobus vehiculum. ff. commod. leg. si inter. 15. ff. de except. rei iud. Sed

Sed si verum amamus, alia iuris huius ratio, & magis propria est quæ facit hoc pignus inutile, nempe quod nemini res sua possit esse obligata, l. penult. ad fin. cod. tit. Nam nec suam rem emere aut conducere quisquā potest, ut scriptum est in d. l. neque pignus, cum tamen eos contractus à domino ut valeant, fieri non sit necesse. † Hinc sanè illud est, quod scribitur in l. 2. D. de pignor. act. si debitor rem à se pignori datam alteri vendiderit, & tradiderit, soluto prius debito, & dimisso priore creditore ex tua pecunia, tibi que cum eo post venditionem conuenierit ut ea ipsa res quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse, neque hanc pignoris conuentionem valere, quia rem alienam pignori acceperis, iam emptoris factam, cui fuerat vendita & tradita antequam de pignore conueniret. Ac quamuis ex tua pecunia pignus liberatum sit, prius tamen fuit ut emptor cœperit illud habere penes se iam immune, liberumque à vinculo pignoris, quam ut tu in eo cœperis posse aliquod ius habere, cum non potuerit tibi obligari nisi sublato vinculo pignoris, quod tamen tolli non potuit, quin hoc ipso res vendita eodem instanti libera constituta, certum est non potuisse rem illam inuito adeoque ignorante nouo domino, alij rursus obligari: similis Vlpiani ratiocinatio est in l. si ergo. 9. §. si res. D. de iur. dot. † Atqui, iniquies, pignus pignori dari potest, l. i. & 2. C. si pign. pignori dar. sit. Ergo & res aliena cum creditor neque pignoris dominus sit, neque fieri possit quin hoc ipso ius pignoris confusione & consolidatione extingatur d. l. pen. §. i. de except. rei iudic. Verum respondeo, vtilitatis tantum causa receptum hoc esse, ut pignus pignori dari possit, data scilicet per prætorem vtili actione vel exceptione ei cui tale datum fuerit pignus, d. l. i. & 2. alio tit. l. grege. 13. §. cum pignori. D. de pignor. sed rationem iuris refragari, eam videlicet quam nunc tractamus, quod pignus non aliter valeat quam si sit in dominio debitoris, dominium autem per contractum pignoris numquam transferatur in creditorem, l. cum & sortis. 35. §. i. de pign. act. Qui autem dominus non est, sicuti rem ita vendere non potest ut emptorem faciat dominum, ita neque alteri præbere potest iustam causam alienandi, ne plus iuris in alium transferat quam ipse habeat, inutile porro pignus est quod creditor non potest ita vendere, ut dominium transferat in emptorem, d. l. mulier. Neque verò alia de causa sit ut creditor qui dominus non est, faciat tamen emptorem dominum, quam quia vendit ex domini voluntate, §. i. Insti. quib. alien. licet. vel non. Placuit tamen ex æquitate huiusmodi pignus defendi, quasi is qui rem sibi ab vno obligatam alij dat pignori, hoc tantum agat, ut suo creditore obliget ius illud ipsum pignoris quod habet in re aliena. † Et in eo vtilitas est huius secundi pignoris, quod sequens creditor habet vtilem actionem vel exceptionem ad retinendum pignus, quando ius durat primi creditoris, ut pluribus explicat Marcianus in d. §. cum pignori. l. & imperator. in d. l. i. C. si pign. pigno. dar. sit. † Quid ergo si quis rem alienam pignori dederit, deinde eius rei dominus esse cœperit? Pignus quidem neque ipso iure valebit, neque directo conualefcatur, verum tamen dabitur vtilis actio creditori, cum eo tempore quo actio illa vtilis exercetur, nihil iam impediat quominus valeat pignus, nec possit obicere fuisse ab initio illud inutile cum ipse dederit. † Atque ita Paulus respondet in l. rem alienam. 41. D. de pign. act. Neque distinguit an creditor qui rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit, aut ignorauerit: in quo tamen aliud videtur fuisse iudicium Papiniani in l. i. in princip. ff. de pignor. vbi ait receptam quidem esse conuentionem generalem in pignore dando bonorum etiam postea quasitorum, id est receptam fuisse ut non tantum bona præsentia pignori dari possint, sed etiam futura, idque contra strictam iuris rationem, quoniam quisquis futura bona obligat utique dat pignori rem quæ eo tempore sit aliena, sed tamen si in specie rei alienæ collata sit conuentio, id est, si specialiter & expressim pignus constitutum sit in ea re quæ tum aliena fuerit, ac postmodum debitori aliquo iure acquisita, quæ res nullo modo fuerit tibi debita creditori oppigneranti (nam in re aliena quidem, sed tamen iam tunc debita dicendum aliud esset propter spem probabilem iam natam futuræ acquisitionis) ait Papinianus difficilius esset ut creditori qui non ignorauit alienam esse, vtilis actio dari debeat, sed faciliorem fore possidenti retentionem. Quibus verbis licet minus aperte sententiam suam exponere Papinianus videatur, dubitandum tamen non est quin affirmet, concludatque, sed modeste, ut Iureconsulti solent in re dubia, huic creditori, si quidem possideat, dandam esse retentionem pignoris: sed si non possideat, denegandam ei actionem etiam vtilem, quia sibi debet imputare qui sciens pignori acceperit rem alienam, nec potest videri ab alio deceptus, qui seipsum decepit, l. nam si actor. 2. 9. ff. de rei iudic. Denique hoc casu locum habet iuris regula, quæ vult, Expressa nocere, quæ non expressa non nocent. † Igitur ne cogamur dicere Paulum à Papiniano in hoc quoque ut & in aliis multis dissentisse, fatendum est intelligi Paulum debere secundum distinctionem Papiniani, hoc est, de eo casu quo vel data sit pignori res aliena quidem, sed iam debita debitori oppigneranti, vel fuerit oppignerata ignorantia creditori. † Difficilior est alia questio quam subiungit Paulus in d. l. rem alienam. si Titio qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, heres exstitero, an pignus conualefcatur? Nam ex vna parte videtur ea ratio tacere ut conualefcatur, quod in hac specie idem contingit quod in præcedente, ut idem sit & debitor, & dominus pignoris eo tempore quo agitur, non minus quam si debitor qui rem meam pignori dedisset, heres mihi exstiteret, quo tamen casu iam diximus ex eiusdem Pauli sententia futurum ut creditori vtilis actio pignoratitia, id est de pignore quam hypothecariam vocamus, danda esset. † Et ita hac specie respondit Modestinus in l. si Titio. 22. D. de pign. pignus quidem directo non conualefcatur, sed tamen vtilem pignoratitiam creditori dandam esse. Verum longè aliter Paulus noster in d. l. rem alienam, vbi concludit pignoris persecutionem non esse hoc casu concedendam creditori, & aliud dicendum esse in hac specie, aliud verò in superiore. † Adfertque rationem hanc dissimilitudinis, quod non sufficiat ad inducendam vtilem pignoratitiam actionem, ut idem sit dominus & pecuniæ debitor: quasi dicat illud etiā omnimodo requiri, ut conuenierit ipse de pignore, cum sola pignoris conuentio illa sit, quæ pignoratitiam, siue directam, siue vtilem inducere potest. Porro cum ego Titio, heres exstiteri qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, sum quidem debitor ex persona Titij, & dominus ex mea propria, sed non idcirco possum videri pepigisse de pignore, ideoque nulla ratio est cur contra me danda sit pignoratitia, non magis quam contra quelibet aliū, qui vel debitor tantum esset & possessor, non dominus, vel dominus tantum & possessor, non debitor. At in superiore casu is qui rem alienam pignori dedit, postea eiusdem rei dominus esse cœpit, cum ipse conuenierit de pignore, & ex suo

mendacio arguatur, cum dederit pignori rem tanquam suam, quae erat aliena, proculdubio improbe resilitit quominus teneatur vtili saltem actione, quia in eius persona concurrunt haec tria, Quod sit debitor, Quod sit dominus, &, Quod conuenerit ipse de pignore. Nisi forte quis putet debere meliorem esse illius conditionem ob id solum quod mentitus fuerit dando pignori rem alienam pro sua, quod tamen absurdum sane esset. † Et haec Pauli sententia mihi certe probabilior videtur, vt mirum sit ab interpretibus nostris nullam in contrarium rationem esse, adferentibus Modestini opinionem magis probari. Nec enim dubito, quin Paulus & Modestinus in hac quaestione vltro dissenserint, ita vt conciliationis ratio adferri nulla possit. † Na quod Alciatus scripsit li. 7. *cap. 14.* legendum esse apud Paulum, *num est idem dicendum?* per interrogationem pro eo quod in omnibus libris vulgo legitur, *non est idem dicendum*, prorsus improbabile est, cum sequentia ostendat non dubitasse Paulum quin hoc posteriore casu aliud dicendum esset quam in priore. Illud vero etiam improbabilius est quod Cuiacius scripsit lib. 19. obser. cap. 26. & a plerisque probatur sic intelligendum esse Paulum, vt directam actionem deneget creditori non vtili, cum tota ea lege Paulus non nisi de vtili loquatur, & in versic. *neque* rationem illam disertè afferat, per quam probet, ne quidem vtili in posteriore casu dandam esse. Nec me mouet quod in versic. vlt. idem Paulus concedit vtili actionem. Refertur enim ille versiculus ad priorem casum legis iuxta id quod explicauimus. Nec vllus iuris locus est, praeterquam in *d. l. si Titio*, qui vtili actionem in hac posteriore specie accomodat creditori. Nam quod scriptum est in *l. cum res. 5. C. si alien. res pignor. dat. sit.* non ad hanc speciem pertinet, sed ad priorem, cum is ipse qui dedit pignori rem alienam, dominus eiusdem esse cepit. † Caeterum quid Papinianus in hac specie responsurus fuerit, conici facile potest ex *dict. l. 1. ff. de pignor.* Nam si difficile putauit dari actionem vtili creditori in ea specie in qua non dubitauit Paulus quin danda esset (quamuis debeat Paulus intelligi secundum Papiniani distinctionem, vt diximus) multo magis respondisset Papinianus cum Paulo, non esse dandam vtili pignoratitiam actionem creditori in eo casu in quo Paulus praecise concludit esse deneandam. † Nec tamen possum praetermittere, eam quoque Papiniani sententiam quae extat in *d. l. 1. in princip.* male vulgo accipi ab interpretibus nostris existimantibus id velle Papinianum, vt in generali obligatione bonorum etiam futura comprehendantur. Non enim potuit Papinianus id sentire quod multis postea saeculis contra iuris veteris rationem primus Iustinianus introduxit in *l. vlt. C. quae res pignor. oblig. poss.* At neque aliorum interpretationem probare possum, qui volunt posse res quoque omnino alienas obligari generali pignoris conuentione, tanquam sub illa conditione, si nostrae futurae sint. Quamuis enim ponas generaliter conuenisse, inter debitorem & creditorem, vt bona debitoris praesentia & futura essent obligata, id est quae tum haberet, habiturusque esset (quae vulgaris erat formula, *leg. & quae nondum.* 15. §. *quod dicitur. cod. tit.*) non ideo tamen facies vt quicquam ex alienis bonis vlllo modo possit dici obligatum, id est ne quidem sub conditione, exemplo eius quod Pomponius scribit in *l. commodissime. 10. D. de liber. & posthum.* quamuis in specie valde dissimili, filium qui a patre institutus est in vnum casum, videtur praeteritum in casum contrarium, tanquam qui non

possit dici institutus, ne quidem sub conditione. Nam bona quae conuentionis tempore aliena sunt, nullo modo possunt dici obligata, id est, nec pure nec sub conditione: vbi vero sunt acquisita, eo demum instanti incipiunt obligata esse, quia iam propria sunt, non aliena. † Quid ergo est, inquires, quod facit vt non valeat ipso iure conuentione per quam bona futura obligantur, ita vt eam vtilitatis causa recipi fuerit necesse: nempe hoc vnum, quod conuentione pignoris sola illa est quae obligationem potest constituere, & quae rem afficit, quam porro afficere non potest, si eo tempore quo fit conuentione, res non reperiatur in dominio debitoris. Nec enim potestas conuentionis manere potest in suspensio, sed necesse omnino est conuentionis potestate rem affici & obligari, vel eo instanti quo fit conuentione, vel nunquam. Aliaque longè ratio est conuentionum quae non rem ipsam afficiunt, sed personam. † Quare nec aliud erit si conuenierit inter nos vt fundus Cornelianus, quem sciamus ad Sæpronium pertinere, tibi esset obligatus, sub ea nominatim conditione, Si quandoque meus foret. Quin potius dicendum esset, ni fallor, huiusmodi conuentionem nec valere ipso iure, nec vtilitatis causa & ex aequitate defendi debere, secundum sententiam Papiniani saltem ad producendam actionem, tanquam quae esset collata in speciem rei alienae, vt Papinianus noster loquitur, id est, tanquam quae esset facta specialiter, de re aliena. Quid enim referre potest an rem alienam pure dem pignori, an sub conditione: Nam licet dici soleat, conditionem quae tandem extitit, retrahi debere ad tempus initae conuentionis, *l. pignor. 11. ff. qui potior. in pign. hab.* non potest tamen ea res facere vtili pignoris rei alienae conuentionem, imò tanto magis inutilem, quod ex eo fit vt res aliena pure pignori data ex postfacto inueniatur. Siquidem non sicut existens conditio retrahitur, vt cum interpretibus loquamur, ita etiam facit vt bona longo fortassis tempore post conuentionem acquisita, iam ipso conuentionis instanti in debitoris dominio fuisse retrofingantur, quia scilicet non sub conditione acquisita proponuntur, sed sub conditione obligata. Non potest igitur obligatio per retrofessionem conualescere, quia illud prius esse deberet, quod non est, vt in ipsa bonorum acquisitione retrofessio induceretur. † Id ergo tantum sibi vult Papinianus quod nos dicimus, Obligationem bonorum futurorum, si generalis, non specialis conuentione de pignore facta sit, non quidem valere summo iure propter eam rationem quam attulimus, sed receptam tamen esse vtilitatis causa quod ad publicam vtilitatem maximè pertineat, vt oppignerandi facultas ampliatur, & debitorum commodo qui facilius creditores idè inuenturi sunt, & creditorum, vt iis tanto magis cautum esse possit. † Ex quo apparet quam longè à iuris nostri ratione abhorreat, quod Iustinianus constituit in *d. l. vlti. C. quae res pignor. oblig. poss.* vt obligatione simplici & generali bonorum omnium etiam futura comprehendantur. Quid enim potuit constitui improbabilius, quam vt pro facto haberetur tacite, id quod etiam expressim & disertis factum ipso tamen iure non valeret, nec nisi ex aequitate data, scilicet vtili vel actione, vel exceptione defenderetur? Directa siquidem non potest competere ex ea conuentione quae ipso iure nullius sit momenti, *l. grege. 13. §. cum pignori. cod. tit. ff. de pignor.* quod in proposita quaestione de generali futurorum quoque bonorum, siue expressa, siue tacita obligatione, nemo fortasse adhuc obseruauerit, & tamen ex supradicto Papiniani loco non malè probatur.

Adtit. De oper. libert. varia obseruata & emendata. Et ad tit. Quarum rerum actio non detur.

SVMARIA.

- 1 Operas vt manumissionis tantum causa, ita statim & in continenti post manumissionem promissas vel impositas demum valere.
- 2 Operas artificiales extraneo solui, non autem promitti posse.
- 3 Cur operis patrono manumissionis causa promissis necessaria sit Praetoris iuris?
- 4 An seruus dumtaxat an liber patrono in his quae libertatis causa imponuntur ex iurcurando obligetur?
- 5 Sensus l. vlt. ff. de liberal. cau.
- 6 Donelli ad eandem legem interpretatio refellitur.
- 7 Versic. & siue statim, §. iurare. l. 7. ff. de oper. libert. Triboniani vel interpretis additamentum esse.
- 8 Versiculus ille Vlpiano adtribuitur quomodo accipi possit?
- 9 Iurandum de operis patrono prestandis, modo ea in ipso manumissionis actu libertatis causa imposita sint, etiam ex interuallo prestari posse.
- 10 Examinatur quod in d. l. 7. §. 1. Vlpianus scribit, parui referre quam ob causam libertus de operis iurauerit.
- 11 An locus ille de eo intelligi possit qui libertatem & legatum sub praestandarum operarum conditione accepit?
- 12 Alius eiusdem loci intellectus.
- 13 Casus de quo ille §. probabilius intelligi posse videtur.
- 14 Non praestationem mercedis siue pecunia pro operis, sed obligationem dumtaxat iure prohibitam esse.
- 15 Obligationem operarum vel pecunia alternatiue valere.
- 16 Sensus §. vltim. leg. patronus 25. ff. de oper. libert.
- 17 Patronum per legem Aeliam Sentiam mercedem, non item operarum pretium capere prohiberi.
- 18 Mercedis & pretij nomine quid veniat?
- 19 Summa & interpretatio d. §. 1. l. 7. de oper. libert. repetitur.
- 20 Nec mercedem nec aliud quicquam operarum nomine liberto impositum tanquam quod libertatem oneret, exigi posse.
- 21 Quando oneranda libertatis causa operis imposita dicantur?
- 22 Emendatur dictio, praestationem, in l. quod nisi 20. ff. de oper. libert.
- 23 Libertum si habeat unde se alat suo sumptu operas praestare debere, si non habeat, danda ei a patrono alimenta esse.
- 24 Libertum, si non habeat unde se alat, ab operarum praestatione ipso iure liberatum esse.
- 25 Explicatur definitio eorum quae oneranda libertatis causa facta dicuntur, ab Vlpiano tradita.
- 26 Aliud esse peti quid posse per patronum si libertus eum offenderit, aliud vero deberi patrono sub illa conditione, si eum libertus offenderit.
- 27 Explicatur §. in summa l. 1. ff. quat. rer. act. non det.
- 28 Examinatur & excutitur versic. sed si post interualum d. §. in summa.
- 29 Libertatis causa promissum vel impositum quid dicatur?

- 30 Homini libero permittum non esse de libertate sua disponere, vel eam onerare.
- 31 Ea quae ex interuallo oneranda libertatis causa liberto imposita sunt nec civili nec praetorio iure valere.
- 32 Quae in continenti oneranda libertatis causa imposita sunt non ipso iure sed opposita exceptione irrita fieri.
- 33 Aliud esse ius agendi, aliud ius exigendi.
- 34 Cur exceptio superiore casu necessaria sit?
- 35 In iis quae ex interuallo libertatis causa imponuntur non distinguuntur libertatem onerandi, nec ne.
- 36 Examinantur illa dict. §. verba, tamen causa cognita, si liquidò apparet.
- 37 Ratio propter quam ea quae libertatis oneranda causa imposita sunt exigi non possunt.
- 38 Quae libertatis licet non oneranda causa in continenti per vim & metum imposita sunt per Praetorem rata non haberi.
- 39 D. §. in summa Versiculus, sed si post interuallum, Triboniani esse.
- 40 Casus quo libertus vltro promittendo aut iurando de operis quae inuito eo non possent imponi, conditionem suam deteriorem facere potest.
- 41 Aliud esse, obligare se, aliud vero pati se obligari.
- 42 Libertum, cui fideicommissaria libertas ab herede praestatur, si sciat se operas recusare posse, eandem donationis causa heredi manumissionem se promittere posse.
- 43 Ex interuallo vero siue fideicommissariam siue detestam libertatem accipiat, operas promittere ipso iure non posse.
- 44 Societatem inter patronum & libertum libertatis causa contractam ipso iure nihil valere.
- 45 Duplex huius iuris ratio redditur.
- 46 An ceteri contractus bona fidei inter patronum & libertum libertatis causa inuito ipso iure non valeant?

Quemadmodum † operas liberto impositas ita demum tuetur praetor, si libertatis, & manumissionis causa impositae sint, ita nec aliter habet eas pro impositis causa manumissionis, quam si sint impositae statim, & incontinenti post manumissionem, siue per stipulationem, *l. vlt.* in illis verbis, *dummodo in continenti cum manumissus est, aut iuraret, aut promitteret.* ff. de liber. cau. Nam quae ex interuallo post manumissionem promittuntur, iam non possunt dici manumissionis causa promissae, quantumlibet praetextus manumissionis pro causa quaeratur, illa enim verba *manumissionis causa*, non tam id significant vt manumissionem praecessisse sufficiat ad hoc ne, operarum obligatio sine causa facta esse videatur, quam hoc potius vt ex demum operae debeantur, sine quibus libertas data non fuisset, *l. in liberto. 77. ff. de solui.* Propter quae causam non tam promitti quam imponi dicuntur, *l. 2. l. operis. 31. & pass. ff. de oper. libert. l. qui ex causa. 29. ff. de bon. libert.* Quod ipsum imponendi verbum significat aperte, huiusmodi operarum debito libertatis onus irrogari. Onus enim est quod imponatur, id est quod supra ponitur ita vt grauet. Ac proinde fieri nullo modo potest vt homini iam facto libero imponatur operae ex interuallo, ne quidem per manumissionem, cum neque in personam ipsius manumissi, qui iam liber est, quicquam iuris habeat, neque possit dicere & causari non aliter se libertatem daturum fuisse, quam vltro dederit nulla praecedente, aut statim subsequente operarum promissione. Quod tertè diuersum est cum statim & incontinenti post manumissionem operae imponitur, aut promittuntur. Solemus enim dice-

re ea quæ incontinenti sunt, inesse videri, *L. iuris gen-
tium. 7. §. 1. quini mo ff. de pact. l. lecta. 40. ff. de reb. credit.*
 2 † Ex quo apparet quàm falsum sit quod Hugo Do-
nellus tradit in lib. 2. Comment. de iur. ciuil. operarum
artificialium promissionem etiam extraneo factam
valere. Et si enim verum est posse id genus operarum
extraneo quoque solui, *oper. 9. ff. de oper. libert.* longè
tamen aliud est, esse quid in obligatione & petitione,
aliud verò in solutione tantùm & præstatione, *l. 1. ff.
de pen. legat. l. cum sine 19. l. si penum. 24. ff. quando dies le-
gat. ced. l. si quis stipularus. 57. ff. de solut.* Et verò quomo-
do possunt operæ utiliter promitti extraneo, id est ei
qui nunquam manumisit, cum nec ipsi manumissori
3 ex interuallo promitti possint? † Eademq; ratio facit,
vt tum etiam cum patrono promissa sunt, siue iure-
iurando, siue stipulatione interueniente, siue sic dicta
manumissioni lege, necessaria tamen sit tuitio præto-
ris, quia iuris ciuilis ratio non patitur vt libertati vl-
lum onus imponatur, aut vt liber homo debeat ope-
ras, quippe quarum debitum non patrimonij onus
sit, sed persona. Si enim proponeres debitum esse pec-
uniarium, & certæ quantitatis pecuniæ, quàm seruus
ad consequendam libertatem promississet, libertate
autem iam accepta, hunc ipsum seruum eandem pec-
uniam patrono, quamuis longo post interuallo pro-
mississe, non dubitarem quin ex ista stipulatione obli-
gatio iusta ciuiliſque nasceretur, quod probatur non
4 malè ex *l. eleganter. 7. §. seruus. ff. de dolo. & ex l. 3. C. an
seruus ex suo fact. post manum. teneat.* † Vtique ad e-
dem verum est homini libero imponi operas nisi lib-
ertatis causa non posse, vt Venuleius referat in *d. l.
vlt. D. de liber. caus.* dubitatur antea fuisse, vt rum ser-
uus duntaxat, an liber iureiurando patrono obligaretur
in his quæ libertatis causa imponuntur (sic enim
lego, *liber iureiurando*, non vt vulgo *libertus*, vt osten-
dunt sequentia illa, *tamen verius est non aliter quàm li-
berum obligari*) quia licet certissimi iuris semper fuerit
seruum quandiu seruus manet, obligari ciuilitè non
posse, *l. nec seruus. 41. ff. de pecul.* tolerabilius tamen vi-
deri poterat vt libertatis consequendæ causa seruus
obligaretur, quàm vt ex eo tempore quo iam liber fa-
ctus esset, eius libertati aliquod onus imponeretur.
Verius tamen esse ait Iurisconsultus, vt non aliter
quàm liber hic obligetur, quamuis moris esset vt ab
eo adhuc in seruitute constituto iusiurandum de ope-
ris post manumissionem promittendis exigeretur. I-
deo namque ita fieri solebat, vt serui religione adstri-
cti postquam suæ potestatis esse cœpissent, iurandi
5 necessitatem haberent. † Cæterùm siue seruus ante
manumissionem iurauerit se post manumissionem de
operis iuraturum, aut eas per stipulationem promissu-
rum, siue non iurauerit ita demum iurando, vel pro-
mittendo obligabitur, si incontinenti post manumif-
sionem iurauerit, aut promiserit. Qui certè sensus est
6 dict. *leg. vlt.* † non is quem Donellus docet dict. *libr. 2.
Comment. de iur. ciuil. cap. 8.* vt non aliter quidem cogat-
ur iurare libertus, aut operas promittere, quàm si in
continenti post manumissionem id fecerit, sed tamen
siue promiserit, siue iurauerit ex interuallo, nihilomi-
nùs obligetur: illa namque taxatio & limitatio dum-
modo incontinenti cum manumissus est, aut iuraret aut
promitteret, non est referenda ad id quod proximè
præcedit, *iurandi necessitatem haberent*, sed ad prio-
rem illam clausulam, *non aliter quàm liberum obli-
gari.* Alioqui religio illa quæ ex iureiurando in ser-
uitute præstito proficiscitur, non minùs obligaret
seruum, vt post manumissionem etiam ex interuallo
iuraret, quàm vt statim, & incontinenti, si non ratio

iuris etiam prætorij oblatet, quæ non patitur vt li-
bertatis iam purè data ex postfacto oneretur. † Do-
nellus sefellit virum sanè doctum, elegantem, nec
inargutum, quod ex Vlpiano scriptum est in *l. vt iuri-
suarandi. 7. §. iurare ff. de oper. libert.* iurare liberum de-
bere post manumissionem, vt obligetur, siue statim, siue
post tempus iurauerit, obligari. Sed nihil apertius
est meo iudicio, quàm totum illum versiculum aut
Triboniani esse, aut imperiti alicuius interpretis, potius
quàm Vlpiani, siue inspicias quæ præcedunt, siue
quæ sequuntur. Nam in præcedentibus iam hoc ipsum
expresserat Vlpianus, & quidem multo elegantius, vt
iurisuarandi obligatio contrahatur, liberum esse oportere
eum, qui iuret. Quid enim aliud illud est, quàm
iurare debere post manumissionem, antè quam scilicet
nec liber, nec libertus est? Rursus initium sequen-
tis §. iisdem ipsis verbis conceptum *iurare autem debet*,
an non ostendit manifestè Vlpianum cuius mira fuit
in scribendo elegancia, tam insulsè & inconcinne lo-
cutum non fuisse? Accedit, quod proximè Vlpianus
eum casum tractauerat, quo non poterat fieri, quin
post manumissionem iuraretur, de illo videlicet testa-
tore qui liberto suo aliquid legauerat sub ea condi-
tione, si filio suo iurasset se operarum nomine decem
præstaturum. Quid enim iam libertus erat mortuo te-
statore, siue inter viuos, siue ex eodem testamento li-
bertatem ab eo accepisset quomodo poterat non post
manumissionem iurare? Quamquam nec de villo actu
manumissionis tractari potest, cum quis manumitti-
tur testamento, quia sit eiusmodi manumissio sola le-
gis potestate. † Quòd si pertinacius velis contendere
versiculum hunc esse Vlpiani, dicam cum Accursio &
Bartolo sic accipi debere vt obligetur libertus, siue
iuret in actu ipso manumissionis, siue postea, dummo-
dò statim, id est non longo spatio temporis interiecto
vt quod lex ait *post tempus*, de breui tempore intelli-
gatur. Nam & quod tempus sit, dicitur incontinenti
fieri si non multum temporis intercessit, vt in *l. 1. §.
item si ita. D. ad leg. Falcid. l. quod dicimus. 10. §. de solut.
quod Græci dicunt ἐπὶ ἀτάξει. l. pen. D. de condit. iuric.
l. ratum. 13. ff. de solut. l. si arbiter. 28. ff. de probat. l. quo enim
12. ff. de ac. rem. haber.* † Possit etiam locus ille sic accipi,
vt valeat iusiurandum siue incontinenti, siue ex inter-
uallo adhibitum de præstandis operis dummodò fue-
rint illæ impositæ à patrono libertatis causa & in ipso
actu manumissionis. Et si enim hoc casu non est ne-
cessarium iusiurandum vt ex edicto iudicium opera-
rum dari debeat patrono qui non aliter fuerat manu-
missurus, nihil tamen prohibet adici iusiurandum li-
berti, vt ea obligatio iureiurando quoque confirmetur.
Denique parum refert quonam tempore de ope-
ris iusiurandum, aut promissio interponatur, dummo-
dò ex operæ libertatis causa impositæ sint, id est eo
tempore quo libertas data fuit, & sine quibus data
non fuisset. † At difficilius illud est quod in eadem
lege Vlpianus ex Celso scribit parui referre quam ob
causam de operis libertus iurauerit. Id enim pugnare
videtur cum eo quod proximè dictum est vt iurifi-
urandi obligatio contrahatur, non modò liberum esse
eum qui iurat, sed etiam libertatis causa iurari o-
portere: nisi dicamus cum Bartolo sufficere vt causa
libertatis sit causa remota, nec requiri vt sit proxima
dum ne sit etiam nimis remota. Sed tamen non expli-
cat Bartolus qua ratione in specie proposita possit li-
bertatis causa vlla interuenire, siue proxima, siue re-
mota, cum lex ponat legatum fuisse liberto si iurauerit
se filio patroni operarum nomine decem præstitu-
rum. Sic enim fit vt solū legatum, non item libertas o-
perarum

peram debito causam dare videatur, nisi ponas de
coliberto id intelligendum esse qui eodem testamen-
to & libertatem acceperit, & cum libertate legatum
sub ea præstandarum operarum conditione. Hic enim
sicut non potest accepta libertate quæ ipsi quoque
inuito competit, repudiare legatum quod adnexum
habet onus operarum, ita videtur operas promittere
non solum ex causa legari, sed etiam propter liberta-
tè, quam vtique credibile est non fuisse daturum
dominum, nisi ea lege operarum filio præstandarum:
11 *arg. l. 5. §. 1. de leg. 1.* † Quod si ponas Vlpianum de eo
liberto tractare qui libertatem inter viuos acceperit,
distingueda est obligatio operarum ab obligatione
pecuniæ operarum nomine præstandæ. Facilius enim
est obligari libertum ad præstandam pecuniam quam-
uis operarum nomine, accepto scilicet in eam rem, &
sub ea conditione legato, quàm ad præstandas operas,
quia non sicut operarum, ita & pecuniæ pro operis
præstandæ onus afficit personam, nisi libertatis ip-
sius infringit. Et alias plerumque alia causa est opera-
rum, alia pecuniæ pro operis promissæ, *l. quia alie 12. l. si
ita 39. D. de oper. libert.* † Puto tamen probabilius
dici posse intelligendum Vlpianum de illo casu, quo
aliquid liberto legatum sit sub illa conditione, si iura-
uerit se decem filio operarum nomine præstiturum. o-
neretur, scilicet iam antea & suo tempore ritè rectè-
perarum, id est libertatis causa impositarum. Id enim pro-
bat quod sequitur *de operis*, alioqui nec pecuniæ pro o-
peris promissa deberetur si nullæ dum operæ deberen-
14 tur, *arg. d. l. si ita.* † Alia tamen etiam ratio suadere vi-
debatur ne hoc iusiurandum valeret tanquam inter-
positum onerandæ libertatis causa. Tunc enim onerari
libertas dicitur cum non solæ operæ promittuntur,
sed præter operas aliquid quod faciat, ne sola ope-
rarum præstatione libertus possit liberari *l. vlt. §. vlt.
D. qui & a quib. manumiss.* Sed in promptu responsio
est, non esse prohibitam præstationem mercedis pro
operis, sed tantùm obligationem, id est, non prohiberi
patronum quominus mercedem accipiat pro operis, si
libertus velit, & vltro pecuniam offerat quod fortè id
sibi commodius esse arbitretur, *d. l. vlt. §. non prohiben-
15 tur.* † Quemadmodum nec prohibita est obligatio o-
perarum vel pecuniæ alternativè, quia cum illo casu
electio sit debitoris ex *reg. l. plerumque 10. §. vlt. D. de iur.
re dot.* perinde liberatur libertus operarum præstatio-
ne, ac si solas operas promississet meliorem gaudens con-
ditione in eo quod electionem habet, *d. l. vlt. §. is qui
16 operas l. 6. §. 1. D. de iur. patron.* † In eamque rem textus
est perelegans in *l. patronus 25. §. vltim. D. de oper. libert.*
vt scribit Iulianus, nonnunquam ipsis libertis postu-
lantibus patronos operas locare. Ita enim pretium
magis operarum, quàm mercedem eos capere existi-
mandos esse. Sensus est, prohiberi patronum capere
mercedem, at non etiam prohiberi capere mercedem
operarum. In quo etiam Donellus errat, qui ista non
distinguit: † Prohibetur patronus per legem Æliam
17 Sentiam capere mercedem, quia tunc libertas onera-
tur, non item cum operarum pretium accipitur. Hoc
ipsum verò cur ita? annon & merces & pretium in pe-
cunia consistit? an non etiam potest fieri vt conueni-
rit de mercede quæ sit minor iusto pretio? Sic est: † sed
mercedem eam intelligimus quæ sub prætextu & no-
mine operarum tunc etiam exigitur, cum alioqui o-
peræ ipsæ aut exigi, aut præstari non possunt, puta nõ
indigente iis patrono, vel non valente illas præstare li-
berty. Quod cum euenit, quantumcunque illud sit,
quod ita exigitur, fatendum est onerari libertatem. At
non similiter cum pretium percipitur, quando non

prius de operarum pretio quærendum est, quàm sint
illæ in rerum natura, siquidem eius rei quæ non est
nec pretium vllum esse potest. Atqui non sunt operæ
in re, um natura priusquam aut præstitæ sint, aut earum
dies præterierit in quo præstari debuerunt, *dict. l.
opera 9. cod. l. 1. De oper. seruor.* Rursus nec earum dies
præterit antequam cedere incipiat, nec denique cedere
priusquam indicatæ sint, *l. si quis hac lege 13 §. iudicium.
De oper. libert.* scilicet quod ad officiales quæ quoniam
patrono vt patrono debentur, non solum magis pro-
priè, sed etiam absolute operæ dici solent, *l. cum patro-
nus 22. in princip. l. quoniam 24. in fin. C. pass. eodem tit.* Por-
rò cum operæ ipsæ petuntur, & indicuntur, iam non
merces earum nomine exigitur, sed tamen non prohibetur
patronus quominus postulanti liberto, vt liceat
sibi pecuniam pro operis dare, consentiat, quamquam
nec consentire cogitur si operas malit habere quàm
pecuniam. Itaque hoc casu non solum non oneratur
libertas, sed etiam leuatur. † Ergo vt redeamus ad
Vlpian. in *dict. l. vt iurisuarandi.* Si quis liberto suo fun-
dum legauerit sub ea conditione, si iurauerit se filio
patroni operarum nomine decem daturum, operarum,
inquam, vt supra interpretati sumus, iam libertatis
causa rectè impositarum (supponendi enim sunt ter-
mini habiles, vt vulgò nostri iactitant) obligabitur
libertus non quidem vt iuret si legatum repudiare
sponte ad implendam conditionem relicti legati, at-
que ita legatum consequatur, est quod sibi potius quàm
patrono imputet cur in eam præstandæ pecuniæ ne-
cessitatem semet vltro coniecerit. Proinde quamuis
non nisi libertatis causa imponi possint operæ, ideo-
que quoties de iis imponendis siue per stipulationem,
siue per iusiurandum cauetur, & multum interfit
quam ob causam de imponendis illis aut iuretur, aut
promittatur, attamen ex quo impositæ sunt, & qui-
dem ita vt libertas contra leges onerata non sit, par-
ui refert quam ob causam iuretur ratione operarum,
id est de pecunia pro operis præstanda: nimirum an
ex testamento, & legati consequendi gratia, an alia ra-
tione. Sensus est iam non illud requiri vt iuretur vel
promittatur libertatis causa, cum non de imponen-
dis operis agatur, sed de impositis æstimandis, aut a-
liter atque aliter præstandis. Illud tamen semper re-
quirimus vt vltro ac sponte libertus aut pecuniam,
aut iusiurandum de pecunia pro operis præstanda
offerat, quod maius aliquod commodum sibi compa-
ret, vt in proposita specie, ne alioqui dum libertus in
hoc prospicere volumus ne libertas eius oneretur,
eidem noceamus vt conditionem suam meliorem
facere prohibeatur. Et hæc interpretatio mihi longè
conuenientior videtur, quàm quæ à nobis supra
ex Bartolo allata fuit. † Non solum autem merces
sub prætextu & nomine operarum liberto imposita
exigi non potest, tanquam quæ libertatem oneret,
sed nec aliud quicquam eorum omnium, quæ liber-
tis onerandæ causa imposita dici possunt, *l. 1. §. si ma-
numisso. C. §. que oneranda. D. quar. rer. act. non dat.* Nam
cum libertus ille sit qui ex iusta seruitute manumif-
sus est, & per manumissionem plenissimam li-
bertatem consecutus (de illis enim libertis loqui-
mur, qui olim plenam & perfectam libertatem, id est
cum libertate ciuitatem Romanam consequen-
tur, quales libertinos omnes esse tandem Iustinianus
voluit) quis ferat hominis libertatem eo prætextu o-
nerari quod impositum sit onus libertatis causa? Fe-
cit quidem fauor libertatis vt habenda fuerit ratio, &
adprobanda obligatio impositorum libertatis causa,
FFF 2

vt tanto faciliores fierent domini ad dandam libertatem pro qua vicissim aliquid reciperent, ne alioqui carere dominus & seruo, & ea re quam in serui locum habere voluisset, *leg. 2. §. vltim. eodem tit.* Sed cum eo colore passim abuterentur patroni ad grauissima quæque onera libertati imponenda, æquum fuit prospici à prætoribus, vt eorum persecutio coarcteretur, proposito in eam rem edicto, vt ait *leg. 2. De oper. libert.*

21 † Onerandæ autem libertatis causa impositæ operæ intelliguntur, non modò cum pro operis mercedem patronus stipulatur, vt proximè explicauimus, sed tunc etiam cum ita impositæ sunt, vt libertus se alat *leg. imponi 33. cod.* nimirum si alere se libertus non possit: Alioqui suo victu vestituque operas libertum debere placuit: aut certè ita exigendæ sint operæ vt his quoque diebus quibus operas edat, satis temporis habeat ad quæstum faciendum vnde ali possit, *leg. si no vi. 18. & seq. cod.* † Ita nisi fiat, prætor debet patrono denegare ipsam operarum petitionem. Sic enim malo legere quàm præstationem, in *leg. quod nisi 20. eodem.* vbi rationem perelegantem Paulus reddit: quia vnusquisque quod spondit suo impendio, dare debet, quandiu id quod debet in rerum natura est. † Probat enim hæc ratio vtrumque, id est, & sumptu suo libertum operas præstare debere, si habeat vnde se alat, & contra, si non habeat, danda ei esse à patrono alimenta. Ratiocinatio hæc est: Quòd operæ patrono deberi prius nequeant, quàm sint in natura. Prius autem in natura non sunt, quàm vel præstitæ sint, vel præterierit dies quo præstari debuerunt. Porro præstari nec debent nec possunt nisi ab eo liberto, qui viuat: Rursum nec viuere is potest sine alimentis. Ergo à primo ad vltimum, vt dicunt Logici, non potest videri libertus debitor esse operarum, ex quo incipit non habere vnde se alat, quia ex eo tempore verum est non solum in rerum natura non esse rem quæ debeat, id est operas, sed nec esse posse nisi patronus ipse alimenta subministrat. Ex qua ratione tanto magis apparet verum esse quod dicimus in d.l. *quod nisi* legendum esse *petitionem non præstationem.* Ea namque ratio probat denegandam esse à prætoribus non præstationem operarum, quæ per ipsam rerum naturam fieri nequeat rei in natura non existentis, sed petitionem, quæ alioqui summo iure concedenda videbatur, propter contractam ab initio inutiliter obligationem.

24 † Itaque hoc casu non est liberti necessaria exceptio. *Quod onerandæ libertatis causa,* cum sit tutus ipso iure, tanquam liberatus hoc ipso, quòd res debita desit esse in rerum natura, citra ipsius debitoris moram aut culpam, *leg. si ex legati 23. ff. de verb. obligat.* † Bellissime autem, inquit Vlpianus in *dict. l. 1. §. quæ onerandæ ff. quar. rer. act. non det.* onerandæ libertatis causa facta sic definiuntur, quæ ita imponuntur, vt si patronus libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactiois ei subiectus, propter quem metum quiduis sustineat patrono præcipiente. Quod tamen non ita accipiendum est quomodo accipit Donellus, quasi necesse sit fieri promissionem sub illa conditione, *si patronus libertus offenderit.* Nam & idem est si patronus stipulatus sit, sine conditione, adiectis tamen fortasse verbis illis, *cum volam,* aut aliis similibus. Toties enim onerandæ libertatis causa videtur pecunia promitti quoties sua sponte, id est, liberaliter dominus manumissit, & propterea tantum vult libertum promittere pecuniam aut aliud quilibet, non vt exigat à liberto, sed vt libertus eum timeat, & obtemperet ei *dict. l. 2. in fin.* † Et verò alium est peti quid posse per patronum, si libertus eum offende-

rit, aliud autem deberi patrono sub illa conditione, si eum libertus offenderit. Petere namque patronus potest quicquid ei promissum est siue pure, siue cum adiectione, *quando volam,* aut *quoties volam,* imò & multò facilius quàm si promissum esset sub illa conditione, *si patronus libertus offenderit.* Vt enim quod ita promissum esset, exigere posset, offensionem factam probari oporteret, *leg. cum quidam. 24. leg. cur. pater. 77. §. rogo filie. 25. in fin. de leg. 2.* At cum nulla conditio adiecta est, sufficit quòd patronus offensus se putet, idque nimirum est quod efficit, vt metui exactiois semper subiectus sit libertus. Exactiois inquam, siue iustæ, siue iniustæ. Minus enim ei succurrendum esset si non nisi iustam exactioem vereri posset, quod eueniret, si exactiois causam illud vnus præberet, quod patronus reuera offenderet. † Sequitur apud Vlpianum in *dict. §. quæ onerandæ, in summa si quid incontinenti impositum sit liberti quòd* *id est imminens oneret libertatem, dicendum est id exceptioem locum facere.* Quid autem est cuius exactio magis imminet, quàm quod pure promissum est, aut cuius exigendi facultas patroni arbitrio relicta proponatur? † Planè non possumus intelligere quid illud sit quod ex eodem Vlpiano subicitur, *sed si post interuallum, habet quidem dubitationem, quia nemo cum cogebat promittere, sed idem erit probandum & hic. Tamen causa cogita si liquido appareat libertum metu solo vel nimia patrono reuerentia non se subiecisse, vt vel peccati quadam stipulatione se subiceret.* Facit verò mihi dubitationem illud primum, quod lex ait, *si quid impositum liberti sit ex interuallo quod oneret eius libertatem, habere dubitationem.* Neque enim reperio dubitasse vnquam prædices, An quid vel minimum possit imponi liberto post manumissionem. Id enim pro explorato & omnes & semper habuerunt, liberti cum re vera liberi sit, nihil prorsus imponi posse, non magis quàm ingenuo, nisi libertatis causa. Nec rursus aliud quicquam libertatis causa impositum videri posse, quàm quod in ipso actu manumissionis, aut saltem incontinenti post manumissionem impositum probetur. *dict. leg. 2. dict. leg. vt iurifurandi. 7. d. leg. operis 31. dict. leg. qui libertum. 37. & pass. Digest. de oper. libert. dict. leg. vltim. Digest. de liber. caus.* † Libertatis enim causa promissum intelligitur illud solum, vt iam dixi, cuius contemplatione, & eius consequendi spe dominus libertatem seruo dederit quam aliter non fuerat daturus, non autem id omne quod præstitæ iam, & competentis libertatis intuitu, ac pro eius veluti quadam remuneratione libertus patrono quandocumque promiserit. Vnde & ista tanquam contraria & pugnantia opponuntur, in *leg. si vero. 64. §. 1. & seq. ff. solut. matrimon. imponi quid liberti libertatis causa, & imponi post manumissionem.* Itaque ratio illa dubitandi quæ apud Vlpianum sic exprimitur, *quia nemo cogebat cum promittere,* ridicula est. † Quia verò liberum sit homini libero vt quando & quomodo velit, oneret suam libertatem, dum ne id faciat per vim aut metum. Imò verò permissum nemini est vt de libertate sua disponat, quippe quam non à seipso habeat, sed à natura ipsa, vel à republica, ex quo tempore non modò inter liberos homines, sed etiam inter ciues numerari cœpit. Id enim est quod sæpius dicere solemus, Nec eum quidem qui sui iuris sit, tamen sui ipsius dominum esse: quod vtiq; esset necesse vt ipsam de seipso disponendi haberet facultatem, *leg. liber homo. 13. Digest. ad leg. Aquil. leg. nec si volens. 6. leg. liberos. 79. Cod. de liber. caus.* Neque sanè magis permissum potest homini libero, vt libertatem suam oneret,

ret, quàm vt se redigat in plenam seruitutem. Vtrumque enim, quomquam non eundem effectum, tamen eandem causam habet, ac ex eodem iuris fonte profisciscitur. † Fallum igitur est quod apud Vlpianum sequitur, *sed idem erit probandum & hic.* Nam quod liberti impositum est ex interuallo ad onerandam eius libertatem, nullo modo valet, ac pro non imposito habendum est, ita vt neque vlla eo nomine actio competat ipso iure. Neque iure ciuili quod adeò impensè libertati fauet, vt nec de iis quæ libertatis causa imposita sunt, si oneret libertatem, puta de operis, actionem vllam accomodet, *l. 4. D. si à parent. quis manum. sit.* Neque iure prætorio, quia licet ex solo edicto prætoris competat persecutio non tantum operarum, sed etiam cæterorum libertatis causa impositorum, non alias tamen impositiones tuetur prætor, quàm quæ factæ sint libertatis causa. In quo genere iam diximus non posse censeri ea quæ ex interuallo imposita sunt, quatumcunque libertatis iam præstitæ color quærat. † At quod incontinenti impositum est onerandæ libertatis causa, licet æquè per prætorem ratum non habeatur, non tamen ipso iure irritum constituitur, sed opposita exceptione, de qua in *dict. ver. in summa.* Sicque accipiendum est quod Vlpianus ait in *d. §. quæ onerandæ* ea quæ patronus à liberto stipulatus est onerandæ libertatis causa exigere illum non posse. † Aliud enim est exigendi ius, aliud agendi. Agere nihil aliud est quàm actionem exercere, siue talis illa sit, quæ possit elidi per exceptionem, siue nulla exceptione summoueat. At exigere cum effectu, id est sine metu aut periculo exceptionis, *leg. si iocer. 44. in fin. D. solut. matrimon. leg. successores. 16. Cod. ad leg. faicid.*

34 † Cur autem hoc casu sit necessaria exceptio, si quærat, ratio illa est, quia cum patronus petit id quod in ipso actu manumissionis, aut quod effectu idem est incontinenti, post manumissionem libertatis causa impositum fuit, hæc et pro se prætoris edictum, ex eoque fundatam intentionem, quam elidere non aliter possit libertus, quàm si probet onerandæ libertatis causa impositum id fuisse. In eam verò rem exceptio nis vsus necessarius est, quoniam vtrum libertatem quid oneret, necne, in facto non in iure consistit, cum pendeat ex animo patroni imponentis, & liberti se subiicientis. Itaque quamuis ita essent concepta edicti verba, vt ipso iure irrita essent omnia quæcumque libertatis onerandæ causa imposita probarentur, non posset tamen liberti consuli ipso iure, id est denegata patrono actione sed tantum per exceptionem, quia facti quæstio relinquatur semper, & locus distinctioni. An libertatem oneret id, quod impositum fuit, an non. † Quæ distinctio non adhibetur in iis quæ liberti imposita sunt ex interuallo, quippe quæ sicuti non possunt imposita videri causa libertatis, ita nec debent, quin onerent libertatem. Proinde sublata facti quæstione, sola iuris ratio quæ semper certa est, relinquatur, quæ pati non potest, vt de eo, quod nullo iure promissum fuit, aliqua actio accomodetur.

35 † Illud verò multo falsius est, quod lex ait idem probandum esse in iis quæ ex interuallo, & in iis quæ incontinenti imposita sunt, cum illa adiectione quæ sequitur, *tamen causa cogita si liquido appareat.* Hæc enim adiectio facit vt effectu ipso perinde sit ac si e contrario scriptum esset, aliud hæc probandum esse. Sensus enim est, Si libertus probare liquido non possit se metu solo, vel nimia reuerentia coactum ea promississe quæ ex interuallo imposita sunt, non debere illum recusare quominus ea præstet, quæ vltro & nemine cogente promiserit, quamuis eiusmodi illa

sint quæ onerent libertatem. Atqui in iis quæ libertatis onerandæ causa incontinenti imponuntur, longè aliud obseruatur. Placet enim nullo modo exigere posse, tametsi non probet libertus à se extortam fuisse promissionem per vim, & metum. Sufficit namque vt appareat non tam concedendæ quæ onerandæ libertatis causa impositione factam fuisse. † Et certè quod dicimus, Ea quæ libertatis onerandæ causa imposita sunt, exigere non posse, non eam rationem habet quòd per vim & metum extorta videantur (quod tamen supra dicta verba innuere videntur, quorum occasione solent nostri tam multa hæc cogere de metu reuerentiali), sed illam potius, quòd si eorum impositio valeret, perpetuo metui subiectus esset libertus, & nihil non faceret præcipiente patrono, ne quid à se durius exigeretur: *d. §. quæ onerandæ. & d. l. 2. in fin. cod. tit. 1.* † Nam quæ per vim & metum imposita essent, licet incontinenti & libertatis causa, tamen rata per prætoribus non haberentur, etiam si essent eiusmodi quæ libertatem alioqui oneratura non essent, ex generali regula, *l. si mulier. 21. §. 1. & tot. tu. Quod met. caus.* in eoque plus potest metus prærens, de quo in illa parte edicti De restitutionibus in integrum, quàm futurus, de quo in *d. §. quæ onerandæ.* † Ergo vt tandem dicam quod sentio, apparet ex superioribus, ni fallor, nihil in tota illa sententia esse Vlpiani, ac proinde cum nihil etiam sit quod imperito interpret. adscribere possis, consequens fieri vt soli Triboniano totum id tribuendum videatur. Quod vt sentiam, mouent me præterea verba illa parum elegantia, *ita se subiecisse, vt vel poenali quadam stipulatione se subiceret.* Tribonianum decepit proculdubio, quod Vlpianus de iis tantum locutus fuerat quæ liberti imposita essent incontinenti, quasi de aliis quæ ex interuallo promitterentur dubitari minùs posset, quin valere deberent, quamuis libertas ex iis oneraretur? Ratione illa quam Tribonianus expressit, quòd libertus vt ea promitteret à nemine cogebatur. Quomodo idem Tribonianus sub Iustiniani nomine validam facit intercessionem mulieris quæ facta sit ex interuallo biennij à die primæ intercessionis in *l. si mulier. 22. C. ad SC. Velleian.* contra quàm iure veteri obtinuit, *l. doli. 19. §. diuersim. D. de nouat.* Atqui prorsus contrario proposito de promissis incontinenti duntaxat egerat Vlpianus, non alia de causa, quàm quia de impositis ex interuallo dubitari nullo modo posset, quin indistinctè non deberentur, tanquàm quæ libertatis causa imposita dici non possent, et si maximè vltro, nullòque metu cogente promissa & imposita probarentur. Nec proinde iam dubito quin verum sit quod supra monui eiusdem Triboniani esse totum illum vericulum *iurare autem debet post manumissionem, vt obligetur, & siue statim siue post tempus iurauerit, obligatur in l. vt iurifurandi. 7. §. 1. de oper. libert.* Pendet enim id ex eodem illo errore Triboniani, quòd existimauit facilius libertum obligari, si ex interuallo, quàm si incontinenti vel promitteret quidpiam vel iuraret. Ad eò verò etiam est, quod toties inculcate cogimur, fuisse illum in iuris nostri principiis malæ versatum. † Vnus tantum casus est, quo permittitur liberti, vt vltro promittendo aut iurando De operis, quæ inuito eo non possent imponi, conditionem suam faciat deteriore. Is est in *l. Campanus. 47. cod. tit. D. oper. libert.* vbi scriptum est non debere prætoribus pati donum, munus, operas imponi ei qui ex fideicommissi causa manumittitur, *d. l. vt iurifurandi. 7. §. rescriptum. leg. si quis hac. 13. §. 1. eod. l. qui ex causa. 29. de bon. liber. nec si is qui fideicommissariam libertatem dedit, ea lege dederit, vt operæ promitterentur, quia non po-*

cuit iuri publico derogare. *l. C. de legem. 42. D. de opali-
bert. Sed si cum sciret libertus posse se id recusare, o-
bligari passus est, id est, imponi operas sibi ab herede
ex fideicommissi causa manumittente, & hanc ma-
41 numissioni legem dicente († aliud enim est se obli-
gare, aliud pati se obligari, licet utrumque hoc loco e-
iusdem sit effectus, vnde petendus est sensus eorum
verborum *Obligatusve erit, d. l. qui libertus 37. eod.*)
non inhibendam operarum persecutionem, quia do-
nasse videtur. An quia ex causa donationis possit li-
bertus etiam ex interuallo operas promittere? Mini-
mè. Neque verò ad hunc casum lex pertinet, quæ de
illo liberto nominatim tractat, vt diximus, non qui se
obligauerit, sed qui tantum se obligari passus sit per
legem manumissioni dictam ab ipso manuillore. At-
qui non potuit ea lex manumissioni dici nisi in ipso
actu manumissionis. Lex enim contractus illa dicitur,
42 quæ dat formam contractui, eique inest, *leg. 1. §. si
conuenerit. D. de p. l. gem. C. de pact. †* Igitur vt maxi-
mè verum sit quod diximus, nihil interesse an liber-
tus se obliget, an ab alio se obligari patiat, nihil tam-
en aliud inferre possis, nisi quod facile admitto, va-
litorum promissionem operarum tanquam ex causa
donationis factam si eo tempore facta proponeretur,
quo sciens & volens libertus pati poterat se obligari,
hoc est, in ipso actu manumittendi, aut incontinenti
post manumissionem. Quo tempore defenditur do-
natio singulari quodam iure, quia quod placet, eum
cui libertas fideicommissaria praestatur, inuitum non
cogi operas promittere, nec aliud quicquam liberta-
tis causa, non idè sit, quòd ea ratione libertas o-
neretur, alioqui nec eiusmodi promissio utilis & efficax
esset, accepta directa libertate, quod falsum est, sed
quia ingens illud libertatis beneficium non ab eo ac-
cipit qui ex causa fideicommissi libertatem praestat,
sed ab eo qui fideicommissum dedit. Caterum si
vsque ad eò gratum se velit exhibere, vt ei quoque à
quo nihil re vera accipit, beneficij partem aliquam
acceptam ferre gestiat, non est prohibendus, quem-
admodum & si talis manumissor sit cui operæ debe-
rentur, etiam si à defuncto facta manumissio esset,
puta filius eius qui fideicommissariam libertatem ad-
scripsit, operæ imponi iure possunt, vt in elegati casu
d. l. qui ex causa. 29. §. 1. D. de bon. libert. Denique in li-
berti potestate esse debet vt eandem facere possit
conditionem sui manumissoris, licet fideicommissari-
43 j, quam facere possit, imò verò quæ inuito etiam eo
fieri possit si directam libertatem accepisset. † At vt
ex interuallo promittat operas aliudve quidpiam
quod non possit libertatem non onerare, siue directo
eam, siue per fideicommissum acceperit, in eius pote-
44 state esse nec potest, nec debet. † Illud quoque expli-
candum superest, quam rationem habeat quod scrip-
tum est in *l. Labeo. 36. D. eod. & in d. l. 1. §. si libertatis. D.
quar. rer. act. non det.* societatem inter patronum & li-
bertum, quamuis libertatis causa contractam ipso iure
nihil valere. Ac in promptu quidem est, dicere ideo
non valere quod fieri nequeat vt non oneret libertatem,
quandoquidem inter socios non modo bono-
rū omniū cōmunicatio fit *l. 1. §. 1. D. pro socio*, sed multis
quoque praestationib. inuicè socij obligantur, praeser-
tim vero ad hoc ne quid alterutrius dolo malo fiat,
cuius tamè vel sola allegatio liberti est interdicta, *l.
parens. 5. §. vl. & legib. seq. D. de obseq. prest.* Sed praecipua
dubitatio in eo est, Cur ipso iure nō valeat hæc socie-
tas, vt ex Labeone loquitur Vlpianus in *d. l. Labeo*, id
est vt idè ille explicat in *d. §. si libertatis*, cur ipso iure
cetus sit libertus aduersus exactionem patroni, nec ei*

fit necessaria exceptio Quod libertatis oneranda cau-
sa factum sit, quam diximus esse necessariam, quoties
de eo agitur, quod oneranda libertatis causa imposi-
tū fuit. † Duplex tamen iuris huius ratio videtur red-
di posse: vna, quod tūc demum necessaria sit exceptio
cū facti quaestio est, an libertatis oneranda causa fue-
rit impositum id quod libertatis gratia impositum es-
se constat. Nam cūm patronus habeat pro se regulam
iuris, & formam edicti, liberti incumbit onus proban-
di onerata eiusmodi impositione libertatem. Id e-
nim cūm facti sit, regulariter non praesumitur, nisi p-
betur. At in proposito casu nullus huic distinctioni
locus relinquitur, quia fieri nullo modo potest vt non
oneretur libertas eius qui cum patrono coierit socie-
tatem, vt iam diximus, sicut conueniret si quid ex inter-
uallo, tamen si libertatis causa, promitteretur. Cūm i-
gitur neque facti quaestio vlla subesse possit, neq; di-
stinctio adhiberi an libertatis oneranda causa necne
societas coita sit, Iuris autem certissimi ratio faciat, vt
ea quæ oneranda libertatis causa etiam incontinenti
imposita sunt, nullo modo debeantur, necessariò con-
sequens est societatem istam quantumlibet initam li-
bertatis causa inter patronum & libertum, ipso iure
non valere. Alia ratio esse potest, quòd societatis iudi-
cium sit bonæ fidei, cui proinde ipso iure inest excep-
tio, non tantum doli, sed etiam alia quælibet, quæ sit
subsidiaria exceptionis doli, puta in factum, *l. huiusmo-
di 84. §. qui seruauit de leg. 1. unet. l. non debet 11. in fin. ff. de
dolo*, cuiusmodi sanè illa est, Quod oneranda libertatis
causa factum sit. Non enim dolo carere potest patro-
nus, cūm id agit vt sui liberti oneret libertatē, ac mul-
to magis cūm agit ex ea liberti promissione aut iure-
iurando, *arg. l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. except.* Nec dubi-
tandum est, quin aut doli exceptio accommodari de-
beret liberti, aut saltem in factum adiecta doli men-
tione, si patroni reuerentia pateretur: quæ porò face-
re minime potest, vt non effectu ipso æquè succurren-
dum sit liberti, ac si exceptionem doli habere posset.
Neque verò patroni existimatio villo modo læditur ita
constituito iure, vt societas inter patronum, & li-
bertum coita ipso iure nullius sit momenti. Et si enim
id sit eadem pro: sus ratione, qua fieret si doli exceptio
locum haberet, sufficit tamen quòd doli mentio nul-
la fiat. † An ergo idem dicemus in ceteris contractib.
bonæ fidei, vt ipso iure non valeant? nec enim doli ex-
ceptiones iis minus insunt, quam iudicio societatis.
Sed non puto. Valent enim proculdubio nec solum si
libertatis causa & in ipso actu manumissionis, aut in-
continenti postea initi sint, quod minorem habet du-
bitationem, sed nec si ex interuallo, quia non perinde
vt societas onerant libertatem, cūm temporis tra-
ctum non habeant, vnoque instanti suam exerant po-
testatem.

CAPVT XIX.

De operarum editione, æstimatione, &
indictione.

S V M M A R I A.

- 1 Libertum ad operarum promissarum vel impositarum
praestationem præcisè cogi non posse, sed æstimationis
praestatione liberari.
- 2 Quomodo operæ æstimandæ sint si eas libertus præstare
noluit?
- 3 Emendatur *l. medicus 26. in prin. ff. de oper. liber.*
- 4 Cur ad operas præcisè edendas libertus non cogatur, sed
earum æstimatione solui a liberari?

5 Præst-

- 5 Præterita die quæ opera præstari debuit operam præteri-
tam amplius præstari non posse sed ad eius æstimatio-
nem denuncendum.
- 6 Libertum tamen consensu patroni hodiernam operam
pro hesternâ præstando liberari.
- 7 Eum qui insulam facere promissit tempore faciendi præ-
terito, quandiu lis cum eo non est contestata posse si-
cientem liberari.
- 8 Operarum obligationem diuisionem non recipere.
- 9 Plures operas pluribus personis ab vno liberti præstan-
das non in partes, sed numero diuidi.
- 10 Partem operæ, quæ officium diuinum est, per horas solui
non posse.
- 11 Liberto qui sex horis antemeridianis præsto fuerit, si
non toto die præsto fuerit liberationem eius temporis
qui præsto fuerit non contingere.
- 12 Respondetur ad *l. si quando. ff. de oper. liber. & La-
beonis ac Pomponij cum Vlpiani, Papiniani, Celsi &
aliorum sententia conciliatur. & m. 16. (esse.*
- 13 Dictionem operas in *d. l. in singulari numero legendam*
- 14 Operas vel ad causam indictionis vel ad causam ex-
actionis deberi.
- 15 Differentia inter officiales & artificiales operas.
- 17 Duplicem esse operarum petitionem, vnam iudicialem,
alteram extraiudicialem.
- 18 Cur futurarum operarum obligatio & petitio nullam æ-
stimationis rationem habeat, ad præteritarum verò æ-
stimationem necessario denuncendum sit?
- 19 Operam futuram in diuina, præteritam verò diui-
duam esse.
- 20 Excutitur & examinatur versic. quòd si vnam §. o-
perarum. *l. in stipulationib. 57. de verb. oblig.*
- 21 Varia ad eum locum coniectura afferuntur & simul
reselluntur.
- 22 An versiculus illo de operæ præterita intelligendus sit?
- 23 Tertium illum versiculum Triboniani esse.

Quod † in ceteris faciendi obligationibus euenit,
vt debitor non ad factum præcisè cogatur, sed
praestatione eius quod interest, liberetur, *l. si quis ab alio
10. §. vl. ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72.
vers. Celsus. l. quoties quis 81. D. de verb. obli. idem contin-
git in debito operarum à liberti promissarum, aut e-
tiam eis impositarum, vt eas sibi à patrono indictas
præstare cogendus præcisè non sit, sed præstando earum
æstimationem acquirit sibi liberationem inuito
etiam patrono, *l. medicus 26. §. 1. ff. de oper. liber.* Nam &
operæ in actu factæque consistunt, *l. 1. ff. de oper. seruor.*
cūm nihil aliud sint, quàm diuinum officium, *l. 1. ff.
de oper. liber.* & cūm idè receptum sit, ne quis ad fa-
ctum præcisè cogi possit, quòd ea res fieri non posset
sine vi & impressione quæ directò infringeret ius na-
turalis, ciuilibusque libertatis: æquum fuit non deterio-
rem hac in re constitui liberti conditionem, quàm ce-
terorum hominum liberorum, cūm ipse quoque liber
sit. † At quoniam æstimatio facti, id est eius quod fie-
ri debuit, nec factum est, nihil aliud est, quam id ipsum
quod interest stipulatoris, *d. l. si quis ab alio §. vl. & d.
l. quoties*, dubitatio illa plerumque occurrit, Si liber-
tus indictas sibi operas præstare nolit, quomodo sint
æstimandæ, vt in specie *d. l. medicus*. Placet autem id
ipsum seruandum esse, quod in ceteris causis seruatur,
vt non debeat spectari quantum interfit actoris extra
rem, sed quantum circa rem, *l. vl. ff. de peric. & commo.
rei vindic. l. si sterilis 21. §. cūm per venditorem. ff. de actio.
empt. l. si is cui 71. in fin. ff. de furt.* Itaque si medicus pa-
tronus, cuius liberti quoque medicinam faciebant, iis
prohibuerit ne facerent, ratus fortasse ita futurum vt
haberet multo plures sibi imperantes, alias verò iis*

operas indixerit, liberales quidem, ne causari possent
se non debere, sed quas tamen præstare ipsi noluerunt.
Responsum est tantum æstimandas esse operas, quantum
ex illorum operis fructus, nō quantum ex incommo-
do dando illis, quòd medicinam facere prohiberentur,
commodi patronus effectus confecturus, *d. l. medi-
cus*, † in cuius inuicio apertum est malè ac vitiosè ad-
ditam esse dictionem *libertus*, cūm species illa sit de me-
dico patrono qui libertos etiam habebat medicinam
facientes, non de liberto. Itaque vel delenda est ea di-
ctio, legendumque simpliciter *medicus*, vel emendan-
da vt pro *libertus* reponamus *patronus*. † Alia tamen
ratio etiam adferri potest, quæ ad liberti operas spe-
cialius pertineat, & quæ faciat vt non ad operas eden-
das præcisè libertus teneatur, sed earum æstimatione
soluta liberetur: scilicet quia operæ nihil aliud sunt
quàm diuinum officium, id est, eius diei in quem
inducuntur: *d. l. 1. de oper. liber.* eaque rerum omnium
quæ in diem certum debentur, condicio sit, vt ante per-
actum diem peti nequeant, *l. qui hoc anno 42. de verber.
oblig. excepto singulari casu, l. liber homo 18. §. decem ho-
die. D. eod.* † Porò postquàm præteritus est dies, & cōse-
quenter præterita opera, dari iam amplius nō potest,
l. si quando §. in princip. ff. de oper. liber. id est, nec si li-
bertus velit, quoniam alia esset opera, & alia res quæ
quæ deberetur, *arguunt. l. quia alia 12. eodem.* cūm si-
cut dies quilibet ab alio differt numero, ita & vnus
dici operam ab alterius diei opera differre sit necesse:
Atqui nemo dixerit liberari debere libertum, ob hoc
solum quòd operam præteritam & hoc ipso debitam
soluere amplius non possit, quandoquidem tanto ma-
gis eum teneri æquum est, quoniam per eum factum
est, vt frustra dies præterierit quo soluere operam de-
buit, vt que iam solui ea non possit, (alioqui siue per
eum non stetisset, pata quòd esset valetudine aut quæ
alia iusta de causa impeditus, siue per patronū ipsum
stetisset, omnino libertus liberaretur, *leg. libertus 15. in
princip. l. ha opera 23. §. si patroni. D. eodem.*) Illud igitur
necessariò euenire oportet, vt præterito die quo edi
opera debuit, ad præstandam operæ æstimationem
decurrendum sit, idque inuito non solum liberti, sed
etiam patrono, quia mora debitoris sua die non sol-
uentis, facere non potest vt debitor eo magis oblige-
tur ad aliam rem præstandam quæ nunquam fuerit in
obligatione. Proinde cogitur patronus eam ipsam o-
peram petere quæ iam præterita est, & quæ amplius
dari nequit, quoniam sola illa debetur, solæque in ob-
ligatione est, & tamen pecuniam operæque æstima-
tionem etiam inuito à liberti accipere compellitur,
ne alioqui nihil omnino superfit quod ei solui possit.
† Planè si patronus & libertus consentiant, vt pro he-
sterna opera crastina præstetur, continget liberatio. At
non tanquam soluta ea ipsa opera quæ debebatur (id
enim non magis est in eorum potestate quàm facere
vt dies hesternus sit crastinus,) sed eo iure quo placet e-
tiam aliam rem pro alia volenti creditori solui posse,
ex eaque solutione ipso etiam iure acquiri liberatio-
nem, *l. si non sortem 26. §. si centum, D. de conduct. in diem.
l. manifeste 17. C. de solut.* † Ceterarū rerū, quæ in facto
cōsistunt, diuersa ab operis ratio est. Nam si insulam
facere promiseris, licet trāsierit tēpus, quo potueris,
& debueris facere, ita vt exinde liceat mihi contra te
agere in id quod interest mea, *l. si ita stipulatu 14. &
seq. D. de verb. oblig.* imò verò ex multorum prudentum
sententia statim atque mora cōperit fieri insula ta-
briandæ, *d. l. stipulationes 72. §. vltim. eod.* tamen placet,
quamdiu litem contestatus non sim, posse te facien-
tem liberari, *l. si insulam 84. eod. tit.* quia non eò minus

verum erit eandem esse hanc insulam, quæ esset si intra præstitum tempus ædificata fuisset. Ac proinde idem factum est, quod scilicet non ut opera æstimatur ex tempore, cuius continuus & perpetuus fluxus facit, ut in momenta singula mutetur, sed ex idæa illa quæ formam insulæ ædificandæ præscriptura sit.

8 Quæ idæa semper eadem manet. † Illud utique operarum obligationi cum cæteris faciendi obligationibus commune est, quod non recipit diuisionem, *dicit l. stipulationes*. Vbi additur siue quid faciendum stipulatus quis sit, siue operas, aut quid aliud his simile, non posse induci diuisionem quin stipulatio corrumpatur. Cui non dissimiliter Vlpianus *in d. l. libertus 15. §. 1. de oper. libert.* neque promitti, inquit, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. † Vnde infert ex Papiniano, si non vna, sed plures operæ fuerint, & plures heredes existant patrono qui operas stipulatus fuit, numero tantum diuidendam obligationem, item ex Celso, si communis libertus patronus duobus operas mille se daturum promiserit, aut communi eorum seruo, quingentas potius singulis deberi quam singularum partes dimidias. Idque etiam est quod Iulianus dicebat operarum stipulationem similem esse iis stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur, quamuis opera sit quid specificum, non genericum: & ideo diuisionem eius stipulationis non cedere in partes, sed in numerum operarum, *l. in stipulationibus 54. §. operarum. D. de verb. obligat.* † Rationem Pomponius reddit *in dicit l. 3. §. 1. de oper. libert.* vbi ait partem operæ per horas solui non posse, quia id sit officij diurni, hoc est, quia cum opera nihil aliud sit, quam officium diurnum, *d. l. l. cum patronus 22. eodem.* consequens est, vbi diurnum officium non est, ibi nec opera vlllo modo sit, hoc est, ne pro parte quidem: sicuti nec pro parte satisfecisse obligationi posset dici promissor insulæ, qui non nisi ex parte insulam ædificasset, quoniam vnaquæque res æstimatur ex propria forma quæ ipsa non nisi ex contumatione contingit, ut eleganter Caius ratiocinatur *in l. si is qui quadringenta 80. §. quadam ff. ad leg. Falcid.* Quanam autem siue operæ, siue alterius cuiuslibet rei propria forma sit, nec aliunde melius, quam ex ipsius definitione scire possis. Et hoc demum casu verè liceat vlturpare quod nostri passim iactitant, Nihil actum videri, quandiu aliquid agendum restat. *l. penult. in fin. C. de his quib. ut indign.* † Quare nec liberti qui sex horis ante meridiana præsto fuerit, liberatio eius temporis continget, quia nec totius diei contingere potest, cum non toto die præsto fuerit, qui sensus est *d. l. 3. iur. l. 2. de ann. legat.* licet dici soleat cuiusque diei maiorem partem esse sex horarum primarum, nõ supremarum, *l. 2. §. 1. vbi sic omnino legendum est De verbor. signif.*

12 † Ob stare tamen valde videtur quod ex Labeone Pomponius scribit *in dicit. leg. si quando 8. de oper. libert.* si quando duobus patronis iurauerit libertus se operas daturum, & deberi & peti posse partem operæ, addita etiam ratione illa quam iam diximus, quod semper præterita opera petatur, quæ dari amplius non possit. Idque contingere siue patronis ipsis iuret vel promittatur, siue communi eorum seruo, siue complures vni patrono heredes existant. Quod si ita est, videntur Labeo & Pomponius ab Vlpiano, Papiniano, Celso, aliisque Iureconsultis in duobus dissentisse. Primum in eo quod volunt operarum in plurali numero promissarum diuisionem per singularum partes non per numerum fieri debere: deinde in eo quod aiunt partem operæ, & deberi, & peti posse.

13 † Sed tamen quod ad primum attinet, dicendum est

subesse mendum in verbo *operas*, legendumque in numero singulari *operam*, quo librarij & exscriptoris errore nullus est in libris nostris frequentior. Nam sequitur statim & deberi & peti posse partem operæ: de quo tractare nihil attineret si plures promissæ operæ proponerentur, cum eo casu indubitatè operarum obligatio numero diuidatur, qui modus diuisionis tamen necessarius non esset, ut est, tamen vel ob hoc ipsum esset amplectendus, quod commodior esset, multoque expeditior ad tollendam omnem dubitationem. † Quod verò ad secundum spectat, distinguendum est duplex debitum operarum: vel enim debentur ob causam indicationis, id est, ut indici possint, quia constat indebitas operas, quemadmodum si præstita sint, condici non possunt, *d. l. si non sortem 26. §. libertus. de cond. indeb.* ita nec posse indici ut præstentur, vel debeantur ad causam exactiõnis, id est, ut non tantum indici possint, quod sit ex mera patroni voluntate, & cum ipse velit, *d. l. cum patronus*, sed etiam exigi per iudicem proposita in eam rem actione ex edito prætoris, quod non prius fieri potest quam earum dies cesserit, id est, quàm fuerint indictæ, *d. l. si quis hac 13. §. iudicium ced. tit. De oper. libert.* Priore modo debentur operæ futuræ duntaxat: indici namque primum operas necesse est, ut postmodum edi possint, cumque in rerum natura non prius sint quam fuerint editæ, potest videri earum indictio ad instar conceptionis esse: exemplo partus, qui si numquam conciperetur, edi nunquam posset. Posteriore autem modo non nisi præteritæ operæ debentur, siue de officialibus operis loquamur, de quibus dubitari minus potest, *d. l. cum patronus*, siue de artificialibus, *l. quoties 24. in princ. eod.* vbi ratio redditur, quia etsi non verbis, at tamen re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulamur, dies continetur, *l. 2. §. qui uia. D. de eo quod cert. loc. l. continuis 137. §. cum uia. D. de verbor. oblig.* & ideo inutilis est huiusmodi stipulatio, *operas tuas præteritas centum hodie dare spondes?* quamuis operæ istæ artificiales cedant ex die interpositæ stipulationis, non ut officiales ex quo tantum fuerint indictæ, *d. l. quoties*. † Itaque inter officiales & artificiales operas differentia est duntaxat quatenus futuræ sunt, sed quatenus præteritæ, nulla prorsus, id est, Præteritæ omnes eodem modo debentur, ut eodem modo per iudicem exigantur: at futuræ non item. †

16 Hac posita distinctione que naturalium intellectum habet, dico Vlpianum, Papinianum & Celsum de futuris, id est de indictis operis intelligendos esse, non de præteritis, nõ de futuris. Atque de futuris sentire Vlpianum *in d. l. libertus 15. §. 1. eodem.* ex eo apparet, quod de illis loquitur, quæ & promittuntur, & soluntur, *Neque promitti, ait ille, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte opera potest.* Non enim promitti potest vel solui ea opera, quæ iam præterita sit, sed ea demum quæ futura. Quamuis autem & deberi & peti vtraque possit, tam præterita quàm futura (sicut enim diximus duplex esse operarum debitum, ita & duplicem quoque earum petitionem esse necesse est, vnam extraiudicalem, cum inducuntur & poscuntur, ut loquitur *d. lex cum patronus*, alteram, iudicalem, cum earum nomine iudicium exercetur, *d. §. iudicium*) tamen quod apud Vlpianum sequitur, *nec deberi, nec peti*, non ad alias operas referri potest, quàm ad eas ipsas, de quibus præcedentia possunt intelligi, *neque promitti, neque solui*, hoc est ad futuras. De præteritis autem solis Labeonem & Pomponium sensisse ratio ipsa qua vsi sunt, demonstrat, quæ illa est, *cum semper præterita opera quæ iam dari non potest, petantur.* † Huius porò interpretatiõnis

tionis ac inter præteritas & futuras differentie ratio non obscura illa est, quod futurarum obligatio & petitio nullam habet rationem æstimationis, quomodo habet obligatio & petitio præteritarum. Non enim posset patronus cui debita essent operæ ex iureiurando, aut promissione liberti indicere liberti soluendo operarum æstimationis necessitatem, cum non de soluenda æstimatione, sed de operis edendis libertus iurasset, aut promississet: idque adeò verum est, ut tunc quoque cum præterita opera petitur, licet dari iam non possit, ob idque ad præstendam æstimationem necessariò decurri oporteat, ipsam tamen operam, non eius æstimationem peti necesse sit, ne alioqui malè agat patronus si id petat, quod non est in obligatione, *l. si seruum 91. §. 1. ff. de verborum oblig. l. 1. §. nem si ita. ff. ad legem Falcidiam. l. si quis stipulatus 57. ff. de solut.* At cum de præteritis operis agitur, quod euenit quoties operarum iudicium exercetur, quia iam opera ipsa dari non potest, quæ debetur, cum alia res, planèque diuersa opera futura sit, ut supra explicuimus, necessariò deueniendum est ad æstimationem: non quidem ut æstimatio peti debeat, quæ certè non est in obligatione, sed ut appareat patronum qui inuitus, & ob legem obligationis ita conceptam cogitur eam operam petere, quæ iam dari nequeat, effectu ipso nihil petere nisi operæ æstimationem. Atqui non sicut opera ipsa præstanda indiuidua est, ita & operæ non præstite æstimatio indiuidua dici potest. Quandoquidem æstimatio omnis consistit in pecunia numerata, cui vel hoc maxime conuenit, quod & nomen ipsum demonstrat, ut ex numero recipiat diuisionem. † Summa hæc est, operam futuram indiuiduam esse, præteritam verò diuiduam, quia utrum quid diuiduum an indiuiduum sit, ex eo solo dignoscendum & æstimandum est an recipiat partium præstationem, *l. 2. l. 4. §. Cato. ff. de verborum oblig. a. d. stipulationes 72. eod. l. stipulatus 9. §. 1. de solut.* opera autem futura quoniam in specie edenda est, non recipit partis præstationem, præterita recipit, quoniam in specie edi nec debet, nec potest, sed tantum in æstimatione. Igitur non dissentit hac in re Labeo aut Pomponius à cæteris. † At multo difficilius illud est, quod scriptum video apud Iulianum *in d. l. in stipulationibus 54. §. operarum. versio. quod si vnam. ff. de verborum obligat.* Si vnam operam seruus communis stipulatus sit, necesse esse vtrique dominorum partem operæ tantam, quantum in seruo habuerit petere, solutionem verò eius obligationis expeditissimam esse, si æstimatione operæ malit libertus offerre, aut si consentiant patroni, ut iis communiter operæ edantur. Non enim possum intelligere quo sensu vera esse queat hæc sententia, siue de futura, siue de præterita opera intelligatur. Nam si de futura, quod sequentia suadere videntur, falsum euidenter est, posse quemquam ex dominis partem operæ petere, id est operam pro parte indicere, quoniam futura opera, ut iam diximus, ex Papiniano, Vlpiano & Celso non magis pro parte deberi aut peti potest quàm pro parte promitti, aut solui, *dicit leg. libertus 8. §. primo.* ob idque quoties pluribus patronis vna tantum opera debetur, siue quod iis promissa sit, siue quod communi eorum seruo, ut in specie Iuliani, siue denique quod vni patrono plures heredes extiterint: vel consentire debent patroni in opera illa simul indicenda, vel nihil agunt, si singuli pro sua quisque parte separatim indicant. Nam quemadmodum operæ in stipulationem deductæ diuisio corrumpit stipulationem, *dicit l. stipulationes*, ita & partis operæ indictæ expressio corrumpit indicationem. Cur enim, aut quo fine vel

colore liceat patrono id liberti indicere faciendum, quod per rerum naturam facere libertus non possit? † Dicendum potius esset huiusmodi indicatione partis operæ id tantum allèqui patronum, ut dies partis operæ cedat quidem, sed tamen hoc ipso liberetur libertus, etiam si nihil præstet, quia non tam per ipsum, quàm per rerum naturam, & per operæ naturalem conditionem fiat: ne partem illam operæ præstare possit, ut in casu *dicit l. hæc opera 23. §. primo ff. de operis libert.* Quamquam nec hoc quidem admittendum existimo. Tunc enim obrineret, dum indictio ipsa valeret, puta si per omnes patronos simul facta esset, ac per eos postea staret ne ad diem præstari posset opera quæ iudè indicta fuisset, veluti si in accipienda ea non consentirent. Patronos enim non modò in operis indicendis consentire oportet, sed etiam in iis accipiendis, *dicit §. primo, in fin.* At cum nec ipsa indictio valet, utique effectum illum habere non potest, ut ex eo die cedat opera, nec proinde ut ex eo die libertus, quamuis per eum non steterit, hoc ipso liberetur, quia naturaliter illud sit ut quod nullum est nullum parere possit effectum. Nec rursum hæc partis liberatio quicquam prodesse liberti posset, quippe quem necesse esset manere obligatum alteri patrono, qui non similiter operam pro parte tibi debita indicisset. Cur enim permitteretur vni ex patronis alterius ignorantis ius ledere? Et tamen alteri patrono, qui nihil dum indixerit, non magis pars operæ sua præstari potest, quàm huic qui partem operæ perperam indixit, omninòque necesse est ut ambo consentiant in vna ista opera indicenda & accipienda. Ergo illius quoque qui pro parte malè indixit, saluum & integrum ius manere fatendum est, ut ob socij personam ius suum retineat is, qui alioquin fuerat illud amissurus, ut & in *leg. si is qui 29. ff. de liber. legat. leg. cum hereditate 55. ff. de acquirend. hereditat.* Aliter enim posito iure quomodo fieri posset, ut patronus cui nihil imputandum esset, cum eo socio consentiret, qui socius amplius non esset, amissa quippe iam sua portione, quique contentiendi adhuc neque ius neque causam vllam haberet? Nisi fortè mallet quis idem ius hoc casu inducere quod olim obtinuisse legimus, quoties vnus ex dominis communem seruum sollemniter ignorante aut inuito socio manumississet. Nimirum ut seruus ille quia neque pro parte liber fieri poterat, neque in eius dominio manere, qui quantum in se fuerat, per manumissionem eum à se abdicasset, atque alienasset, totus acquireretur socio, qui manumissioni non consensisset; ut Vlpianus in Fragmentis refert *in l. liberti*. Sed neque hoc puto in proposita specie dici posse, cum nulpam scriptum sit, Eum ex patronis qui partem sibi debitam operæ solus, & sine socio indixerit, hoc ipso partem suam amittere, sicut nec partem quam in communi seruo habebat olim dominus, amittebat, si eum inter amicos manumississet. Imò nihil agere dicebatur: adeoque nec si socius hunc ipsum seruum solus & sollemniter manumississet, quicquam tamen egisset, quia perinde requirebatur consensus eius qui non obstante inutili manumissione portiois suæ dominus remansisset. Illud ergo apertum est, Iulianum *in d. §. operarum. versio. quod si vnam*, de futura opera intelligi non posse, cum ait vtrique dominorum competere petitionem partis operæ, quam vnam totamque stipulatus sit seruus communis. † An igitur de opera præterita intelligendus erit? Minime. Quamquam videtur Bartolus *in l. intellexisse opposit. 9. ad d. l. 72. e. ii.* Repugnat enim quod sequitur huius obligationis solutionem expeditissimam.

mam esse si estimationem operæ libertus offerre ma-
lit. Quæ locutio præ se fert in arbitrio & electione li-
berti esse an estimationem operæ velit præstare, an o-
peram ipsam. Quod tamē etiā nec in futura opera ve-
rū est quæ ut diximus in specie præstari debet, præ-
rita certè multo minùs convenit, quæ cum in specie
præstari amplius nequeat, nisi ambo patroni & inter
se, & cū liberto consentiant, necessariò æstimanda &
in æstimatione præstanda est, non solum inuito liber-
to, cuius proinde nulla hîc electio est, sed etiam inui-
tis patronis, si non iis inuicè consentientibus libertus
quoque consentiat. Omnium nâque voluntatibus con-
currentibus iâ dixi non minùs operam vñâ pro alia, id
est, craftinâ pro hesternâ, quàm aliud quodlibet inde-
bitū pro eo quod debitū sit, vtiliter solui posse. Quare
neque bonū sensū habere potest quod sequitur apud
Iulianū, *aut si consentiant patroni ut iis communiter opera
edantur*, si de opera præterita intelligatur, cum eius-
modi patronorū consensus sicut necessarius est, ita
possit quidē sufficere ad operâ indicendam, quæ non-
dum in rerum natura sit, nedum præterita, sed non ad
hoc ut operam præteritam communiter patronis e-
dere libertus cogatur si nolit. Igitur sicuti prior huius
sententiæ clausula falsa est in opera futura, vera autē
in præterita: ita è contrario postrema hæc sententia ut
patronis consentientibus opera communiter edenda
sit, falsa est in opera præterita, vera autē in futura. Me-
dia verò illa, ut huiusmodi obligationis expeditissima
sit solutio si libertus æstimatiōe præstare malit, id
est, ut libertus electionē habeat utrū operâ, an operæ
æstimationem malit præstare inuitis quoque patronis
(sic enim accipiendū id esse ostendit quod sequitur,
aut si consentiant patroni, &c.) omnimodo falsa est, siue
ad futurâ, siue ad præteritam operam referatur. Sic fit
ut neque ad futurâ, neque de præterita cōmodè intel-
ligi Iulianus possit. Ergo de nulla, cum opera nulla sit
proffusa, quæ vel præterita non sit, vel futura. † Quæ
cum ita sint, cogor dicere totam illam additionem
Triboniani esse, non Iuliani. Nec enim nouum aut
mirum est, Tribonianum operam præteritam & futu-
ram confusè ac incautè suo more pro cadē accepisse,
aut à futura ad præteritam in quæstionis articulo di-
scutiendo transiisse, denique ad iuris rationē, in qua,
ut sæpe monui, non valde versatus fuit, parum atten-
disse. Quorum omnium nihil est quod de Iuliano di-
cere, at nec suspicari quisquam possit, Tribonianum
produnt etiam verba illa parum elegantia, *neesse est
vtrique dominorum partem operæ tantam quantum habue-
rit in seruo petere*: item quod sequitur, *solutio autem eius
obligationis expeditissima est*. Non enim solent Iurecō-
sulti dicere solutionem obligationis, sed solutionem
rei quæ sit in obligatione, huiusmodi verò solutione
tollit obligationem: sed illud omnium apertissimè quod
cum de vna tantum opera hîc tractetur, subiungitur
tamē numero plurali, *ut his operæ edantur*. Id enim ex-
cidit passim Triboniano ut à numero singulari tran-
seat ad pluralem, quod nec vnquam faciunt pruden-
tes nostri, nec nisi valde intulsi fieri hoc loco potuit.

CAPVT XX.

Ad l. frater à fratre. 38. D. de con-
dict. indeb.

S V M M A R I A.

- 1 Nullam inter patrem & filium ciuilem obligationem, nullamque actionem esse posse.
- 2 Huius iuris ratio in l. ne cum filiofam. 16. ff. de furt. reddita explicatur.

- 3 Exceptio à superiore regula cuiusque ratio.
- 4 An inter patrem & filiumfam. uem inter fratres in e-
iusdem patris potestate constitutos naturalis obliga-
tio contrahatur?
- 5 Obligationem naturalem inter fratres in eiusdem patris
potestate constitutos contrariam patri per filium cre-
diderem acquiri non posse.
- 6 Refellitur Cuiacij responsio existimantis naturalem o-
bligationem ipso iure patri per filium acquiri, sed ad-
quisitam non apparere e quando pater peculium pene-
tratum remanere sinat.
- 7 Argumentum pro Cuiacij sententia ex d. l. frater à fra-
tre. de sumtum.
- 8 Hortouanni emendatio ad verbum repetitum.
- 9 Species & quæstio d. l. frater à fratre.
- 10 Africani distinctio ad propositæ quæstionis decisionem.
- 11 De priore distinctionis membro, quod est de ea parte ex
qua is qui mutua centum a fratre accepit patri he-
res exitur.
- 12 Prima ratio ob quam fratri qui fratri creditori ex na-
turali obligatione soluit repetitio pro superiore parte
diuisa paterna hereditate danda est.
- 13 Obligationem illam naturalem inter fratres ex peculij
causa contrariam post mortem patris eorum non am-
plius peculiarem, sed hereditariam esse.
- 14 Quis in prima illa distinctionis parte iuris foret si pater
testatus fratrem creditorem iuncto testamento here-
dicum instituisse?
- 15 Diligenter in hoc tractatu distinguendum esse inter
confusionem peculij, & confusionem obligationis na-
turalis.
- 16 An si è contrario frater debitor solus heres institutus
fratre creditore exheredato proponatur, tota natura-
lis obligatio confundatur?
- 17 Altera & generalior ratio ob quam pecunia fratri cre-
ditori ex naturali obligatione soluit repetitio fratri
debitori post patris hereditatis diuisionem danda
est.
- 18 Effectus naturalis obligationis in quo potissimum con-
sistat?
- 19 Iurisdictionis à retentione separandum est.
- 20 Solutione facta etis quod à fratre fratri naturaliter de-
beatur, effectum obligationis naturalis ab ipsa obli-
gatione naturali separandum esse.
- 21 Effectum naturalis iuris obligationis, quatenus in iure
retinetur soluit consistit, patri eo primùm instanti
quo naturalis obligatio contrahatur, iure patriæ pote-
statis acquiri.
- 22 Ratio l. placet 79. ff. de acquir. hered. & similibus.
- 23 Patrem in proposita legis specie pecunia quam frater
fratri mutua numerauit quandocumque solueretur
tanquam per solutionem sibi acquisita retinenda ius
habuisse.
- 24 Fratre debitore pecuniam debitam vno patre fratri
creditori soluente totam illam pecuniam patri ac-
quiri.
- 25 Mortuo patre & duobus fratribus creditore sc. & debi-
tore vel ex testamento vel ab intestato aquaüter suc-
cedentibus pecunia soluit dimidiam partem ad fra-
trem debitorem iure hereditario redire.
- 26 Eiusdem fratris debitoris conditionem non idèò dete-
riorem esse debere quod post mortem patris, fratri sol-
uerit.
- 27 Conditionem eo casu fratri competere ex qua parte patri
successit in ius quod pater retinendi pecuniam illam
habuit.
- 28 Cur in d. l. frater à fratre. Africanus solutionem post
patris mortem factam ponat?

- 29 Non solum patri obligationis naturalis filio quasita, sed
& naturalis obligationis qua seruo fuerat quasita
effectum domino acquiri.
- 30 Declaratur §. est autem. leg. si noxali 11. ff. de
pecul.
- 31 Circa quam quæstionem pars distinctionis posterior ver-
serur?
- 32 Quantum hæc pars posterior distinctionis à priore dif-
ferat?
- 33 Mutata specie posterior distinctionis pars decla-
ratur.
- 34 Quo argumento Africanus probet fratrem debitorem,
si vel nihil vel minus quàm quod repetere vult ad fra-
trem creditorem ex peculio suo peruenerit, illud repe-
tere non posse?
- 35 Mos argumentandi Africano sollemnis.
- 36 Eiusdem ad posteriorem superioris distinctionis partem
rationes examinantur & declarantur.
- 37 Postrema eiusdem Africani ratiocinatio quò perti-
neat.
- 38 Explicatur §. quæsitum. eiusdem legis.

Vulgati † iuris est, inter patrem & filium nullam
ciuilem obligationem, nullamque actionem esse
posse, obstante nimirum iure ciuili ex quo actiones
omnes proficiuntur, quod cum patrem & filium
per ius patriæ potestatis ita coniungat, ut eos vnus
eiusdemque personæ iure ceteri velit, non magis pa-
titur ut possit agere pater cum filiofamilias, aut ut fi-
liusfamilias cum patre, aut ut hic vel ille alteri se o-
bliget, quàm ut contra seipsum quisquam agere, aut
se sibi obligare possit, leg. imperator 50. D. ad SC. Tre-
bell. † leg. ne cum filiofamilias 16. D. de furt. vbi quod scri-
ptum est, non iuris constitutionem, sed naturam rei
impedimento esse ne quid horum fiat, non ita acci-
piendum est quasi nascatur aliunde hoc impedimen-
tum quàm ex patria potestate, quæ tamen nihil aliud
quàm iuris non scripti constitutio est, §. 1. Institut. de
patr. potest. Sed quia præsupposito illo iure patriæ po-
testatis quod patris & filij eadem persona esse videat-
ur, nulla opus fuit alia iuris constitutione ad prohi-
bendum ne pater contra filiumfamilias agere possit,
aut filius contra patrem, sufficiente natura ipsa rei,
quæ non magis permittit ut cum eo agam qui me-
cum vna persona esse existimetur, quàm cum meipso.
† Quæ etiam ratio est, leg. lis nulla. 4. Digest. de iudic.
vbi Caius scribit, litem nullam nobis esse posse cum
eo quem in potestate habemus, nisi, inquit, ex cas-
trensi peculio. Hæc enim exceptio addenda fuit, non
quod filiusfamilias per militiam desinat esse in patris
potestate, §. filiusfamilias Institut. quib. mod. ius patr. po-
test. soluit. Sed quia ex imperatorum constitutionibus
filiusfamilias non solum miles, sed etiam paganus qui
modò miles aliquando fuerit, si castrense peculium
habeat, in eo censetur iure patrisfamilias, ita ut nul-
lum ius sit ut patri in bona filiifamilias castrensia, a-
deò ut nec de iis testari prohibeatur, leg. 2. D. de SC.
Maced. l. vltim. D. ad SC. Terryll. iunct. l. 2. & l. propone-
batur 9. & tot. tit. D. de castrensi pecul. † Vsq; adeo au-
tem verum est non obligari patrem filiofamilias, aut
filiumfamilias patri ciuilitè, ut non desint qui dubi-
tent an possint sibi inuicem obligari naturaliter, i-
tèque fratres in eiusdem patris potestate constitui,
quasi iure patriæ potestatis hanc quoque obligatio-
nem naturalem impediende, aut saltem faciente, ut si
qua filiofamilias vel contra patrem, vel contra fra-
trem acquisita sit, eadem per filium creditorem patri
ipfi statim & ipso iure acquiratur, ita ut ne momento

quidem temporis in persona filij constituisse videatur.
Quam sententiam inter cæteros mordicus defendit
Iacobus Cuiacius tract. 9. Africann. ad l. frater à fra-
tre 38. D. de condit. indeb. motus præcipuè, ne dicam
duntaxat ex leg. placet 79. Digest. de acquir. hered. cu-
ius sententiam vult ille esse generalem, ac pertinere
ad omnes casus, & ad omnes res, ac proinde ad om-
nes quoque obligationes, non minùs naturales quàm
ciuiles. In quo tamen quàm euidenter & pertinaci-
ter erret, constat, meo iudicio, non obscurè ex iis quæ
alibi à nobis explicata sunt de naturali obligatione.
Nam si verum est, ut est, ex facto tantum, non etiam
ex iure naturalem obligationem æstimari, leg. nec ser-
uus 41. Digest. de pecul. ob idque non nisi abusiue ac im-
propriè obligationem dici, ut ait leg. fideiussor 17. §. na-
turalis. Digest. de fideiuss. nihil tanè est quod possit im-
pedire quominus inter patrem & filiumfamilias, ac
multo magis inter fratres in eiusdem patris potestate
constitutos obligatio naturalis contrahatur, siue pro-
mittendo, siue mutuam pecuniam accipiendo, aut ali-
ter quomodocumque contrahendo. Quod tam aper-
tè scriptum est. in dict. leg. frater versic. naturalem enim
obligationem, & in §. 1. versic. nam manere, & in §. contra
si pater. versic. nam hic quoque, ut nihil dici possit aper-
tius. † Obligationem verò illam naturalem patri
acquiri per filium patria potestas non magis facere
potest, quàm ut cætera quæ facti sunt ad patrem tran-
seant, quæ tamen certum est nec iure dominicæ pote-
statis, quæ petentior videtur, possint transire à seruo
ad dominum leg. qui heredi 44. in prin. & §. 1. ff. de con-
dic. & demonst. leg. legatum 21. ff. de adm. legat. leg. quod
seruus 24. ff. de acquir. poss. Quo loco elegantissima dif-
ferentia traditur, & ad rem nostram valde pertinens,
inter ea quæ meri tacti sunt, cuiusmodi est violentia
& iniusta possessio, aut alia quilibet corporalis, & ea
quæ ius admixtum habet, cuiusmodi est possessio iu-
sta, quæ & inde nomen habet, quod à iure sit adpro-
bata. fieri ergo nequit ut obligatio naturalis, quæ to-
ta facti, nullo modo iuris ciuilis est, acquiratur per fi-
lium patri. Et verò si acquireretur, nec filiusfamilias
eius sibi vel acquirendæ, vel etiam conseruandæ ca-
pax esset, sequeretur ut cum pater à filiofamilias mu-
tuam pecuniam acciperet, atque ita obligaretur ei na-
turaliter, quomodo cum obligari diserte scriptum est
in d. l. frater. hoc ipso, & in eodem instanti pater fie-
ret sui ipsius creditor ex filij persona. Quo admisso fa-
tendum esset concurrente in eandem personam iure,
debitoris & creditoris perimi obligationem confu-
sione, ut aliàs semper euenit, quoties idem sit creditor
& debitor, non ferente ipsa rerum natura ut sibi ipsi
quis debere aliquid videri possit, l. debitori. 50. iunct. l.
heres à debitore 21. §. si seruo tuo & §. quod si stipulator.
ff. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. iunct.
l. qui hominem 34. §. quidam. l. sicut 75. ff. de solut. Nam
nec aliâ ratio est propter quam ciuilis obligatio ne-
que inter patrem & filium, neque inter fratres con-
trahi possit, §. item inutilis. Institut. de inutil. stipul. pro-
pterea quod vox patris tanquam vox filij sit, & vox fi-
lij tanquam vox patris, in iis rebus quæ patri per fi-
lium acquiri possunt, ut Iustin. ait in §. si quis alij, eod.
tit. l. eum qui 56. §. qui sibi. & seq. ff. de verb. oblig. Confu-
sione autem certum est tolli obligationem omnem,
nec minùs naturalem quàm ciuilem, ut & Cuiacius
ipse fatetur, & scriptum est in d. §. quod si stipulator. l.
21. de fideiuss. cum ratio quæ inducit liberationem per
confusionem non minùs sit naturalis quàm ciuilis,
imò tota pendeat à natura, quæ repugnat ut vna ea-
demque persona in duas diuidi possit, quomodo

diuidi posse necesse esset, vt possit idem esse & debitor & creditor, quoniam facta diuisione illa iam non esset idem homo, sed duo; aded res istas implicat naturaliter contradictionem. Caterum ea tantum quæ iuris sunt, non etiam facti, acquiri patri per filium posse, tum etiam cum stipulatio interuenerit, aperte scriptum est in *l. quod dicitur 130. ff. de verb. obl.* Imò si verum amamus, ne quidem confusione possit dici sublata obligatio naturalis filio quæ sita contra patrem, si eadem patri per filium quæreretur. Ea namque demum obligatio confusione, vt & aliis modis tolli potest, quæ antea fuit, non autem quæ numquam fuerit, *leg. Titio vsusfructus 96. D. de cond. & demonstr. l. non potest videri 20 ff. de reg. iur.* Atqui si obligatio naturalis patri quæreretur per filium, necesse esset eo ipso momento quæri quo filio acquireretur, cum ne momento quidem temporis in persona filij possit consistere quoties acquiritur patri per filium, *d. l. placet.* Ergo necesse esset tolli confusione obligationem eo ipso instanti quo induceretur, quod prorsus impossibile est. Porro quæ ratio facit vt filiofamilias acquiratur obligatio naturalis contra partem ita vt non acquiratur patri per filium, eadem facit vt obligatio naturalis quæ contrahitur inter fratres in eiusdem patris potestate constitutos, non possit per fratrem creditorem acquiri patri, quia vtrunque proficiscitur ex eodem iure patriæ potestatis, quod efficit vt non minus fratres inuicem quam singuli cum patre vna eademque persona esse existimantur, ob idque nec magis possunt ciuiler se alter alteri obligare, quam patri. † Nec est quod quis respondeat pro Cuiacio, acquiri ipso iure obligationem naturalem patri per filiumfamilias, sed non apparere acquisitam, quandiu pater sinit remanere peculium penes filium. Nam quanto magis dices acquiri ipso iure, tanto magis incurres absurdum illud quod diximus vt eodem instanti naturalis ista obligatio & contracta, & per confusionem sublata intelligatur. Confusio enim sit sola iuris potestate. † Sed egit præcipitem virum doctissimum vnicus ille Africanus locus in *di. l. frater à fratre*, vbi non dubitat Africanus, quin frater, qui post mortem patris fratri suo soluit quod naturaliter ei ex causa mutui debebat, repetere possit pro ea parte pro qua idem frater debitor heres extiterit patri. Sic enim ratiocinatur Cuiacius, quasi non alia ratione Africanus ita responderit, quam quod obligatio naturalis esset quæ sita patri, & consequenter per causam hereditariam filio debitori, pro qua parte idem patri heres fuit, vt eo modo concurrente iure debitoris & creditoris in eandem personam, pro illa scilicet parte fatendum sit, sublata confusione obligationem, qua sublata nihil sit quod impedire debeat repetitionem tanquam indebiti soluti. Alioqui difficile sanè videtur dicere quoniam iure vel colore possit competere repetitio fratri qui soluerit, quod naturaliter debuit. † Tanti certè momenti visa est obiectio hæc Francisco Hotomanno, vt ausus sit scribere textum esse corruptum, & ita emendandum vt addita negatione legamus *non repetiturum*. Nam quemadmodum verum est quod Africanus respondit, fratrem debitorem id quod post mortem patris soluerit, vtique repetiturum pro qua parte extiterit heres patri, ita falsum est quod vult Cuiacius repetitionis huiusmodi rationem ex eo petendam esse, quod obligatio naturalis patri quæ sita esset. Quod vt intelligatur, facti species constituen- da primum est, deinde omnes responsi partes breuiter, quæ fieri poterit, explicandæ. † Legis species hæc est, Cum tu & ego essemus in eiusdem patris potestate, tu

centum aureorum peculium habens, ego ducentos accepi à te mutua centum, & post mortem patris tibi solui. Diuisa iam inter nos hereditate, acceptoque in eam rem familia eriscundæ iudicio, postea cum putarem indebitum à me solutum fuisse, volui à te centum integra petere per conditionem indebiti. † Consultus Africanus quid iuris esset, distinguit primum, deinde subdistinguit. Distinctio in eo est, vt aliud iuris constituatur pro qua parte ego debitor heres extiti patri, aliud verò pro qua parte tu heres extiteris. Pono autem fuisse nos heredes ex aquis portionibus, siue ex testamento, siue ab intestato, nec cuiquam nostrum fuisse à patre prælegatum peculium, quod & sequentia Africanus verba demonstrat. † Quod ad prius distinctionis caput pertinet, id est, pro qua parte ego heres extiti patri, respondit Africanus *vtique me repetiturum*, hoc est non solum sine dubio, vt Cuiacius interpretatur, sed quod magis est, sine vlla distinctione. Ergo repetitio soluti dimidiam partem, id est quinquaginta, siue plus, siue minus fuerit in peculio meo, quam in tuo. Illa enim subdistinctio, An plus minusve in peculio fuerit, ad alterum distinctionis caput spectat, vt postea dicemus. † Cur verò pro ea parte repetitio mihi danda sit, Africanus non aperit, aded putauit ille carere dubitatione id quod inter nostri temporis interpretes ignoratione principiorum iuris, nunc omnium maximè controuersum est. Puto autem adferri posse duplicem rationem, Vnam magis propriam & specialem, alteram generaliore, sed vtramque veram. Prior illa est, quod certum sit peculia ius & nomen peculiorum amittere, & in hereditate diuidenda ad communionem esse reuocanda, vt scriptum est in *l. certum 13. iunct. l. si filiusfamilias 4. C. famul. erisc.* Nam quemadmodum filiusfamilias per mortem patris incipit esse paterfamilias, *l. prouinciatio 195. §. familia 2. D. de verb. sign.* ita & necesse est vt desinat peculium habere, quippe quod soli filiusfamilias habeant, non etiam paterfamilias, quorum patrimonium non peculia appellamus. Ita igitur sit vt quod erat peculiū viuo patre, conuertatur eo mortuo in causam hereditatis, fiatque hereditas, & consequenter augeat hereditatem quæ in proposito casu melior est trecentis aureis, quam futura erat, si peculia in hereditatem non venissent: ex quibus trecentis aureis non nisi centum à te, ducenti verò à me profecti intelliguntur, quia vt hic posuimus, non nisi centum aureos in peculio habebas, ego verò ducentos. † Cum igitur obligatio illa naturalis quæ inter nos contracta fuerat ex causa peculiari datis mihi à te mutuis centum non potuerit non esse peculiaris, necesse est vt quemadmodum peculium tuum desinit esse peculium, sitque hereditas, ita & obligatio illa naturalis, quæ tibi, non patri nostro quæ sita fuerat ex peculiari, qualis erat antea, fiat hereditaria, non eo modo & sensu quo hereditarias obligationes dicere solemus eas quæ à defuncto ceperunt originem, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. actio.* sed eo sensu & modo, quo dicimus hereditariam obligationem loco haberi etiam legata, quamuis ab herede non à defuncto ceperint, *l. hereditarium 40. D. de oblig. & action.* Itémque hereditarium æs alienum etiam id de quo agi cum defuncto non potuit, veluti quod is cum moreretur daturum se promississet, aut quod is qui pro ipso fideiussisset, post ipsius mortem soluisset, *l. hereditatem 7. ff. de reb. auct. iudic. possid.* Cui cōsequens illud etiam fieri necesse est, vt pro qua parte patri heres extiti, confusione tollatur obligatio, quia cum obligatio illa naturalis sit hereditaria, quæ in id usque tempus fuerat tua peculiaris, hereditas ipsa sit creditrix mea, cum non alijs possit videri creditrix, quam qui

qui habet actiuam, vt loquuntur, obligationem. Cum verò postea eadem hereditas ad me peruenit pro semisse, sicuti me pro ea parte facit heredem, ita & consequenter creditorem: secundum quod euenit, vt quantum ad eam partem attinet, debitor ego sum & creditor. Debitor ex mea persona & iure pristino contracte obligationis, creditor verò ex causa hereditatis, atque ita fit confusio, & quidem ipso iure, quæ proinde tollit obligationem illam naturalem, qua demum sublata, apparet solutum postea fuisse à me id quod nullo modo, id est ne quidem naturaliter debebatur: siquidem confusio quæ tota iuris est, nec factum vllum requirit, præsertim verò in suis heredibus, qui ipso iure ac citra aditionem sunt heredes, *l. in suis 14. D. de suis & legit.* præcedit solutionem quæ est facti, *l. consilio 6. §. vlt. D. de curat. fur.* nihil igitur causæ est cur non danda mihi sit repetitio indistincte. † Quod si poneremus patrem testatum fuisse, tæque solum testamento heredem instituisse, certum esset nullam factum iri confusionem obligationis naturalis, quia quamuis peculium tuum non eo minus confusum esset cum hereditate, factumque hereditas, atque ita desisses tu esse creditor facta iam hereditate creditrix, tamen eadem hereditas quæ faceret te heredem ex asse, faceret quoque rursum te creditorem meum, & quidem in solidum: ego verò remanentem semper debitor: ac proinde neque in tua, neque in mea persona pro vlla parte concurreret ius debitoris simul & creditoris, qui tamen concursus debiti & crediti in eandem personam sola causa est confundendæ obligationis. † Ex eoque intelligimus diligenter cauendum esse ne confundamus peculiæ confusionem cum obligationis confusione. Nam confusio peculiæ semper fit mortuo patrefamilias, quia semper paterfamilias sit qui antea filiusfamilias fuit, At confusio obligationis, siue naturalis, siue ciuilis, nec aliter, nec prius sit quam idem factus sit per acquisitionem hereditatis, siue in totum, siue ex parte, & debitor, & creditor. Denique confusio naturalis obligationis in proposito casu numquam fieri potest quin præcedat confusio peculiæ. At confusio peculiæ facile fieri potest, etiam si non sequatur confusio naturalis obligationis, vt in supradicto exemplo cernere est. † Si verò è contrario poneres me fratrem tuum, eundemque debitorem ex asse institutum fuisse, te autem exhereditatum, vel in legitima duntaxat institutum, vtique dicendum esset confundi totam obligationem naturalem, concurrente scilicet in meam personam vtroque iure totius debiti, creditrixque, quia cum essem debitor tuus ex causa mutui, hereditas quæ fuit facta mea creditrix per confusionem peculiæ, faciendo me heredem ex asse fecit etiam me in solidum creditorem: cuius verò nisi mei ipsius? Ergo quemadmodum si solus tu fuisses institutus, nullam omnino haberem repetitionem, quia nulla ex parte facta esset confusio: ita è contrario in hoc posteriore casu me solo heredem instituto fatendum esset posse me repetere totum, tanquam sublata per confusionem tota obligatione naturali. Quod et si Africanus non omnino aperte exprimit, satis tamen innuit, nec obscure, cum ait repetiturum me vtique pro qua parte heres extiterim patris, vt eadem sit ratio totius quæ partis. † Altera ratio generalior, tanquam pertinens ad naturalem quamlibet obligationem, id est, quæ contracta fuerit inter fratres etiam ex alia quam peculiari causa, illa est, quod cum obligatio naturalis contrahitur, eodem ipso instanti incipit posse aliquando habere effectum & quidem potestate iuris ciuilis quod non pateretur

tractari inter ciues de naturali obligatione quæ nullum effectum habere possit. † Effectus autem obligationis naturalis in eo potissimum consistit, vt inducat ius retentionis soluto quantocunque eo, quod naturaliter debebatur, *l. naturales 10. D. de oblig. & action.* † In quo tamen rursum distinguenda est & separanda retentio à iure retinendi. Retentio enim tota facti est, non iuris, ius verò retinendi è contrario, vt nomen ipsum sonat, totum iuris non facti, sicut & facta solutione eius quod naturaliter debebatur, separandum est ius ipsum retinendi ab acquisitione quæ fit vi acceptæ solutionis: † ante omnia verò separandus est effectus obligationis naturalis ab ipsa obligatione naturali. Nam obligatio quidem naturalis acquiritur fratri, aded vt per fratrem nullo modo, nulloque vnquam casu acquiratur patri, nisi fortassis tanquam filij successoris si peculium filij remanserit apud patrem. † Sed effectus illius obligationis naturalis quatenus consistit in iure retinendi soluti, acquiritur patri iure patriæ potestatis, cum sit ex eodem iure ciuili ex quo & patria potestas est, neque ex solo facto, vt naturalis ipsa obligatio æstimeretur. Acquiritur autem non eo tantum tempore quo solutio sit, sed ex eo primum instanti quo naturalis obligatio contrahitur, quia sicuti naturalis obligatio sine iure sui effectus esse non potest, ita neque ius illud vel momento vno consistere in persona filij, cum sit ex genere earum rerum quæ patri non reluctantari per filium acquiri & possunt & debent, *d. l. placet & d. l. quod dicitur 130. D. de verb. oblig.* id est quæ in iure consistunt. Secuta vero solutio, etsi frater ipse, cui naturaliter debitum fuit, pecuniam solutam retineat, nemo tamen dubitat quin ea ipsa pecunia soluta acquiratur, non ipsi filio, sed patri, quoniam acquisitio ista, non alterius rei quam dominij acquisitio est. Dominium autem ius est, ac in iure, non in facto consistit. † Quæ vnica ratio est dictæ *l. placet 79. De acquir. hered. & cæterarum omnium*, quæ volunt per filium acquiri omnia patri iure patriæ potestatis, *l. 2. C. de patr. potest. l. 1. D. si quis à parent. manum. sit. l. siue emancipatis 17. C. de donat.* † Inde igitur fit vt in proposita specie, cum tu mihi centum mutua numerasti, fuerim quidem soli tibi, non etiam patri nostro ex ea causa obligatus naturaliter, sed tamè ita vt eodem instanti quo tibi fuit quæ sita obligatio, quæ situm etiam fuerit patri nostro ius retinendæ eius pecuniæ, quancunque tibi per me solueretur. Retinendæ, inquam, non quasi sibi debita, sed quasi per solutionem à me tibi factam acquisita ex tua persona, vnde cuncte tandem illa pecunia à te ad me, & rursum à me ad te peruenerit, etiam si nullum peculium à patre habuerimus, interueniente fortassis amico tuo, qui mihi tuo nomine ea centum numerauit, & alio similiter amico meo, qui de suo tantundem sibi meo nomine reddiderit. † Itaque si soluerim tibi, & redderem ea centum viuo patre, dubitari non oportet, quin tota pecunia soli patri acquireretur, † atque ita mortuo patre, siue institutis nobis ex semissibus, siue maioribus, ab intestato tantum in ea pecunia essem consecutus iure portionis meæ hereditariæ, quantum tu pro hereditaria tua portione, vt proinde nihil iam tibi profuturum esset, quod aliquando fuisset naturaliter obligatus tibi, non patri, nec rursum quod soli tibi, non etiam patri soluissem, non magis quam si soli patri & debuissem & soluissem. Quamuis si soluissem patri quod ego non ipsi, sed tibi debebam, vtique non essem liberatus, quia non alia solutio potest inducere liberationem, quam quæ fiat ei ipsi

cui debeatur, aut saltem eo consentiente alteri, siue naturaliter tantum, siue etiam ciuilitur debitum proponatur, l. 3. & 4. l. i. in i. C. de solut. l. serui 14. in fin. D. de oblig. & actio. † Eadem igitur ratio facere debet, vt quamuis non nisi post patris nostri mortem tibi soluerim, non ideo tamen durior mea conditio esse debeat, quam si eo ipso die quo fuerat contracta naturalis obligatio viuo adhuc patre tibi soluissem. Est enim perpetuum, vt quoties de iure & effectu obligationis queritur, non tam solutionis tempus inspiciendum sit, quam obligationis, l. si filius familias 78. D. de verb. oblig. l. 1. D. qui potior in pign. hab. † Ergo quod tibi solueris post mortem patris nostri, repetere poteris per indebiti conditionem, tanquam indebitum pro ea parte pro qua successi patri, cum pro ea parte successerim in ius, non quidem creditoris, vt male vult Cuiacius (nunquam enim pater meus in ea pecunia fuit meus creditor) sed in eius quod habuit pater retinendi & acquirendi sibi pecuniam illam debitam, quandoque tibi per me solueretur. † Neque repugnat quod Africanus ponit factam fuisse solutionem post mortem patris: non enim ideo pertinet quasi putauerit ille alio iure ceteri me debere si viuo patre, alio, si post patris mortem soluerim, sed quia facta solutione viuo patre non posset fieri locus quaestioni De conditione indebiti, inter fratres eiusdem in patris potestate constitutos. Siquidem conditio indebiti, vt & alia quaelibet conditio, actio est, quae non magis inter fratres filiosfamilias, quam inter patrem & filiumfamilias exerceri potest, vt initio diximus. † Verum autem esse, quod dicimus, obligationis naturalis quae filio fuerat quaesita, effectum acquiri patri, Sicut & effectus obligationis naturalis seruo quaesitae acquiritur domino, intelligi ex eo potest quod Vlpianus scribit in l. sed si damnum 9. §. peculium. D. de pecul. Patrem vel dominum conuentum actione De peculio ab extraneo filiofamilias, vel serui creditore, posse deducere non tantum quod sibi debeatur ab eo vel filio, vel seruo, ex cuius persona conuenitur, sed etiam quod aliis filiis vel conferuis debetur in eadem potestate constitutis. Nec enim id permittitur, quasi quod istis debetur, ipsi patri aut domino debeatur, sed quia si quod debetur solum esset creditori naturali, id ipsum patris vel domino per eum acquireretur, atque ita effectus obligationis naturalis cederet totus in patris commodum, vel domini: cui proinde aequum est accommodari ius deductionis, qui alius affectus est obligationis naturalis, vt per eam deductionem tantundem consequatur pater vel dominus, quantum per solutionem consecutus fuisset. † Quod etiam pertinet quod scribitur in l. si noxali 11. §. est autem ff. de pecul. vbi quaerit Vlpianus dominus cum conueniretur de peculio ab extraneo, semel deduxerit quod sibi a seruo naturaliter debebatur, & rursus conueniatur de peculio ab alio, an eximere id debeat, id est iterum deducere de peculio, an vero veluti solum ei videatur facta deductione. Et respondet, siquidem abstulit hoc dominus de peculio non debere amplius deducere. Si vero eandem positionem peculij relinquit, hoc est, si eiusdem quantitatis peculium manere voluit, cuius erat ante deductionem, debere illum deducere, non quia videatur dominus eam partem in compensationem destinasse, vt quidam putant ex l. quod Laeio 13. ff. de compens. quae iudicio meo ad rem istam omnino non pertinet, sed quia prior deductio non fuit facta cum effectu, nec proinde dici potest obligationem illam na-

turalem quae deductionis ius indicabat, factum effectum habuisse, siue domino, siue conferuo, aut aliis qui in eiusdem domini potestate essent, seruus hic debuisset. Atque ex his quidem explicata sit prior pars distinctionis Africani. † Posterior pars circa eam quaestione versatur, An pro ea parte pro qua tu frater meus, idemque creditor heres patri extitisti, possim ego repetere quod tibi solui. Habet vero haec pars distinctionis subdistinctionem illam, Vtrum non minus ex peculio meo ad te peruenerit, quam quantum illud est quod volo repetere: vt si non minus ex peculio meo ad te peruenerit, possim repetere: si vero nihil ad te peruenerit, nihil possim pro illa parte repetere. Sin aliquid quidem, sed minus, possim repetere eatenus quatenus ad te peruenerit, ratione illa, quam Africanus adfert quod naturalis obligatio, quae tibi quaesita fuerat, hoc ipso sublata videatur, quod tu peculij mei partem sis consecutus. Praesupponendum enim est, id de quo nemo dubitat, & vt recta sit ratiocinatio, sublata obligatione quod solutum fuit repetiri indebitum, & ideo conditione indebiti repeti posse. † Quantum autem differat hic casus a superiore, ex eo constat quod pro parte pro qua ego debitor heres extiti patri nostro, sublata est obligatio confusione, vt iam diximus: in hoc vero casu veluti solutionis potestate cum deductio pro solutione sit, d. l. si noxali. u. §. est autem. D. de pecul. in illis verbis, an vero veluti solutum videatur semel facta deductione. Sunt autem ista plane diuersi modi tollendae obligationis, confusio & solutio, licet ad eam tollendam aequae sint efficaces, l. debitori 50. D. de solut. l. Srichum aut Pamphilum 95. §. aduio. D. de solut. Porro in proposita specie apparet non minus consecutum te esse ex meo peculio, quam quantum illud est quod volo repetere. Poluimus enim peculium meum fuisse ducentorum, tuum vero non nisi centum aureorum, atque ita per confusione peculiorum factum esse vt tu ex meo peculio consecutus sis centum, ego vero ex tuo quod totum consistebat in obligatione illa peculiari centum aureorum quos mihi credideras, dimidiam duntaxat partem illius obligationis, per quam factus sum creditor mei ipsius, & consequenter desij per confusione debitor esse quinquaginta tantum. Sentis igitur lucrum ex confusione peculiorum ad quinquaginta vsque aureos. Ac proinde cum ea ratione videatur tibi quinquaginta soluisse, non potes recusare, quominus ex centum tibi a me postea solutis possim repetere non illa solum quinquaginta, quae diximus facta esse indebita, propter sublata confusione obligationem, pro qua parte heres extiti patri, sed alia etiam quinquaginta, quae velles retinere, pro ea scilicet parte qua tu patri quoque heres extitisti, cum videantur illa iam fuisse tibi per me soluta. † Id vero fiet apertius, si mutata specie ponamus peculia fuisse aequalia, id est fuisse vtrumque peculium separatim centum duntaxat aureorum, teque centum illos tuos aureos mihi totos credidisse. Confusis enim peculij per mortem patris tui ex aequis portionibus heredes extiterimus, euenit vt tu ex peculio meo non nisi quinquaginta consequaris. Siquidem ea centum quae mihi numerasti etiam si non sint a me consumpta, meum tamen peculium augere non possunt, cum peculium non intelligatur, nisi deducto aere alieno, etiam quod naturaliter tantum debetur, tantumdem vero tibi ex ea causa debeatur, quantum est in illis centum. Alioqui dicendum erit ex ducentis, quae erant in vtroque peculio, constat fuisse peculium trecentorum citra vllam nouam acquisitionem, quod esset absurdum.

absurdum. Nam ex vna parte licet pecuniam nullam habeas quippe qui totam mihi credideris, non eo minus tamen peculium habes, & quidem quantum antea fuit, hoc est, centum aureorum. Haec solum differentia, quod cum ante in pecunia numerata confisteret, cepit postea consistere in peculiari obligatione, ex quo tempore debitorem me habuisti. Non ergo consequeris ex meo peculio nisi quinquaginta, sed ea in pecunia numerata. Ego vero ex tuo tantundem, sed in obligatione peculiari, quatenus illa facta hereditaria sit mea iure heredis pro semisse: atque ita faciens me creditorem mei ipsius in quinquaginta qui eram tibi debitor in centum, liberat me ab obligatione naturali confusione iure in illis quinquaginta. Ergo si post factam inter nos non tam peculiorum quae amplius peculia non sunt, quam totius hereditatis diuisionem soluam tibi centum, pro ea quidem parte pro qua heres extiti, id est pro semisse repetam quod solui, sed pro alia parte pro qua tu heres extitisti, nulla ratio est cur possim dicere, quo iure fuerit, aut videri debeat sublata pro ea parte obligatio mea naturalis. Non enim fuit sublata confusione, quia pro ea parte semper fui debitor, nunquam creditor, tu vero contra nunquam debitor, sed semper creditor, quamuis alio atque alio iure, viuo scilicet patre, ex propria tua persona, eodem vero mortuo, iure heredis, ad quem obligatio illa tua peculiaris facta hereditaria per causam hereditatis ad te peruenerit. Multo minus possis dicere sublata esse pro illa parte obligationem naturalem, veluti solutionis potestate, cum neque tibi soluerim te vera, priusquam facta fuerit numeratio pecuniae, de cuius repetitione tractamus. Neque ex peculio meo plus consecutus sis, quam ego ex tuo: propter quod possim videri soluisse. Reliquum igitur est vt supersit obligatio naturalis quae semel fuit contracta, & nunquam dissoluta, quae proinde impediatur soluti repetitionem. † Probat autem Africanus, non quidem fratrem debitorem posse repetere pro qua parte frater creditor heres extitit, si non minus ex peculio fratris debitoris ad eundem fratrem creditorem peruenerit, de quo vix poterat dubitari, sed quod erat difficilius, non posse repetere si vel nihil, vel minus ex peculio suo ad fratrem peruenerit creditorem: Et probat hoc argumento, quod si pater in proposita specie mihi debitori totum peculium meum praelegasset, quod diximus fuisse ducentorum, officium quidem arbitri familiae eriscundae qui inter nos diuideret hereditatem tale esse deberet, vt patris nostri voluntatem secutus, iuberet me mihi totum illud peculium retinere ac praecipuum habere, nec pati vt in diuisionem tecum veniret, sed tamen futurum, vt posses tu aequitate eiusdem iudicij ex eo peculio deducere quantum tibi a me deberetur, pro qua parte patri nostro heres extitisses, vt ea deductio vice solutionis cederet, tibi que acquireret ius retentionis. Nam cum praelegatum nihil aliud sit quam legatum quod vni ex heredibus relinquitur, ac proinde quicquid illud est quod praelegatum fuit, eius necesse sit capi partem iure hereditario, partem vero iure legati, id est partem ab eo ipso, cui fuit praelegatum, partem vero a coherede, l. miles ad sororem 75. §. 1. de leg. 2. l. in quartam 91. ff. ad legem Falcidiam. Consequens est vt quemadmodum pro qua parte ego debitor, idemque praelegatarius patri nostro heres extiti, praelegatum non valeat, quia mihi a me ipso legari non potuit l. & quidem totum. 18 de leg. 1. ita pro qua parte heres extitisti, & valeat & ex tua portione ad me peruenerit intelligatur. Quo

praesupposito non est mirum habere te ius retentionis ob illam obligationem naturalem, quae pro ea parte nunquam fuerit dissoluta, & in eam rem vt deductione, id est, impetrare ab arbitro familiae eriscundae, vt peculium meum quod non obstante praelegato confusum est in hereditate, factumque hereditarium, ac proinde commune mihi & tibi, non prius apud me praecipuum manere iubeatur, quam tu deduxeris ex ea portione quae mihi a te iure legati obtingit, quinquaginta illa quae tibi adhuc supersunt debita ex naturali mea obligatione, quoniam nisi consuleres tibi per eiusmodi deductionem, nullum superesset tibi ius, aut potius nullus modus retentionis. Quod si eo quoque casu quo peculium meum mihi praelegatum fuerit, habes contra me ius deductionis, quanto magis habere debet ius retentionis si vltro tibi solueris quod debeo cum non esset mihi peculium praelegatum? † Hic enim solennis Africani mos est argumentandi, vt probet obscurum per obscurius, difficile per difficilius, quod significat ipse etiam contextus verborum, adeo vt si praelegatum, &c. Ex qua ratiocinatione tanto magis apparet verum esse quod docuimus obligationem naturalem non fuisse quaesitam patri. Nam si fuisset quaesita, is certe praelegando mihi totum meum peculium, totam illam obligationem peculiarem in me transfudisset, hactenus saltem ne possem cogi vllam eo nomine pati ex peculio meo deductionem. † Vtitur etiam Africanus alia ratione sumpta ex Iuliano quem habuit praecipuum. Nam si extraneo creditori quinquaginta ista debuisses quae tibi debui, & post mortem patris nostri non solum egisset ille contra me tanquam sibi obligatum ciuilitur, sed etiam exegisset, nondum accepto inter nos familiae eriscundae iudicio, tantum ego recuperare a te meo coherede per officium arbitri potero, quantum creditor meus actione de peculio a te consequi potuisset, id est, quantum in peculio pro parte tua hereditaria fuisset. Quoties enim filiofamilias cum extraneo contrahit, duo fiunt debitores eiusdem creditoris, filiusfamilias in solidum, pater vero de peculio, ita vt vterque, ciuili & propria actione teneatur, l. si quis cum filiofamilias 44. D. de pecul. Ita que cum non minus esset in peculio, quam quantum debebam, & tu tanquam coheres patris ea actione de peculio partem debiti ex parte peculij soluere cogi potuisses: aequum est, si ego totum de meo soluerim, non ob id meliorem fieri tuam conditionem, sed tantundem te mihi debere reddere iudicio familiae eriscundae, quantum creditori meo actione De peculio praestare debuisses. Quid enim tua interest an praestes mihi, an extraneo creditori, & an actione De peculio, an iudicio familiae eriscundae, dummodo non plus praestes vno casu quam alio? Hoc vero supposito infert Africanus, si re integra, & nondum exacto a me per extraneum creditorem quod ei debebam, iudicium familiae eriscundae inter nos accipiat, aequum esse ita peculium diuidi, vt vsque ad eius quantitatem praestes me indemnem, id est, vel caueas mihi de indemnitate, vel patiaris ex tua peculij portione in diuidenda hereditate tantum creditori meo ita faciendum, vt non morer in damno. Itaque si debebam creditori extraneo quinquaginta, retinebo ego ex peculij mei tua parte, quae est centum aureorum viginti quinque quae alioquin fuerant ad te pertentura. Ex hoc vero rursus idem Africanus infert, si aequum est defendi me a te, ac indemne praestari contra extraneum creditorem, multo magis debere te mihi

eandem indemnitate prestare in eo quod tibi ipsi debeo. Facilius enim est, minusque tibi onerosum, ut ex eo lucro, quod tu per peculiorum confusionem, & ex mei peculij communicatione consequeris, semper enim ponimus meum esse vberius tuo) tibi ipsi cogaris solvere quod ego tibi debeo, quam ut extraneo. Sibi enim solvere quis potest, & plerumque debet, etiam sine actione, cum tamen alij solvere nemo cogatur nisi actione interueniente, l. si pupilli 6. §. ult. ff. de negot. gest. l. quoties 9. §. si autem ff. de admin. tuor. Quæ postrema Africani ratiocinatio, ut apparet, non eodem pertinet quod superior, ut probet non posse me repetere quod tibi soluerim pro qua parte heres extitisti, si vel nihil, vel minus ex peculio meo ad te peruenerit, sed ut è contrario probet posse me repetere pro ea quoque parte, si non minus ex peculio meo ad te peruenerit, quam superfit in obligatione mea naturali. Quod enim concludit Africanus, longè magis debere me prestari à te indemnem in eo quod tibi debeo, nihil aliud est quam quod initio dixit dandam esse mihi pro ea parte repetitionem. Nulla enim alia ratio est qua me possis prestare indemnem posteaquam tibi solui quod amplius non debebam, hoc est, quod habendum erat pro soluto, hoc ipso quod peculij mei partem esses cõsecutus vberiore quam ego tui. Hoc enim semper ponendum est, quasi è contrario fingeremus peculia esse æqualia, cessarent omnes illæ rationes Africani, quibus probare vult dandam mihi esse conditionem. Et hæc ad Africanum nostram adnotasse sufficiat. Nam quod sequitur in §. quæsitum, de

obligatione naturali acquisita filio contra patrem, & vicissim patri contra filium, sicut ad eundem statutum pertinet, ita ex superioribus intelligi facillè potest, probatque euentissimè quàm verum sit quod nos defendimus. Obligationem naturalem sic acquiri filio, ut per eundem filium non possit acquiri patri, cui alioquin acquireretur contra seipsum. Ponendum tamen est, ut Africanus ponit, factam fuisse solutionem ex illa naturali obligatione post emancipationem. Alioquin si facta esset durante patria potestate, non posset locus esse quæstioni De conditione indebiti, non ob id solum quod nulla possit esse lis inter patrem & filium, familias extra causam castrensium peculij, l. 4. ff. de iudic. sed etiam quia pecunia filio familias soluta etiam ab extraneo, nedum à patre acquireretur patri tanquam effectus obligationis naturalis, ut & alia quælibet acquisitio dominij per filium ad patrem deuolueretur. Remanere verò naturalem obligationem etiam post emancipationem probat Africanus hoc argumento, quod si intra annum post emancipationem ageret extraneus de peculio contra patrem debitorem filij, etiam quod pater filio naturaliter debuisset in peculio computaretur. Nam & deductio illa & computatio, quarum altera minuit, altera auget peculium, effectus sunt obligationis naturalis. Reliqua in Rationalibus dicemus, quæ si absolueret dabit Deus Opt. Max. non habebunt iuris studiosi quibus nostra omnia vouemus, quod conquerantur, cur hos Coniecturarum libros qui penè in infinitum produci poterant, vigesimo concludamus.

F I N I S.

Gloria tota Deo qui hæc nobis otia fecit.



I N D E X



I N D E X
P R O N V N T I A T O R V M

ET V E R B O R V M I V R I S I N S I G N I O R V M,

Q V A E I N H I S V I G I N T I A N T O N I I F A B R I I . C .

acutissimi & Doctissimi Coniecturarum libris
continentur, elementorum serie
dispositus.

Primus numerus librum, secundus caput, tertius summarij numerum in margine
notarum designat.

Absens. Absens potest emancipari. 9.9.15 non potest adoptari. 9.9.15. & seq. Absenti per epistolam donari potest. 3.12.5 Absens Republicæ causa quando restituitur in integrum. 14.1.10. & 11 Absentibus quando incurrat Prætor. ibid. num. 12	Absentio. Absentionis beneficium est ex Iurisdictione Prætoris. 2.2.1 Absentio est loco repudiationis. 9.14.22	Acceptilatio. Acceptilatio est modus legitimus tollendæ obligationis ipso iure. 20.15.7 Acceptilationis effectus. 4.18.1. per acceptilationem liberatio reo, liberatur quoque fideiusor. ibid. Acceptilatio sequitur obligationem. 19.3.13. eamque perimit. ibid. per acceptilationem dos olim frequenter cõstituebatur. ibid. num. 11. & 12 Acceptilatio solutioni comparatur. 11.18.5 Acceptilatio Aquiliana est omnium optima & efficacissima liberatio. 17.9.4. acceptilatio est civilis & imaginaria solutio. 17.11.27. est eiusdem potestatis, cuius vera & naturalis solutio est. ibid.	Accrescendi Ius. Iuris accrescendi & substitutionis differentia. 4.13.9. Ius accrescendi est ex lege. ibid. Iuris accrescendi inter legatarios quando sit locus. 6.1.11. Ius accrescendi in portionibus agnatis locum non habere. 3.4.4	Accusatio. Accusatione nondum institutâ, liberaliter accusatio remitti potest. 2.20.9. non item pecuniâ accepta. ibid. ab accusatione qui desistit, incidit in Senatusconsultum Turpillianum. ibid. Accusatores subscriptionis necessitas obstringit. 2.20.3 Accusatio adulterij etiam ante Constantianum publica fuit. 2.20.5	Acquirere Acquisitio. Acquisitio alia reuocabilis, alia irrevocabilis. 20.2.2. & 3.1. Irrevocabilis per legatum agnition. in inducitur. ibidem. legatum quod semel acquisitum est. amplius repudiari non potest. ibidem. & 17.9.11 Acquiri alteri per liberam personam nihil potest. 18.7.4. & 11.18.4. excipitur causa possessionis quæ per liberam personam acquiri potest. 18.7.4 Is sibi acquiri, qui ex aliena pecunia rem comparat. 5.9.1. non ei cuius sunt nummi. ibidem. excipitur miles, ex cuius pecunia qui emit, non sibi, sed militi acquiri ibid. maritus non potest acquirere uxori. ibid.	Actio in genere. Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. 20.9.2. & 15.1.1. an sit generalis illa definitio. 20.9.4 Actio dicta est ab agendo, id est cogendo & compellendo, quod per eam agatur & cogatur is qui est perditus in ius venire. 20.9.11.2 Actio num vendi possit. 12. tot. ea. 12. Actionum formulæ licet sint sublata, earum tamen natura mansit. 20.8.17 Actio quæ solutione preempta est, an ex intervallo cedi possit. 11. tot. ca. 9. Actio non datur nisi ei cuius interest. 20.11 Actiones olim nihil aliud erant quam formulæ certis verbis conceptæ. 20.13.5 Actionum formulæ olim fuerunt diuersæ. 15.1.21 Actionem elidi & tolli differunt. 12.4.12 Actio amitti potest culpa & vitio actoris subsistente obligatione. 7.16.4. difficilius datur quam exceptio. 7.9.11 Actio nulla nasci potest ex sententia quæ non irrogat condemnationem. 16.14.8 Actionem exercendo nemo suam conditionem deteriorem facit, sed meliorem. 16.14.3 Actiones possunt hodie ab herede & contra heredem incipere 19.19.13. quod olim secus erat. ibid.	Actio debet incipere à citatione. 20.9.13 Actionem cui damus, multò magis exceptionem dari oportet. 20.11.23 Actionem ex sua improbitate nemo consequi debet. 20.8.6 Actio est ius, id est portio quædam & effectus iuris civilis. ibidem ex eadem causa duæ actiones interdum competunt. 16.4.7 Actionum diuisio in actionem in rem, & actionem in personam est perfecta. 20.10.2 Actionum diuisio quam proponit Imperator in §. omnium. Instat. de actionib. examinatur. 19.22 Actio nulla potest incipere ab executione contra rem inauditam. 20.9.13. alia est ordinaria, alia extraordinaria, alia subsidiaria. 11.17.9 Actionis species & differentia & primum actio in personam. actionum realium & personalium differentia. 20.9.2 & seq. & lib. 15.1.2. actiones personales conditiones dicuntur. 16.4.9 actionem in personam sequitur cõdemnatio: secus est in actione in rem. 15.1.2 solæ actiones personales propriè loquendo actiones dici debent. 15.1.1 actioni non est locus, quin præcedat efficax obligatio. 8.2.5 actio in personam incipit à coactione. 20.9.2 actiones merè poenales quæ sunt. 4.19.4. nulla actio extenditur ultra quadruplû. 2.3.1. actio de Dolo, est merè in personam. 16.18.17. ex remedio. leg. diffamari 19.20.7 actionis mandati, & actionis negotiorum gestorum eadem vis est & potestas. 8.6.13 actio de constituta pecunia plenior est & efficacior actione ex stipulatu. 15.2.17 actiones in factum sunt omnes in personam. 20.16.8 in actione ad exhibendum intendit actor aduersarium debere exhibere. 19.20.6
---	---	---	--	--	--	--	---

actio rescindens est personalis. 20.10. 18
actio ex vendito est in personam. 5.4.4
actio negotiorum gestorum ei non competit, qui suum negotium gessit. 11. 7.3
actio ex iureiurando. 19.10.2
actio ferui corrupti. 5.8. actio negotiorum gestorum quando datur fideiussoribus. 8.6.13. actio de peculio non datur in solidum, sed quatenus peculium patitur. 1.9.2
actio de in rem verso datur in solidum. 1.9.2. competit aduersus patremfamilias vel dominum ex contractu inito cum filiofamilias vel seruo. 11.1.23
actio ex contractu datur etiam in id quod pacto comprehensum est. 5.10.4
actio mandati actioni negotiorum gestorum est simillima. 16.9.6
actio empti competit ad hoc vt venditor vacuum rei vendite possessionem tradat. 12.18.3
actio tutelae est bonae fidei. 11.12.7
actio constituta pecuniae qualis. 5.3.1
actio in factum iudicialis quando incus. 5.13.6. & 5.16.4
in actione Quod metus causa intendit actor aduersarium debet restituere. 19.20.6
actio legis Aquiliae est poenalis. 4.1.20
actiones ex delicto vel sunt merè poenales vel mixtae. ibid.
actiones quae ex delicto proficiunt non dant aduersus heredes in solidum, nisi his sit contestata, Bartolus & alij volunt. 4.1.19
actio sepulchri violati infamiam irrogat. 4.2.6
actio vi bonorum raptorum est mixta. 4. 1.4. In actione siue iudicio de eo quod metus causa, in quantum damnatur reus. 16.18.2. & 8. actio quod metus causa an sit mixta. 20.10. numer. 1. & 5. q.
actio ad exhibendum an sit mixta. ibidem
actio mixta eo sensu quod & in personam sit & in rem, est nulla. 20.10. num. 1. & 5. q. q. In actione de eo quod metus causa in litem nunquam iuratur. 16.18. 1. & seq.
Actio in rem.
Actio in rem petitio magis proprie dicitur quam actio. 20.9.3. & libr. 15. cap. 1. num. 2. aut persequitur reus appellatur, si sit quidem in personam scripta, sed ad rem ipsam consequendam. ibidem
actiones in rem scriptae quae. 19.20. num. 4. & seq.
actionem in rem scribi, & in rem dirigi sunt diuersa. 19.20.5
in actionibus in rem non persona, sed res conuenitur. 20.8.17. & cap. 9. num. 8. possessor est aduersarius non reus: at in actionibus in personam idem est reus & aduersarius. 20.9.10
actio in rem non nascitur ex vilo negotio. 20.8.9. sed tantum ex possessione detentoris & dominio actoris. ibidem.
actiones in rem an dentur contra possessorem. 20.9. num. 8. & 9
actionem in rem nemo inuitus patitur aut suscipit. 20.9.20. actio in rem non nisi domino datur. 19.12.4. nunquam contra dominum. ibid.
in actionibus in rem in litem iuratur. 6. 17.8. & cur. ibidem
in actione in rem aliquando euenit vt possessorem satifdare oporteat, de re quae petitur, vbi petitur, aut vbi iudicatur restituenda. 12.16.2. In act. in rem restitutio fit arbitrio iudicis. ib.3
actio in rem est duplex, directa & vtilis

20.11.1. directa cui datur. ib. vtilis cui datur. num. 3
actio in rem de seruitute est duplex, confessoria & negatoria. 20.15.1
actio hypothecaria merè in rem est. 16. 18.17. actionis hypothecariae duo sunt capita. 16.14.12. actio hypothecaria seu quasi Seruiana datur ex nudo pacto. 19. 6.2. & 3. in id datur vt auocet possessionem. ibid.
actio pignoratitia an ei datur, qui rem alienam pignori dedit. 7.19.1
actio rescissoria est realis. 20.10.17. definitur. ibid.
actiones in rem dicuntur arbitrariae. 12. 16.2. nu. 3. & cur. ibid.
actionum arbitrariarum natura & definitio. 12. 16.3. Arbitraria actio multiplex. 15.2.14
actio de eo quod certo loco est arbitraria. 12.16.4. & cur. ib. proprie & cur. dicitur arbitraria. 15.2.14
Actiones bonae fidei fructibus, census, praetoriae etc.
Actiones bonae fidei in re oriuntur. 16.1.21
actio ex testamento an sit bonae fidei. 15.3. 22. & 12.18.3
actiones fructu iuris ex stricto iure obligationis pendet & assumantur. 15.2.1
actio ex stipulatione est stricti iuris. 14. 18.4
actiones praetoriae ex aequitate omnes assumantur. 15.2.20. illarum usus. 15.1.18
actio de constituta pecunia est praetoria. 15.2.17
In actionibus civilibus licet ex delicto descendat vera sit litem contestatio. 7. 20.9
actio ad supplementum legitimae à Iustiano est introducta. 15.10.21
actio iudicati. 11.9.8. priorem actionem nouat. ibidem
actio vtilis tantum potest, quantum directa. 19.18.10
actiones vtilis aliae dantur, aliae naturae. 19.19.11. & quae dantur, quae naturarum sit natura. ibid.
actionum aliae actiuae, aliae passivae. 19.15.1
actiones rei persecutoriae contra heredem in solidum transeunt. 4.1.20. licet sint ex delicto. ibid. etiam actiones quae rei persecutionem non habent dantur aduersus heredes in quantum ad eos peruenit. 4.1.2
actio rerum amotarum rei persecutione continet. 4.1.14. & 15. datur aduersus uxorem quae mariti res amouit. 3.19.6. & 16.11.17
ad actiones ex strictis fieri possunt arbitrariae. 15.2
Actor.
Actor debet sequi forum rei conuenti. 20. 7.9. actor dicit, reus contradicit. 19.20.9
actor intendit, reus defendit. ibid. actoris intentio est actio, rei defensio est exceptio. ibid.
actor dicitur ille tantum qui agit, actoris verò partibus fungi ille demum cui incumbit onus probandi. 20.13.11.13
actore non probante absoluitur reus. 19. 4.8
Actus.
An in seruitute actus, iter quoque continetur. 1.20.1. & seq. actus est ius agendi iumentum vel vehiculum. 1.20.6. quid differat ab itinere. 1.20.5.6. & 8. à via. ib. actus latitudo vel est à contrahentibus vel ab arbitrio. 19.14.9.10. & 11. differt à via, & ab itinere. 19.14.11
actus non debet operari ultra intentionem agentis. 11. 17.9. actus morientium an possint suspendi. 19.16.18. viuentium an suspendantur. ibid. nihil actum videtur, quandiu aliquid agendum restat. 20.

19.10
Aditio hereditatis.
Aditio hereditatis est necessaria vt testamentum possit effectum suum habere. 19.16.13. non tam legis, quam hominis confirmatio est. ib. personale factum a deuentis desiderat. 17.15.8
aditionis hereditatis effectum. 15.13.14
adeundi ius pendet ex delatione. 14.1.5
aditio coacta nihil lucri & commodi affert. 7.17.7. In suis heredibus nulla est aditio hereditatis. 10.18.1. non aditio patris hereditate pupillares tabulae conuunt. 2.2.1
Adiectus stipulationi.
Adiecta persona stipulationi quae datur. 19.19.6. est ea cuius nomen sequitur non in persona in qua consistit ius obligationis. ibid. etiam persona extranea solutionis causa in stipulatione adici potest de adiecto stipulationi solutionis gratia. 3.10.2
Adiudicatio.
Adiudicatio hypothecae quid sit. 16.15.13
Adoptio.
Adoptio est actus legitimus. 9.9.17. nec diem recipit, nec conditionem. ib. sit in fauorem adoptantis & adoptati. 9.9.15
adoptari non potest is qui est in hostium potestate. 9.9.15. & seq.
Aduentitia.
In aduentitiis filiusfamilias heredem ab intestato hodie habere potest. 10.8.12
aduentitia non conferuntur. 13.11.25
Adulterium.
Adulterij crimen sanguinis poenam non irrogabat ante Constantis & Constantij constitutionem. 2.20.2. poena olim erat relegatio. ibid. de crimine adulterij iure veteri transigere & pacisci non licebat, quin actor in Senatusconsulti Turpiliani poenam incidere. 2.20. in princip. nouo iure crimen adulterij est capitale. 2.20.3. adulterij accusatio est hodie publica. ibid.
Aedificium, aedificare.
Aedificare ad alterius iudicium non licet. 19.15.13. ita vt vicino duntaxat noceatur, non verò aedificanti potissimum consulatur. ib. vi prohibere aedificanti non licet. ibidem
aedificium an tolli possit in infinitum. 19. 15.14
Aequitas.
Aequitas praetoria nihil differt à iure praetorio. 9.14.11. aequitas civilis à iure civili prioris discrepat. 9.14.12. aequitas civilis & praetoriae differentia. ib. aequitatis naturalis effectum. 8.16.1
aequitas cerebrina. 11.9.2
Aestimatio.
De aestimatione rei debet inueniri. 16.11.1
aestimatio rei debet posse crescere post condemnationem, aut postquam perempta res est. 16.5. de aestimatione rerum fortuitarum. 16.11. aestimatio delicti praeteriti ex postfacto an crescat. 16.6.13
aestimatum commodatum dari potest, vt periculum omne ad commodatarium pertineat. 7.6.4. & 5
rebus aestimatis in dotem datis venditionem dotis causa factam censeri. 7.6.3
hominis aestimatio incertior est, quam fundi. 7.6.6
aestimatio quasi venditio est. 7.5.4
aestimatio quae dotis causa fit, an sit venditio. 7.6.3
in aestimando eo quod interest honesti modus seruandus est, non immoderata cuiusq. luxuria subsequenda est. 5.8.1
Affectio.
Affectio personarum an possit efficere

vt alteri per alterum actio acquiratur. 1.4.1
Affectiones immodicae civilis legislator reprimere solet. 2.3.1
Agere.
Inuitus agere quis cogatur. 8.17.7. & 8
malè qui agit, causa cadit. 20.9.14
non item is qui frustra agit. ibid.
Agnatus.
Agnatus proximus est quem nemo antecedit. 20.4.6
agnatus supremus est post quem nemo est. ibid.
proximus Agnatus quis dicatur, cum de successione intestati agitur. 6
si Agnatus proximus delatam hereditatem repudiasset, sequentis gradus agnati iure veteri non admittentur. 3. 4.11. in agnatis non est successio. ibid. & lib. 10.12.7
Alienatio.
Alienationis nomen ad contractus magis quam ad ultimas voluntates pertinet. 14. 7.3
an alienatio dicatur translatio domini, quae sit per heredis institutionem. 14. 7.4
alienare etiam dicitur is qui non vtendo, seruitutem amittit. 19.14.4
alienatio est actus per quem dominium transfertur. 14.7.4
alienationes onerosae post contractum capitale crimen an valeant. 7.20.14. & seq.
alienatione generaliter prohibita, censetur excepta causa alienationis necessaria. 14.11.6
prohibita alienatione extra familiam, an sit prohibita extranei heredis institutio. 14.6
multa sunt quae cum alienari non possint transeunt per vniuersitatem. 14. 7.5
Alledialia.
Alledialia bona libera sunt ab omni onere soluendi canonis, vel taburi annui, aut alterius praestationis, & quorum dominium sibi vindicare alius nemo potest. 20.11.10
Alloisymoi.
Alloisymoi qui dicantur apud Iuriscons. Graecos. 11.2.1
Alternatiuus.
In alternatiuis stipulationibus debitoris est electio. 2.15.1. & lib. 7.5.1
Annuum.
Anni appellatione quae significantur. 2. 8.4
Appellatio.
Appellatio extinguit iudicatum. 7. 20.13
Apostasia.
Crimen apostasias morte non finitur. 7. 20.6
Aquaductus.
Aquaductus est seruitus rustica. 19.9.15. non potest constitui ex stagno, neque ex lacu non perpetuo. ibid. ex cisterna constitui nequit. ibid. acquiritur longo tempore. num. 16
aquaductus est seruitus discontinua. 19. 11.4
Aquahaustus.
Aquahaustus non potest constitui ex puteo, nisi habeat aquam perennem. 19. 9.15
Lex Aquilia.
an lege Aquilia agi possit pro damno dato à rebus inanimatis. 5.17.2
Aquiliana formula.
Aquiliana formula est instituta in gratiam posthumorum alienorum. lib. 9. c. 1.2. & seq.

tractatus de formula Aquiliana & lege Vellea hodie est superuacua. 9. 2.10
Arbiter, arbitrium.
Arbiter quodammodo iudex est, & arbitri sententiam dicimus sicut & iudicis. 18.12.13
arbitrium iudicis an sit sententia. 16. 17.4
Arbitrariae actiones.
Arbitrariae actiones quae. 15.1.17. & lib. 15. 3.2. non oriuntur ex praecedenti obligatione, sed ex merito iudicis officio pendent. ibid. & 15.2.1. non dantur aduersus eum qui ex contractu, aut delicto obligatus est. 15.3.2
Arbitrariae actiones vnde dicuntur. 16. 17. 18
In arbitrariis actionibus nihil omnino debetur ante condemnationem. 16. 19. 24
in iis omnibus arbitrium iudicis praecedit, vt si non pareatur, condemnatio sequi possit. 16.17.10. 4. & 5
In arbitrariis actionibus iudicium iudicis de restituendo praecedit condemnationem. 16.12.0
In actionibus arbitrariis an manu arbitrari auferenda sit possessio rei, qui non vult restituere. 16.17.30. an dicitur sententiae vt Bartolus & alij sentiunt. 16.17.4
arbitrariae actiones propter loci adiectionem quot sint. 15.2.21. an inducantur temporis ratione. 15.3
arbitrariae actiones hodie nullas esse. 16. 17.34
arbitraria iudicia. 15.1.15. neque bonae fidei, neque stricta sunt. 14.18.13. an fiant ex strictis. ibid.
arbitrariae actiones, & actiones bonae fidei in quo conueniant. 15.3.3
B
Beneficium.
Beneficium conatum personae, deficit deficiente persona. 8.13.8
Beneficium diuisionis inter quos locum habeat. 8.1.3. competit fideiussoribus ex epistola Diui Adrian. 11.11.9. ius singulare illorum fuit, qui pro alio soluerent. 11.11.11
Bona.
Bona habent soli paucis familias. 10.8. 11. aliud est Bona, aliud Peculium habere. ibid.
in Bonis rem habere quid sit. 20.11. 12
in Bonis nostris quae res esse dicantur. 19. 8.7
Bona vacantia sunt quae non habent successorem, ne quidem ab intestato. 17. 2.3.
Bona vacantia an possint vlucapi. 7. 10
Bonorum possessio.
Bonorum possessiones introductae sunt à praetore iuris veteris tum corrigendum confirmandi gratia. 4.4.2
Bonorum possessio alia cum re, alia sine re. 9.14. numer. 13. & 14. quid sit vtraque ibid.
Bonorum possessio quomodo sit acquirendi domini modus. 7.4. num. 4
per procuratorem peti potest. 14. 1.18
de Bonorum possessione contra tabulas varia iura condita fuere. 10. 16.13
Bonorum possessio contra tabulas datur etiam si nullus heres sit, & ante aditionem hereditatis. 17.1.3
quomodo differat à querela inofficiosi

testamenti. ibidem
Bonorum possessio non est mixti imperij sed iurisdictionis. 4.4.2
Bonorum possessor est heredis loco. 17.1. num. 16. & 17
C
Caduca.
Caduca pertinent ad fiscum cum omnibus suis. 3.16.4. nimirum ex lege Julia. ibidem
Caducorum & Vacantium bonorum differentia. ibid.
Caduca hereditas quae. 3.16. num. 2. & 3
Calumnia calumniator.
Calumnia crimen est in nosum. 4. 2.6
Calumniatores praetoris edictum infames facit. 6.6.2
vt Calumniator infamia notetur, requiritur vt calumniae causa sit condemnatus. 6.6.4
Causis diminutio.
Capitis diminutio minima, nihil nisi familiae statum immutat. 10.19.4
Capitis diminutione testatoris, quando infametur testamentum. 10.18. num. 6. & seq.
Captio.
Captio in iure scriptis damnus significat. 8.10. num. 1. 2. 3. 4
Captiuus.
Captiuus est seruus hostium. 10. 12.16
Captiuus iura omnia sent in suspensio propter spem postlimij. 10.12. 25
Captiuus status non pendet. ibid.
liberorum Captiuus status est in pendenti. ibid.
captiuus filius non potest testari. 10. 8.14
captiuus redemptus an fiat seruus redemptus. 11.7. num. 15. 16. 17
captiuus & deportatus differentia. 10. 12.32
Casus fortuitus.
casus fortuitus ad dominos regulariter pertinet. 6.10.5
Catoniana regula.
catoniana regula sententia ab omnibus interpretibus male est accepta. 12. 19.1
catoniana regula ad hereditates non pertinet. 12.19.2
lege Julia antiquior fuit. 12.19.12
pertinet ad legata pura. 12.19.14
non ad conditionalia. ibid.
Causa.
causa quid prudentibus significet. 15. 1.13
causa perpetua seruitutis quae. 19. 9.15
duae causae lucrativae circa eandem rem & personam concurrere non possunt. 2.15.1
Cautio.
cautio Muciana. 2.16. eius introducenda causa. ibid.
cautio de damno infecto quid contineat. 2.17. in princip.
Cedere, Cessio, Cessionarius.
cedere actionem & solucere non idem sunt. 12.7.5
cedi possunt iura omnia. 5.7.1. an & fideicommissum, ita vt fideicommissarius in aliam transferat ius persequendi fideicommissum. ibid.
cedentis pactum an noceat cessionario. 12.2
de cessione nominis. 12.7. pag. 25
G G g g 4

**Cessio fieri potest aut commodo periculo que cedentis, aut periculo commo-
doque cessionarij, aut denique utrius-
que gratia.** 12.4.1. & 2
**Cessio nominis quomodo differat à de-
legatione.** 12.11.1
**Cessi nominis periculum an ad ceden-
tem spectet, an ad cessionarium.** 11.7.
num.1. & seq.
**Cessione an liberetur debitor, quominus
à cedente creditore conveniri possit.**
12.2.1
**in Cessionarium directæ actione trans-
ferri nullo modo possunt.** ibidem
**an Cessionario obstat exceptio, quæ ob-
stat cedenti.** 12.9.1
Cincia lex.
Lex Cincia qua de re fuerit lata. 19.11
Circumvenire est dolo malo decipere.
8.3.1
Clericus.
**An Clericus qui agit contra Laicum co-
ram iudice Laico, possit coram eodem
iudice à Laico conveniri.** 20.7.8
**Clericus etiam si maxime velit, Iudicis
secularis Iurisdictionem contra se pro-
rogare iure Canonico non potest.** ibi-
dem num.9.
Codex.
**Leges Codicis ad propositos casus ac-
commodabantur.** 3.17.16. cur difficiles
explicari. ibidem. In legibus Codicis
multa in facto supplenda sunt, quæ
quod in precibus expressa essent, in
rescripto frustra fuissent repetita. 18,
14.35
Codicillis.
De Codicillis. 15.15.1
**Codicilli ante testamentum facti non de-
beant confirmari, ut valeant.** ibid. ori-
ginem sumpserunt à testamentariis. 15.
15.3. de Codicillorum confirmatione.
15.15. num.6. & seq. 15.16. num.2
**Codicilli ex testamento frequentiores
codicillis ab intestato.** 15.14.2. ex Codic-
illis non confirmatis nihil peti potest.
5.12.6
Codicillis hereditas adimi non potest. 18.
16.9
**Clausula Codicillaris an in omnibus te-
stamentis subintelligatur.** 15.17.13
Collatio.
**Necessitas collationis iure Pandectarum
cessabat facto testamento, nisi eam te-
stator expressè iniunxisset.** 7.12.9
Commodatum.
Commodatum quarum sit rerum. 19.7.
12. in iuribus consistere non potest.
ibid.
**rei Commodatæ & dominium & possessio-
nem semper retinet is qui commo-
davit.** 7.6.5
**Commodato qui vitur in alios usus, aut
in aliud tempus furtum facit.** 19.8.4
**Commodatum æstimatum dari potest, ut
scilicet periculum ad commodatarium
pertineat.** 7.6.4
**Commodatæ rei deterioris non factæ
præstatione liberatur commodatarius.**
ibid.
**Commodati actio in id competit, ut res
ipla reddatur.** 7.6.5
Commune, Communicatio.
**Quod commune est plurium in solidum
non est commune.** 11.8.5
Communicatio quando sit alienatio. 5.
4.6
Compensatio.
Compensatio dicitur fieri ipso iure. 8.2.
6. dicitur exceptio. ibid. an sit exceptio,
an verò actio. 12.9.11. ipso iure minuit ac-
tiones. 12.9.9. solutionis vim obtinet,
ibidem.

Compromissum.
**Ex Compromisso non exceptio, ut ex re
iudicata, sed pœnæ tantum petitio na-
scitur.** 11.2.5
**Compromissa iam olim redacta fuerunt
ad instar iudiciorum.** 18.12.13
Concubina.
**Concubina matrisfamilias honestatem
non retinet.** 3.14.1. & 2. in Concubina
stuprum an committatur. 3.14.3. duas
concubinas simul habere non licet. 3.
14.2. an ingenua concubina esse possit.
3.14.11
**Concubina & uxoris differentia. dict. c.
num.8**
Condemnatio.
**Qui Cõdemnare potest, absolvere etiam
potest.** 15.1.5
**Condemnari quisquam non potest nisi
conueniatur, nec rursus conueniri sine
actione.** 11.17.8
**Condemnatio in actionibus personalib.
locum habet, in realibus non habet.** 15.
1.2
Condicere, Conditio.
quibus condicenda sit pecunia. 11.3.10. &
lib.8.8.4
**nemo potest rem suam condicere nisi à
suo.** 16.4.9
**non condicit qui rem suam reposcit ac-
tione depositi aut commodati.** ibid.
**Condicere nemo potest, nisi qui domi-
nium ad se pertinere probaverit.** 4.
1.3
**cõditio furtiva soli domino datur, cum
tamen ex iuris ratione nunquam do-
mino detur.** 16.11.9
**condictio furtiva rei persecutionem ha-
bet.** 4.3.1. est actio civilis non prætor-
ia. ibidem. datur aduersus raptorem. 4.1.3.
est similis actioni rerum amotarum. 4.
1.14
de conditione indebiti soluti. 4.20. nu.1.
& seq.
condictio certi ex mutuo competit. 15.2.
16
**condictio triticaria ex qua causa compe-
tat.** 16.2.4
**condictio triticaria est generale nomen
actionum omnium personalium, ex
quibus aliquid petitur, excepta pecunia
numerata.** 16.4. num.4
**condictioni locus est, si sine impensarum
deductione fundus traditus sit.** 11.20.3
**Sine locus condictioni cum omisa est
exceptio cedendarum actionum.** 11.20.
num.1. & seqq.
condiciones omnes sunt stricti iuris. 16.
4.11
Conditio.
**conditionis cuiuslibet proprium est ut sit
indivisibilis, & consequenter in totum
implenda, nec sufficiat impletam eam
esse ex aliqua parte, nisi cum ex conie-
ctura voluntatis diuisio conditionis
induci potest.** 17.5.10. & lib.13.18.16
**conditionum omnium ea natura est, ut
impleri debeant in forma specifica.** 9.3.
4. & lib.20. cap.1. num.9. & lib.17. ca.14.
num.11
**conditionum verba naturaliter & pro-
priè, non civiliter & fictitiè intelligen-
da sunt.** 17.20.15. & lib.20. cap.1. nu.9
**conditionum aliarum in dando, aliarum in fa-
ciendo consistunt.** 17.15.1. & lib.6. cap.
11. num.1
**conditiones in dando per alium impleri
possunt,** 17.15.1
**conditiones aliarum in faciendo, aliarum in non
faciendo consistunt.** 2.16.5. & earum di-
scrimina. ibid.
**conditio impossibilis est cui natura ipsa
impedimento est, quominus existat.** 6.
12.2

**conditiones impossibiles in non facien-
do.** 2.16. num.3. & 4
**conditio turpis ab impossibili est distin-
guenda.** 6.11.8
**conditiones impossibiles in ultimis vol-
untatibus adiectæ pro non scriptis ha-
bentur.** 6.12.1. in contractibus actum vi-
tiant, ibid.
conditio formalis quæ. 19.1.9. quomo-
do differat à conditione sine qua non.
ibidem
conditio alia tacita, alia expressa. 19.
1.10
**conditiones aliarum affirmatiuarum, aliarum nega-
tiuarum.** 17.18.38
conditiones potestatiuarum. 15.7.2. casuales,
mixtæ. ibid.
conditio alienatiua. 17.5.13. plures condi-
tiones complectitur distinctiue tamen
propositas. ibidem
**conditiones quæ omnino futuræ sunt, vix
pro conditionibus habentur.** 18.5.4. &
lib.15. c.7. n.17
**conditio antequam existat, privatio tan-
tum est puritatis.** 15.7.4. adiecta institu-
tioni, suspendit aditionem. 18.8. nume-
ro 16
**cõditionem expletam esse oportet, prius-
quam peti possit quod sub conditione
relictum est.** 20.2.5
**an is qui sub conditione debet, proprie sit
debitor.** 15.7.8
conditio nunquam disponit. 20.10.16
conditionis & diei conuenientia. 4.20.
num.1. & 2. differentia. ibidem. & lib.6.
12.4
**conditio natiuitatem obligationis remo-
ratur.** 11.3.4
**conditio nuptiarum impletur primo in-
stanti, quo nuptiæ contrahi incipiunt**
19.1.11
**conditio quando liberos habuerit exple-
tâ censetur, si prægnante uxore dece-
serit.** ibid. nu.8
**conditiones an retrahantur ad tempus
quo actus conditionalis interpositus
est.** 19.1.12. & lib.15.7.6
**alterius conditionem deteriorem facere
non licet.** 12.2.11
**conditionalia verba dispositionem non
inducunt.** 17.17.1
**conditionalis legatarij & creditoris dif-
ferentia.** 15.6.1
Coniunctiones.
coniunctionum vis. 17.19. n.4. & 9
**coniunctiones conditionales & disiu-
ctiuarum quomodo sumantur in iure.** 17.
18. num.1. & seqq.
Conductor.
**An ad conductorem rei locatæ periculum
pertineat.** 2.4
**Is qui locauerat conductor apud vete-
res plerumque dicebatur & contra.** 6.
9.3
Confessoria actio.
confessoria actio cui competit. 20.13.1
confessoria actio quid sit. ibid.
**confessoriarum & negatoriarum actionis con-
uenientia.** ibid. num.2
Confideiussores.
confideiussores qui dicantur. 8.17
Confusio.
**confusio in seruitutibus quando contin-
gat.** 20.12. n.1.3.4
**confusio actionum personalium quomo-
do fiat.** 20.12.6
**confusione perimitur omnis prorsus ob-
ligatio.** 7.16.1
Consecratio.
**consecratio recta est à constitutione
pignoris ad venditionem.** 19.
6.13
**consecratio non est bona à venditione ad
pignus affirmatiue.** Consi-

Constitutum.
constitutum. 5.3.1
constitutæ pecuniæ actio. ibid.
**actio de constituta pecunia est prætor-
ia.** 15.2.17. non arbitraria. ibidem
**an constitutum sit accessio principalis ob-
ligationis.** 15.5.24
**constitutum non valet nisi præcedat ali-
qua obligatio.** 15.4.18. & 5.36
**per constitutum debitum neque augetur
neque nouatur.** 5.3.2
constitutum quid differat à stipulatione.
15.5. num.26. & 33
**constitutum est pactum de pecunia iam
debita soluenda interpositum.** 15.5.23
Consuetudo.
**consuetudo nihil aliud est quam lex non
scripta.** 13.11.12
Contestatio.
**Per litis contestationem mala fides indu-
citur.** 16.3.7
Conuentio.
**In omni conuentum genere sequimur
id quod actum est.** 11.18.2
**conventiones de seruitutibus quibus
modis fieri possint.** 19.7.6
**conuentio ne pignus distrahi possit non
valet.** 19.6.7
Contractus.
**In contractibus obligatio statim nasci-
tur, quæ nisi mutuo contrahentium
consensu dissolui non potest.** 7.
14.10
**In contractibus nulla fieri potest inter-
pretatio ex sola alterutrius voluntate.**
ibid.
**In contractibus inspicitur quid actum sit
inter utrumque contrahentium.** ibid.
**contractum non licet contrahenti pro
arbitrio interpretari.** ibidem
**contractus quomodo differant ab vltimis
voluntatibus.** ibid.
**contractus omnes propriam vim & natu-
ram habent ex natura negotij, quod
cuiusque contractus proprium est, de-
pendentem.** 19.2.9
**In contractibus impossibilis conditio ac-
tum vitiat.** 6.12.1
**In contractibus bonæ fidei vnde æstima-
mus obligationem.** 15.1. num.9.
& 10
**In contractibus multa admittuntur con-
tra iustitiam rationem Iuris.** 19.
16.18
**In contractibus que simulatè gesta sunt
pro infectis habentur.** 5.10.4
**In contractibus ita iuris vnde æstima-
tur obligatio.** 15.1.9
**contractus omnes non nisi interuentien-
te duorum pluriumve consensu perfici-
untur.** 15.6.12
contractui interdum opponitur donatio.
19.2.9
**contractuum differentia in contractibus
bonæ fidei, & contractibus stricti Iuris
vnde fluat.** 14.18.4
**contractus eo ipso tempore consumma-
tur quo fiunt, in quo differunt à testa-
mentis.** 15.7.2
**contractus qui consensu perficiuntur,
suum & proprium nomen habent.** 6.9.
10
**Ex contractibus successores tenentur ex
solo consensu quibus successerunt, non
tantum in id quod ad eos peruenit,
sed in solidum.** 1.12.1
**Contractus do ut des, quomodo differat à
contractibus.** 6.9.13
Contractus rogatus non datur actio. 7.
10
**Contractus bonæ fidei an alteri li-
berè vendantur.** 12.8.8
**Contractus bonæ fidei an vendantur
liberè.** 12.8.8

Lex Cornelia.
**Lex Cornelia testamenta eorum confir-
marum qui in hostium potestate deceffe-
runt.** 10.4.1
**Lex Cornelia fingit ciuem Romanum
qui apud hostes deceffit, primâ capti-
uitatis hora mortuum.** 10.3.1
Corpora.
Corporum genera quæ sunt. 15.8. nu-
mer.1
Correum.
**Correi plures siue credendi siue deben-
di quando constituantur.** 11.19.1
**Correi debendi dicuntur à Græcis Α'Α-
λλοεγγυοι.** 11.4.2
**correi debendi quando vice mutua fide-
iussisse videantur.** 11.2. num.1.
& seq.
**correo qui soluit totum debitum non da-
tur actio mandati aduersus correum.**
11.6. num.1. & seqq.
**correi debendi singuli in solidum obli-
gantur, & æquè principaliter.** 11.
1.3
**correo debendi qui totum soluit, nullam
proius actionem competere aduer-
sus correum non solum pro soluti re-
petitione.** 11.17. nu.1. & seqq.
**correo qui totum debitum soluit, an cõ-
petat actio negotiorum gestorum ad-
uersus correum.** 11.7. nu.1. & seqq.
**correorum ea est conditio, ut uterque in
solidum obligationem in se suscipiat,
aut sibi acquirat.** 11.19.8
**correorum, fideiussorum & mandatorum
discrimen.** 11.20.12
**Inter correum debendi & fideiussorem
differentia.** 11.2.9
**correorum debendi obligatio est volun-
taria.** 11.1.4
**ex pluribus correis debendi quis habeat-
ur pro fideiussore.** 11.1. num.1.
& seqq.
de correis testamento factis. 11.19.
num.8. & 9
Creditor.
Creditor qui ante diem petit, malè agit.
15.3.6
inuito creditori ante diem solui potest. 1.
13
**creditor non poterat olim reum & fide-
iussorem in solidum conuenire.** 11.
20.16
**creditoris privilegium cum bona ve-
neunt debitoris.** 5.15.1
**creditor non admittitur ad licitationem
bonorum debitoris, quando alij em-
ptores inueniuntur.** 5.15.4
**Creditorum hypothecariorum prior est
causa quam chirographariorum.** 8.
12.8
**creditor conditionalis quomodo diffe-
rat à legatario conditionali.** 15.
6.1
**creditor ei ex correis qui totum soluit,
quando actiones suas cedere cogatur.**
11.13. num.1 & seq.
**creditor fideiussori præstare actiones
quando tenetur.** 8.6.14
**creditores alij sunt hypothecarij, alij
chirographarij.** lib.20. c.16
**creditor potest pignus vendere aut iure
creditoris, aut iure communi.** 17.
12.1
Creditum.
Creditum non nisi re contrahitur. 5.
10.8
**credita pecunia an nuda pactione fieri
possit.** ibidem
Crimen.
**De publicis criminibus nunquam civili-
ter agi potest.** 7.20.8
crimina publica an morte finiuntur. ibid.
& num.9. & 10

**cum de crimine agitur criminaliter nul-
la proprie sit litis contestatio.** 7.20.9
**quia tunc agitur ad vindictam potius
quam ad rem.** ibid. non ex crimine, sed
ex sententia tantum quæ de crimine
lata est, infamia irrogatur. 6. cap.6.
num.4
**crimen publicum non irrogat infamiam
nisi sententia sit secuta.** 4.2.5
morie an extinguantur crimina priuata
7.20.8
**criminales causæ intra quod tempus de-
beant terminari.** 20.6.5
Culpa.
**Culpæ nomine indistinctè proato, iudex,
non latam, aut leuissimam culpam lu-
miculanti intelligunt.** 3.13
**suam cuique culpam nocere æquum est,
non alicui.** 11.18.3
**quod quis ex culpa sua damnum sentit
nec sentire videtur.** 11.8.12
**cui propria culpa imputari potest, ei nul-
la Iuris parte succurritur.** 2.11.6
**ex leui culpa tutoris defuncti heres non
tenetur.** 1.12.4
Curator.
**Curator furiosi vel prodigi quomodo v-
trumque obliget.** 8.6. num.4.
& 5.
**de curatore qui puellæ nomine cum pu-
beret plus promissit, quam ex eius bo-
nis præstare possit.** 6.18. num.1. &
seqq.
D
Damnnum.
**Damnnum infecti stipulatio quando sit
necessaria.** 2.9. num.1. & 3
Datiuæ actiones.
Datiuæ actiones quæ dicantur. 19.
19.11
Debitor.
Debitor etiam inuitus cedi potest. 15.
5.18
**Debitor qui cedenti soluit ignorans ces-
sionem, liberatur.** 12.4.3
**Debitoris nomen an generaliter vel spe-
cialiter obligari possit.** 8.15. num.1.
& seqq.
**qui in diem debitor est, adeo debitor est,
ut si ante diem soluat repetere non pos-
sit.** 18.5.8
Debitum.
**Debiti diuisio an & quando ex partibus pe-
titione inducatur.** 12.1. num.1.
& seqq.
de debito inter quos disceptari possit. 8.
17. num.4. & 5.
Delatio hereditatis.
**Delata semel hereditate ab intestato, ad
causam testati regressus non datur.** 9.
16.5
Delegare.
Delegare est vice sua alium reum dare.
12.8.5
Delegatio est nouatio. 18.1.11
**Delegatio quomodo differat à cessione
nominis.** 12.11.1. & 2.
delegatio differt à venditione nominis. 8.
16. num.6. & 7.
Delicta.
**De priuatis delictis & civiliter & crimi-
naliter agi potest.** 7.20.8
Demonstratio.
**Demonstratio falla. 5.2.3. falla legatarij
demonstratio legatario non nocet.** ibid.
Deportatus.
**Deportatus omnia sua iura cum ciuitate
amittit.** 10.12.32
**deportati bona ad fiscum deuoluuntur
cum sua omni prorsus causa & cum suo
onere.** 17.20.12

deportatus ferè in omnibus pro mortuo habetur. 10.8.15
 deportati & captiui differentia. 10.12.32
 deportati filius an testari possit. 10.8.15
 deportatus licet amittat civitatem, retinet tamen libertatem, & consequenter matrimonium. 17.20.15
 deportatio iure veteri quibus casib. morti comparabatur, quibus item non comparabatur. 12.17.num.17
Depositum.
 Depositio actio in id competit vt res ipsa reddatur. 7.6.5
 deposito vt non potest depositarius, quin furtum faciat. 19.8.4
Desertio.
 Desertionis crimen an morte finiatur. 7.20.6
Destinatum.
 Destinata non habentur pro factis. 14.5.6
Dies.
 Diei obligationi adiecta vis & efficacia 16.6.3
 qui in diem certam debet, toto medio tempore liberam solvendi potestatem habet. 1.1.4
 diei & conditionis obligationi adiecta differentia. 16.8.num.5. & lib.6. cap.12. & lib.15.4.18. & cap.7. n.7
 diei incerti & conditionis convenientia. 4.20.5
 qui ante diem soluit plus prastat, quam debet. 1.1.5
 qui in diem incertum debet, ita demum videtur prastare quod promissit si post diei eventum solvere paratus sit. 1.1.4
 dies non impedit ne statim obligatio nascatur, quamvis ante diem nulla sit petitio. 11.3.4
 ex die hereditas dari non potest. 3.15.2
 diei adiectio est pro reo, non pro stipulatore. 1.1.5. & lib.15.3.6
 quæ in diem certum debentur, ante peractum diem peti non possunt. 20.19.4
 exceptio. ibid.
 dies incertus tam in testamentis, quam in contractibus pro conditione habetur. 18.5.4
Directa actio.
 Directa & utilis actionis differentia. 4.7. num.5. & 6
 directæ actiones sunt pleniores quam utiles. 12.2.10
 directæ actio civilis ex stricti iuris ratione æstimatur. 15.2.20. utilis ex æquitate. ibid.
 directam actionem quis habeat an utilis, in effectu nihil interest. 19.17.4
 directæ vindictæ competit domino adversus vectigalem, emphyteuticarium & superficiarium. 20.11.23
 directæ actiones neque peregrinis, neque in peregrinos competunt. 20.5.12
Diuis.
 Diuisi fratres qui in iure dicantur. 14.3.13
Diuiduum.
 Diuidua facta quæ. 3.7.1
Disiunctio.
 Disiunctionum vis. 17.19.num.7. & 8
 disiunctionis proprium est vt ponatur inter diuersa. 14.6.4
 disiunctiva oratio sæpe pro coniunctiva accipitur, & contra. 13.20.12
Dissentio.
 Dissensio Nerarij & aliorum Iurifconsultorum de prædiis urbanis & rusticis

19.15.2
Distractus.
 Distractus eadem est ratio quæ & contractus. 20.10.18
Diuortium.
 Diuortia inter Romanos quando libera. 5.19.2. & 3
Docere.
 Docere est probare. 17.8.15
Dolum.
 Suum cuique dolum nocere æquum est, non alteri. 11.18.3
 in actione de dolo in litem nūquam iuratur. 16.18.num.1
 doli exceptio non ex iure proficitur, sed ex æquitate contra iuris rationem militante. 17.13.3
 an doli exceptio bonæ fidei iudicium esse facit, quod prius fuit stricti iuris. 14.18.1. & seqq.
 dolo pro possessione est. 16.15.11
 exceptionis doli effectum. 14.19.7
 de dolo actio in id datur, quod agentis interest. 3.13.3
 actio de dolo semper est famosa. 4.2.4
 ex dolo defuncti heres quatenus teneatur. 1.12.num.1. & 2
 dolo facit qui contra bonam fidem bis idem exigit. 4.19.7
Dominium.
 dominium acquiri non potest nisi translatione aut occupatione. 14.20.10
 dominij species duplex iure Digestorum 7.4.4. & lib. 20.11.1
 dominium ex iure Quiritium. ibid.
 dominium bonitarium quid. ibid.
 dominium ius est, ac in iure, non in facto consistit. 20.20.1
 Semel acquisitum dominium magis acquiri non potest. 7.4.1
 dominium quomodo ex prætoris iurisdictione acquiratur. 7.4.5
 dominium bonitarium fideicommissario acquiratur, si nimirum secuta est traditio. ibid.
 dominium rei legatæ recta viâ in legatarium transire verum est de legato vindicationis. 20.12.7
 non de legato damnationis. ibid.
 dominium rerum suarum morte quisque amittit. 8.9.1
 dominium patri per filium olim ex omnibus causis acquirebatur. 15.6.4
 dominium directum non potest vscapi. 20.11.20
 dominium rerum testatoris continuatur in persona heredis. 14.20.8
 dominium aliudne sit directum, aliud utile. 20.11.num.11. & seqq.
 dominium lege transferri potest. 6.1.3
 dominium non potest haberi nisi continuatione aut acquisitione. 14.20.10
 dominium navis ex alienis tabulis compactæ cuiusquam sit. 6.15.num.2. & seqq.
 ad dominium transferendum & voluntatem & potestatem transferendi concurrere oportet. 14.20.1
 dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem statim à die mortis. 8.9.1
 de dominio inter quos disceptari queat. 8.17.5
 dominij transferendi modi iure Quiritium quot sint. lib.7.c.4.n.2. & lib.19.c.3. num.3.
 continuatur dominium cum vna eademque est persona. 14.20.8

Dominus.
 Semel dominus magis dominus fieri non potest. 14.20.1
 Domino competit directa vindicta adversus vectigalem, emphyteuticarium & superficiarium. 20.11.23
 eiusdem rei plures non possunt esse domini in solidum. lib.20.c.11. & lib.11.c.8. nu.5
 domini quos vocant utiles non sunt bonitarij. 20.11.12
 domini bonitarij habebant directam vindicationem. ibid.
 dominus absolute & verè dicitur quisquis habet proprietatem, licet usufructus alienus sit. 15.8.12
 an quis sit sui ipsius dominus. 20.18.30
 domini conditio melior per seruos, non deterior fieri potest. 7.11.1
Donatio.
 donatio valere nulla potest, quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur. 7.11.6
 donare filiofamilias cur olim pater non posset. ibid.
 donatio collata in filiofamilias pro dote non valet. 13.2.14
 donare potuit olim pater filio emancipato, aut naturali tantum. 7.11.nu.7
 donatio aboluta quæ. 7.14.9. an reuocabilis. ibid.
 donationes ambiguas quomodo interpretari conueniat. 7.14.num.9
 donatio perfecta nullas condiciones recipit. ibid.
 donationes inter viuos quomodo differant ab ultimis voluntatibus. 7.14.10
 donare nihil aliud est quam perdere. 7.20.15
 donationes mortis causa etiam factæ sint ante contractum crimen capitale, non valent secuta damnatione. 7.20.num.20
 donationes post contractum capitale crimen factæ an valeant. 7.20.num.1. & seqq.
 donatio iure veteri nisi per traditionem, aut stipulationem fieri non poterat. 19.1.16
 donationes causa mortis proximè accedunt ad ultimas voluntates. 7.20.num.20
 donationes quas vir in vxorem contulit, ante admissum capitale crimen, etiam si postea pœna fuerit maritus affectus valent. 7.20.11
 donationes inter virum & vxorem iure civili sunt improbatae. 19.1.5
 donationes inter coniuges quomodo confirmantur. 19.3.4
 donationes inter virum & vxorem, quæ aliàs iure civili non valent, donatoris morte confirmantur. 2.8.1. ex constitutione diui Seueri & Antonini ibid.
 donatio bonorum omnium presentium & futurorum cur non valeat. 10.8.10
 donatio legitime conficitur duobus modis, traditione & stipulatione. 2.8.7
 donatio mutuum donantis & donatarij consensum requirit. 3.12.5
 donatio fauore nuptiarum facta an potest reuocari. 7.15.4
 de donationibus patronorum late. 7.14.2. & c.15. num.1
 donatio iure nouo potest fieri nudo pacto, adeoque testificatione qualibet voluntatis. 19.1.16
 donandi facultas inter eos qui futuri sunt coniuges est libera. 19.1.14
 donator

donator an conueniatur in solidum. 2.13. num.1. & 2
 donator ultra facultates non conuenitur. ibid.
 donationes an reuocentur ex liberorum superuenientia. 7.14.num.2. & seqq.
 donatio non est contractus. 7.14.7
 de donationibus reuocandis. 7.14. num.1. & seqq.
 donationes aliarum rerum, aliarum verborum. 2.8.9
 donationes inofficiose cur excogitantur. 17.10. & seqq.
 donatio penitus est irreuocabilis ac si esset contractus vltro citroque obligatorius. 7.14.num.7
 donatio sponsalitia quando non valeat. 19.1.num.2. & 3
 donatum propter nuptias in dotem ab vxore constitui potest. 19.1.num.3. & 4
 donatio facta à marito constante matrimonio non valet, nisi oratione diui Seueri confirmetur. 19.2.3
 absenti per epistolam donari potest. 3.12.5
 pecunia vxori à marito donata quatenus condici possit. 7.6.1
 donatio pura & inter viuos sic fit ne donator recipiat. 7.14.7. & vt statim res fiat accipientis. ibid.
 inter Donantem & donatarium nullum negotium geritur. 7.14.7
 donandi animus non sufficit ad donandum. 19.2.1
 donatio facta à marito futuro augeudæ dotis causa quatenus valeat. 19.2.1. & seqq.
 in donatione negotium aliquod non geritur, sed tantum liberalitas exercetur. 19.2.9
 donatio pura est contractui simillima. 7.14.10
 quod donatum est, nisi ex stipulatione peti non potest. 2.8.7
 donationes rerum sunt quæ ex rei traditione effectum sumunt. 2.8.9
 donatio ante nuptias quam late pateat. 19.1.2
 donatio ante nuptias quando impediatur. 19.1.num.13. & seqq.
 qui rem suam donat pauperior fit. 7.13.6
 donatio precaria. 2.19.3
Dos.
 Dos an constituatur nudâ confessione. 19.3.6
 dotis stipulatio quomodo differat à dotis traditione. 19.1.10
 dos olim an conferri debuerit. 7.11.9
 an dos profectitia soluto matrimonio reueratur ad patrem superstitibus liberis ex filia defunctæ. 13.1. & lib.1.c.16
 dotis aduentitiæ actio an sit propria filiarum familiarum. 13.5.num.1. & seqq.
 pro dote an competat mulieri vindicta. 8.12.9
 pro dote olim tantum personalis actio competeat. ibid.
 ad dotis duplicationem duplex olim erat comparata actio, vna quæ rei vxoriz seu de dote, altera quæ ex stipulatu dicebatur. 3.3.10
 dos eo animo datur, vt perpetuo sit penes maritum. 12.8.3
 res in dotem filiz datæ pleno dominij iure acquiruntur marito, cum sit dominus dotis. 17.17.n.7
 dotis æstimatæ periculum est mariti. 7.5.1
 res Dotales non æstimatæ mulieri perent, & deteriores, vicissimque meliores sunt.

res sunt.
 dotalis fundus quis. ibidem
 dotalis res que. 5.9.3
 fundi dotalis dominium penes mulierem remanet. 7.5.1
 dos quæ ab auro per filiam ad nepotem peruenit, profectitia censenda est. 13.12.num.1. & seqq.
 dos sine matrimonio esse non potest. 19.1.5
 dotalis seruus cui acquirat. 8.14.num.2. & seqq.
 dos ibi esse debet, vbi sunt onera matrimonij. 13.1.18
 fundus dotalis iure Pandectarum alienari potuit consentiente muliere etiâ sine causa. 8.10.2. multo magis si alienatio esset necessaria. ibid.
 res dotales æstimatæ si factæ sint deteriores, quatenus reddi possint à marito. 7.5.num.2. & 3
 dotis causa est perpetua. 13.1.18
 dotis ius est personale. 11.19.2
 iudicium de Dote est bonæ fidei. 8.13.1
 dos est inalienabilis. ibid.
 dotem promittendo omnes obligantur. 3.3.10
 res empta ex dotali pecuniâ an sit mariti. 5.9.num.1. & seqq.
 dos profectitia est quæ à patre profecta est. 13.1.1
 dotis stipulatio confertur in casum nuptiarum. 19.1.nu.11. non in tempus nuptiarum. ibid.
 dotis constituendæ causa. 1.16.5
 dotis aduentitiæ repetitio nulla patri competit, etiam si sine liberis filia in matrimonio decesserit. 1.16.6
 dotis fructus an possint in dotem conuerteri. 6.20.num.1. & seqq.
 dotis natura. ibid.
 per Dotis traditionem id agitur vt dominium in maritum transferatur. 19.3.8
 Dos legitime constituitur, cum vxor in dotem tradit rem suam, siue à marito, siue ab alio eam acquisierit. 19.1.4
 Dotis contractus re ac traditione perficitur, non solo consensu. 19.1.17
 de Dote à curatore promissa ultra facultates puellæ. lib.6.cap.18 num.1. & seqq.
 qui Dotem marito promissit an conueniatur in solidum. 2.13.num.1. & seqq.
 in rebus Dotalibus nihil iuris habet maritus, nisi ratione fructuum. 1.8.6. qui ad eum pertinent, ibid. necessariæ impentæ an ipso iure Dotem misquantur lib.1.c.2. num.1.
 Dotalis prædij alienatio quatenus valeat. 4.11.num.3. & seqq.
 Dotis datio est valida, quam sequitur traditio. 19.1.4

si non detur, nec ipsa onus subire est necesse. 17.3.num.17
Emptio.
 Emptio quid. 6.9.3
 emptor quis dicatur. ibid.
 emptionis & locationis differentia. 2.4.n. 1.6.7. convenientia. num.9
 ad emptorem an pertineat periculum rei venditæ ante traditionem. 2.4.num.1. & seqq. & lib.6.c.10. num.4
 emptor nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito. 6.9.3
 emptio nudo consensu perficitur. 2.4.1
 ad emptionem perficiendam traditio non requiritur. ibid.
 ad emptorem periculum pertinet post traditionem. ibid.
 in emendo & vendendo licet contrahentibus naturaliter se decipere. 12.12.5
 res empta ex dotali pecuniâ an fiat mariti. 5.9.1
 res empta ex pecunia militis, militi acquiritur. ibid.
 emptor bonæ fidei non potest videri particeps fraudis. 20.14.1
 emptoris an aliquando sit melior conditio, quam venditoris. ibid.
Emphyteusis, Emphyteuta.
 Emphyteuta quis sit. 20.11.5
 emphyteuta & vectigalis conductoris differentia. ibid.
 emphyteuteus ius veteribus Iurifconsultis incognitum fuit. 20.11.6
 emphyteuticum contractum primus Zenon Imperator certo nomine & iure donauit. dict.c.11.num.7
 emphyteutici contractus & locationis conditionis conuenientia. dict. cap. 11.num.8. & 9
 emphyteutici contractus & emptionis venditionis conuenientia. nu.7
 emphyteuta & feudatarij conuenientia. num.8
 emphyteuticum ius à iure vectigali originem traxit. num.9
 emphyteuta non est dominus. 19.13.6
 emphyteuta an possit constituere seruitutem. ibid.
 emphyteuteos & feudi discrimina. 20.11.9
 si Emphyteuta alij emphyteuta constituerit, nihil omnino iuris penes eum remanet. 12.5.6
Error.
 iuris Error in vscapionibus, & ad acquirendum nemini prodesse solet. 7.13.1
Euictio.
 de Euictione pignoris venditi an teneatur creditor. 17.12.2
Excommunicatus.
 Excommunicatus licet possit excipere, non tamen potest compensare. 12.9.5
Exceptio.
 Exceptio alia est in rem, alia in personam. 12.9.num.1. & 2
 exceptiones omnes quæ rei, non personæ coherent transeunt in fideiussores. 8.3.2
 de Exceptione doli. ibid. num.1
 exceptioni locus esse non potest, quin prius locus sit actioni. 8.2.9
 exceptio competens non semper opponitur. 17.11.2
 pacti exceptio fideiussoři prodest. 11.2.12
 exceptio doli bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse dicitur. 14.18.2
 exceptio doli perpetua est. 11.20.3. 2. 8.3.2
 omnis exceptio præsupponit actionem.

E

Edictum.
 Edictum de alterutro quod. 4.9.3. & lib.1.c.37
 Edicti successorij beneficium. 3.4.11
Emancipatio.
 Emancipatio est beneficium. 10.15.21
 Emancipatus filius verè est extraneus. 3.10.4
 Emancipatione an vitietur institutio. 10.15.1
 Emancipatus filius patri stipulari non potest. 1.4.1
Emolumentum.
 Emolumentum cum onere coniunctum

INDEX

20.7.1
exceptio comparata est vt actionem excludat. 7.10.2
exceptio de regula esse debet. 11.20.15. & lib.20.c.13

Executio.
ab Executione vt incipiatur iuris ratio non patitur. 16.17.2
non debet precedere condemnationem ibid.

Exhereditio.
exhereditatione non tollitur ius iuitatis. 9.20.num.1.& 2
exhereditatio non valet, si nemo ex testamento heres fuerit. 3.15.1

Actio ad Exhibendum.
actio ad exhibendum ex variis causis competit. 16.15.21
actio ad exhibendum non tantum ei qui dominus est, sed omnibus etiam illis quorum interest rem exhiberi, datur. ibid.

actio ad exhibendum maxime propter vindicationem introducta est. numero 22

in actione ad exhibendum an iuretur in litem. 16.15.21
actio ad exhibendum vindicationis est preparatoria. 16.17.n. num.17

Experiri.
experiri qui non possint. 5.18.7
Expressa.
expressa nocent, quae non expressa non nocent. 20.17.8

Expromissor.
expromissor is proprie dicitur qui pro non obligato se obligat. 12.8.5
Extraneus.
extraneus persona solutionis causa stipulationi adiici potest. 19.19.6

Extraordinarium.
in extraordinariis iudiciis actio locum non habet. 4.7.nu.7
extraordinaria iudicia illa erant quae per magistratus expediebantur. 4.7.10

extraordinariae actiones illae erant, quae apud Praetorem ipsum extra ordinem exercebantur. 12.17.20
extraordinariae actiones hodie competunt loco interdictionum. 19.20.22

F

Factum.

Facta omnia quae in stipulationem deducuntur, aut sunt diuidua, aut indiuidua. 3.7.1
Facta diuidua quae. ibid. indiuidua quae. ibid.

Facti dicuntur esse, dare, tradere, soluere, & cetera, licet iuris effectus aliquis ex iis sequatur. 17.15.1

ad Factum nemo praecise cogitur. 20.15.7
clam facere quis dicatur. 19.10

Lex Falcidia.
lex Falcidia statuit vt hereditatis quadrantem integrum & illibatum heres habeat. 6.2.1
lex Falcidia singula legata ipso iure pro quadrantis rata minuuntur. 4.6.1

quarta Falcidia est duplex. 6.4.1
Falsum.
de crimine Falsi transigere non licet. 2.20.8

Familia.

familiae nomen est collectivum. 14.9.9

an qui extra Familiam vendere est prohibitus, etiam donare censetur prohibitus. lib.14. cap.13

Famosum.
Famosa iudicia quae. 4.2. nu.4. & 5
Felonia.
Felonia quid feuditis. 20.11.8
Feudum.

Feuda promanarunt a iure emphyteutico. ibid.
Feudorum ius ex moribus Longobardorum totum est deriuatum. ibidem
Feudorum ea est natura, vt nunquam allectant. 14.12.16

Fictio.
Fictiones locum non habent, quando extrema non sunt habilia. 9.7.3
fictio legis Corneliae. 10.3.1
fictioni non est locus, nisi ex necessitate. 20.16.1

fictiones re ipsa nihil aliud sunt quam mendacia. ibidem
fictio postliminij quid efficiat. 10.12.17. & lib.10.3. num.25
fictio breuis manus quid. 3.19.2. lib. 19.3.1

Fides.
ad bonam Fidem possidentis requiritur iustus titulus, & iustus error facti non iuris. 4.17.9

Fideicommissum. fideicommissarius.
Fideicommissum nunquam induci potest absque verbis precariis aut dispositiuis. 14.3.2
Fideicommissa iuris vinculum nullum habent. 7.4.2
per Fideicommissum an acquiratur dominium. ibidem
Fideicommissi nomine actio in rem non competeat ante Iustinianum. 7.1.2. sed dabatur fideicommissario perfectio, quae potius est actio in personam. ibidem

Fideicommissarius ante fideicommissi restitutionem non est eius dominus. ibid.
Fideicommissarius post hereditatis restitutionem in omnibus heredis loco habetur. 12.5.3
Fideicommissio pecuniario grauari non potest, qui libertatem solam a testatore accepit. 17.7.9

Fideicommissario quomodo dominium acquiratur. 7.4.5. & 7
Fideicommissi dominium ex constitutione Iustiniani statim transit in fideicommissarium. ibid. at ante non transibat, nisi facta restitutione. 14.10.13

Fideicommissa ex Praetoris fideicommissarij iurisdictione, non lege aliqua aut constitutione pendunt. 7.4.2
Fideicommissorum & legatorum discrimen secundum ius Pandectarum. 14.10.13

Fideicommissum transmittitur in heredem fideicommissarij. 14.1.6
de Fideicommissi ademptione. 3.18

Fideicommissum quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si legatum ad eum peruenerit. 17.7.5
in Fideicommissi restitutione qui fructus praestentur. 7.1. pag. 189. & seqq.

Fideicommissa tacita tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cum quis domesticam cautionem vel chirographo se obligat ad praestandum fideicommissum ei qui capere non potest. 12.20.18

Fideicommissi & legati appellationibus cur promiscue vterentur veteres. 17.9.2

de Fideicommissio familiae relicta. 14.14. num.2.3. & seqq.
Fideicommissum perpetuum. 14.15.1. conditionale. ibid.
in Fideicommissis illud est singulare, vt ex inutili minusque solenni voluntate quam heres agnouit, debeantur. 7.8.4

Fideicommissum non obligat acquirentem, nec potest vnquam illi esse damnosum. 14.1.7
Fideicommissi vsura nisi a die mortis nullae debentur. 17.7.12
Fideicommissum est onus eius qui rogatus est. 17.18.10
in Fideicommissum vniuersale detrimenta rerum, quae fato aut alio modo, sine lata heredis culpa perierunt, non veniunt. 55.2

non potest quis rogari vt ex Fideicommissio plus restituat, quam acceperit. 17.7.1
Fideicommissa ex eius qui rogatus est conscientia potissimum pendunt. 7.8.4
Fideicommissi dominium acquiratur fideicommissario: si res ei tradita sit. 7.4.2

Fideicommissario quae competat actio pro consequendo debito per hereditatis aditionem conuulso. 18.19. nu. 1. & seqq.
Fideicommissum a quocunque debitore hodie relinqui potest. 19.18.7
an Fideicommissum valeat quoties debitor relinquit creditori quod ei debet. ibid.

Fideicommissum etiam ab intestato potest relinqui, a quocunque debitore praestandum. ibidem
Fideicommissum aliud est tacitum, aliud expressum. 12.20. nume.4. discrimen vtriusque. ibid.
fideicommissaria substitutio. 17.19.16. eius vis. ibid.

fideicommissum an possit cedi. 5.7. numi. 1. & seqq.
fideicommissarius summo iure non est legitimus contradictor in querela in officiosi testamenti. 17.1.8
de fideicommissorum vsuris & fructibus 7.3. pag. 192. & seqq.

rei per fideicommissum relictae dominium quomodo acquiratur. 8.19.10
fideicommissarius substitui potest vulgariter. 14.14.4
fideicommissum reciprocum. d. cap. 14. nu. graduale. ibid.

fideicommissum quando a debitore vtiliter relinqui coeperit. 4.11.1
in fideicommissum hereditatis non veniunt fructus ab herede percepti pendente fideicommissi die aut conditione 5.5.2

fideicommissum graduale. 14.10. numero 42
ex inutili fideicommissio nequidem ademptio debetur. 14.10.20
fideicommissi ad pias causas relicti fructus debentur a tempore mortis. 7.3.9

fideicommissarius non est heres. 17.1.5
fideicommissum an sit iustus acquirendi titulus. 7.4. num. 2. & 3
Fideicommissario iure Pandectarum non competit vindicatio. 14.10.18
fideicommissorum verbis deficientibus an & quando ex voluntate testatoris fideicommissum induceretur. 14.2. num.

RERVM ET VERBORVM.

1. & seqq.
Fideicommissi gradualis & reciproci discrimen. 14. 16. 1. & 2. quid vtrumque sit. ibid.

Fideicommissorum solennia verba quae fuerint. 14.2.1
tacita Fideicommissa in testamento non scribuntur. 17.3.21
Fideicommissum acquiratur etiam ignorantibus. 19.1.6

in Fideicommissum hereditatis non aliquid venire solet, quam quod fuit hereditatis. 19.17.12.
Fiduciosus. Fiduciosus.

Fiduciosus obligatio ex debitoris obligatione metienda est. 16.10.4
Fiduciosus an mandati actio aduersus pupillum detur. 8.6. nu. 1. & seqq.
Fiduciosus vniuersi & com effectus obligetur quid sufficiat. 8.5.3
Fiduciosorum multiterem dare & nullum fideiuss. dare idem sunt. 8.2.4

Fiduciosoria obligatio sola per se solui non potest. 17.11.8
Fiduciosori compensare potest id quod debitori creditori debet. 11.1. nu. 1.
Vtrum fiduciosori praestitutum in integrum per minorem impetrata. 8.2. pag. 216. & seqq.

Fiduciosori quando competat actio negotiorum gestorum. 8.6.13
Fiduciosori non competit exceptio cedendarum actionum. 11.15. pag. 402. & seqq.
Fiduciosoria obligatio extinguitur, si reus fiduciosorem heredem instituerit. 1.5.1. & si reus fiduciosori heres extiterit. ibid.

An fiduciosor ex sua mora propriam obligationem perpetuet. 2. 12. in princip.
Fiduciosoris obligatio non potest esse durior, quam principalis. 15. 8.1
Fiduciosorum, correptorum & mandatorum discrimen. 11.20.12

Qui pro pupillo sine tutoris autoritate fideiuss. obligatur. 8.6.1
Fiduciosoriae obligationis extinguendae modus. 1.17. in princ. & nu. 1.
Fiduciosoria obligatio an tollatur si fiduciosor debitor heres extiterit. 4.7.9

Fiduciosor qui naturali tantum obligatione afficitur, conueniri potest. 7.17.2
Fiduciosor pure dari non potest ab eo qui in eum tantum debet, aut sub conditione. 11.3.4
Fiduciosor pro furioso aut prodigo interuenire an possit. 8.6.8

Fiduciosor non propriae, sed alienae obligationi accedit. 8.4.9
Fiduciosoria obligatio est accessoria. 8.4.2
Fiduciosori cur competat actio mandati. 16.9.2.

Filius, filiusfam.
Filius qui est in potestate, nec honorarius, nec proprie legitimus, sed suus heres est. 7.7.1
Filius a patre institutus, & hereditatem restituere rogatus, non cogitur se iniungere. ibid.

Filius non poterat olim heres esse matris, nisi ex testamento. 14.1.23.
Filius dicitur pars corporis patris. 7.14.8
Filius sit extraneus per emancipationem. 19.17.4

Pater & filius vna eademque persona censentur. 7.14.8
Filio praetorico iniustum censetur testamentum. 9.14.10. & inutile. ibid.
Filiusfamilias in aduentitius heredem ab intestato habere potest. 10.8.12

Filiusfamilias habet personam integram nec iuri ciuili incognitam. 7.11.5
in Filiumfamilias tam ex contractu, quam ex delicto competit actio iure ciuili. ibid. & lib. 13. c. 6. nu. 3.

Filiusfamilias an veteri iure fuerit acquisitionis capax. 7.11. nu. 1. & seqq.
Filiusfamilias & seruatorum comparatio. ibid. differentia. ibid.
Filiusfam. potest testari de castrensibus. 10.18.4

Filiusfamilias ne quidem consentiente patre potest de aduentitiis bonis, quorum pater nec vsufruit. nec proprietatem habet, testari. 13.6.7
Filijsfamilias persona non est integra, vt per se in iudicio stare possit. 13.6.3

Filiusfamilias in castrensibus potest etiam inuito patre agere. 13.6. nu. 6
utemque in beneficiis. ibid.
Filiusfamilias quando permissum sit vt per se agat. 13.6.4

Filijsfamilias inuitis parentibus iure veteri non acquirebant. 7.11.1
Filiustam. non habet heredem in peculio castrensi, si moriatur intestatus. 4.5.2.

Filiusfamilias an possit habere heredes liberos in dote donata. 13.11. nu. 2. & seqq.
Fiscus.

Fisci tacita hypotheca in bonis eorum qui cum ipso contrahunt. 2.10.2
an Fiscus in bonis delinquentis habeat ius taciti pignoris a die commissi delicti. 7.20.3

in causa pignoris fiscus & mulier pari passu ambulat. 8.11.3
Fiscus succedens alicui eo ipso iure vtitur, quo vsurus erat is, cui successit. 17.2. num. 2.

res Fiscales non possunt vsucapi. 7.10.1
Formulae.

de Formulis actionum. 4.7.8. & lib. 20. ca. 10. n. 14. & 15.
Formularum scrupulosa conceptio sub lata. ibid.

Formulae actionum olim diuersae. 15.1. nu. 21. & 22.
Formulae quam dabat Praetor verba. 16.3.
Frater.

Frater in eiusdem potestate constitui an sibi inuicem obligari possint. 20.20.4.
Fundus.

Fundi instructi appellatione quae continentur. 1.6.4
Fructus.

Fructus appellatione non continetur id quod semel remotum non renascitur. 1.8.1
Fructus alij sunt naturales, alij industriales. 4.17.2. & seqq. ad naturales cura, ad industriales cultura pertinet. n.4

naturales Fructus omnes sua sponte nascuntur, & quae iis ab homine impenduntur cura, non tam vt nascantur, quam vt conseruentur, praestant. 4.17.2
Fructus acquirere & fructus lucrari differunt. ibid.

de Fructibus legatorum & fideicommissorum. 7.3. pag. 192. & seqq.
Fructus speciei legatae an ad eum pertinent, cui est legata. 7.3.3
Fructus pendentes qui dicantur. 7.3.10
qui terra contineri dicantur. ibid.

Fructus rei est vel pignori dare licere. 8.16.1. & lib. 19. c. 8.
Fructuum & dominij causa separata. 7.4.8
Fructus dotis ad maritum pertinet. 1.8.3
Fructus possint esse sine vsu. 1.20.10

Fructuarium.
fructuarium potest rem cuius habet vsufructum dare pignori. 19.8.1

Fruus.
frui dicitur qui pensionem percipit. 1.13.8
Fugitivum.
fugitivae leges quae. 19.1.1

Furiosus.
furiosus nullam prorsus mentem, nullamque animam habere intelligitur. ibid.

furiosus obligari aut alienare non potest curatore auctore. ibid.
furiosus iure veteri hereditatem sibi acquirere etiam curatore auctore non poterat. 8.6. 10. nec curator ipsius nomine.

res furiosae an possint vsucapi. 1.18. in princ. c. 1. lib. 7. c. 13.
furiosus rei iuxta dominium in alium transferre non potest. 1.18.3

Furtivum.
quae furta impunita apud Spartanos & veteres Gallos. 3.5.3
ex furto seruus dominus noxali actioe tenetur. ibid.

in re furtiua restituenda moram semper facere fur creditur. 16.12.1. & lib. 4. c. 1. atque etiam furtum continuare dicitur. 16.12.1

furti actio ei non competit cuius nihil interest. 11.1.8
furtum vix sine culpa eius cui sit furtum. 3.5.1

fur in singula momenta non solum moram, sed etiam furtum facere intelligitur. 16.6.12
Furti actio, si cum fure lis contestata sit, contra heredem in solidum datur. VINO
furi heres conditione furtiua tenetur. 4.1.11

res furtivae quomodo restituntur. 16.11. pag. 639. & seqq. restituntur ex actoris iurciuando. 16.11. u. 16.

H

Habitatio.

Habitatio legata a legatario locari potest. 19.8.9
Haereditas.

diuinae haereditas ad laesam maiestatem diuinam pertinet. 7.20.6. morte non finitur. ibid.

Haereditas.

Haereditas non acquiritur ex sola delatione, praeterquam in necessariis hereditibus. 14.1.5
Haereditas defertur quidem ignoranti & inuito, sed non acquiritur nisi volenti. ibid.

Haereditas delata est quam quis adeundo consequi potest. 17.19.4
Haereditas non adita non transmittitur. 6.14.4. & lib. 14.1.1. exceptio. ibid.

Haereditas tam per aditionem, quam per gestionem acquiritur. 6.14.10
Haereditas aduentem obligat creditores & legatarios ex quasi contractu. 14.1.5

Haereditas an & cur personam defuncti representet. 14.20. n. 7. & 9.
Haereditatem non defert lex, nisi vel scripto heredi vel proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum hereditibus. 14.1.5

Haereditatis petitio contra quem detur. 17.1.5
H H h

Hereditas semel agnita repudiari postea nunquam potest. 17.2.5
Hereditas esse potest, etiam cum bona nulla sunt. 10.8.10
cuius Hereditatis vicesima fisco solueretur. 17.4.6
Hereditas quantumvis damnosa fit, videtur esse solvendo, quae heredem habet. 14.10.15. & libr. 7. cap. 17. nu. 7
Hereditas quomodo adimatur. 18.16.9. & lib. 6. c. 19
Hereditas est nomen iuris. 14.18.6
post Hereditatem aditam expirant vulgares substitutiones. 17.19.7
Hereditas ex die cur dari non possit. 3.15.2
viventis nulla est hereditas. 9.1.4
hereditatem damnosam adire nemo cogitur. 18.9.14
hereditas in iure consistit, non in corpore. 18.5.8
de Hereditatis distributione in plures affes. 5.20. in princ.
Hereditatis iure transfunduntur iura omnia defuncti in heredem. 19.18.5

Heres.

Heres cum defuncto eadem persona censetur. 7.14.8
interdum plus potest Heres, quam defunctus, interdum minus. 7.9.2
heredis institutio non nisi expressis & civilibus verbis fieri potest. 17.19.10
heres quo tempore acquiratur rei ius hereditarium dominium. 8.19.1
hereditas nec ignoranti, nec invito heredi acquiritur. d. c. 19. nu. 2
heres rogatus de restituenda hereditate etiam post restitutionem heres perseverat. 17.1.5
in heredem quemlibet transeunt omnia iura defuncti. 14.7.18
heredibus sine partibus institutis, non aliter quam viriles & aequales partes intelliguntur. 18.2.9
heres an possit institui ad tempus, sub conditione, vel ad conditionem. 9.1.16
heredis & legatarij differentia. 8.19. nu. 1. & seq.
heres testamento rogari non potest, ut alterum heredem instituat. 5.18. in i. cap.
heredem habere non potest is qui nulla bona moriens relinquit. 4.5.1
heres quicquid facit tanquam heres facit iure defuncti. ibid.
heres significat & successorem & dominum. 4.5.6
heres qui adit hereditatem, non manet heres ex eo testamento quod semel ruptum fuit. 17.1. nu. 3. & 4
heredi a semetipso legari non potest. 17.3. nu. 3
heres anomalus quis. 9.20.12
heres aut suus est, aut extraneus, id est, alienus. 9.1. nu. 1. 4. & 5
suus heres quis dicitur. ibidem
heres necessarius quis. 3.4.9
heredis appellatione dominus proprie significatur. 7.4.2
heredem cur Praetor facere non possit, ibid.
qui semel Heres fuit, semper heres remanet. 5.7.1. & lib. 3. c. 4
qui heres est & iurium & actionum omnium successor est; quibus poterat defunctus vel experiri, vel conveniri, ibidem.
heres post aditionem fit dominus omnium

bonorum defuncti. 20.12.4
Heres vitiorum defuncti successor est. 4.1.13
Heres est dominus rei legatae, quandiu legati conditio pender. 19.13.9
pro herede quis dicatur possidere. 17.1.5
Heres iustus nemo fit praeter necessarios heredes. 20.2. nu. 2
Heres post condemnationem, aut litis contestationem, defuncto testatore, convenitur ex omnibus causis. 4.1.12
an adversus Heredem actio in solidum detur. 4.1.5
Heredes necessarii non possunt abstinere. 7.7.6
Heres quandoque adeat hereditatem iam tum a die mortis aditisse intelligitur. 7.4.1
Heres qui rem legatam retinet, quandiu non est agnitus legatum, non est in mala fide. 7.4.11
Heres non vult esse qui ad alium transferre vult hereditatem. 7.7.5
propter delictum Heredis, hereditas non fit caduca, sed publicatur. 3.16.3
Heres quibus verbis institui possit. 5.20.5
Heres qui coactus adit hereditatem, ea que relinquit, nullum ex ea emolumentum recitare debet. 12.17.28
Heres voluntatem testatoris neque reuocare, neque interpretari potest. 7.9.6
ius habendi Heredis ex testamento est honorificum. 15.14.8
si suus Heres delatam hereditatem repudiasset, sequens gradus liberi iure veteri non admitteretur. 3.4.11
poena ex delicto defuncti Heres teneri non debet. 7.20. nu. 7
Heres per aditionem obligatur. 7.11. nu. 1
non est sine Herede qui suum heredem habet quamvis abstineat. 3.4.3
Heredes tutorum quatenus teneantur. 1. toto cap. 12
Hypotheca.
Hypotheca constituitur nudo pacto. 19.6.2. & sine translatione possessionis. ib.
Hypothecam vendere creditor non potest, priusquam egerit hypothecariam ad auocandam possessionem. 19.8.5
Hypotheca tacita tribuitur pupillo in rebus tutoris. 2.10.2
Hypothecae adiudicatio quid. 16.15.13
Hypothecaria actio.
actio Hypothecaria nihil aliud est, quam pignoris persecutio. 16.15.4. est arbitraria. 16.15. nu. 13. Hypothecariae actionis duo sunt capita. 16.14.12
in actione Hypothecaria quomodo formandus sit libellus. 16.15.13
in Hypothecaria non res ipsa debetur, sed pecunia. 16.15.4. non agitur de dominio. 16.15.20
in actione Hypothecaria nunquam iuratur in litem. 16.15.1
actio Hypothecaria quid differat a ceteris actionibus in rem. 16.15. nu. 19. & seqq.

I

Impensa.
DE Impensarum in rem alienam factarum repetitione. 2.1. nu. 1. & seqq.
Impensas voluptuarias bonae fidei possessor per doli exceptionem seruat. 2.1.5. mala fidei possessor tollit, si sine dispendio id fieri possit. ibid.
Impensa necessaria tam mala quam bona fidei possessori praestantur. ibid.

num. 6
Impensa necessaria dicitur quae si facta non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. 2.1.6. & lib. 1. c. 2
Impensa alia necessaria, alia viles, alie denique voluptuariae. 2.1. nu. 5. & 6
Impensa necessaria quomodo efficiantur fundum definire esse dotalem. 1.2.5
Impensas viles an dotis repetitionem impediunt. d. cap. 2. nu. 3
de Impensarum in res dotales factarum deductione. 1.3. nu. 5. & seq.
Impensarum nec necessariarum, nec viliu maritus exactionem non habet. 1.8.2
impensas deducere quid sit. 2.1. nu. 6. & 7. tollere. ibid.
impensa in rem communem facta au semper iudicio communi diuidendo repetantur. 3.2. nu. 1. & seqq.
impensa viles per exceptionem retinentur. 13.8
Imperator.
Imperatoribus loicnae est de equitate potius quam de stricto iure respondere. 1.4. nu. 4
Imperator rescribendo vel ius nouum facit, vel quid iuris communis sit, significat. 20.9.6
Imperium.
imperium mixtum nullum est quod iurisdictioni non cohaereat. 4.4.3
imperium merum in quo consistat. ibid.
imperij mixti distinctio interpretum commentitia. ibid.
imperium merum quid. d. c. 4. nu. 1. quid. ib.
imperium mixtum a iurisdictione est distinctum. ibid. nu. 2
Impossibile.
impossibile nulla est obligatio. 17.7.6
impossibilis conditio. 6.12.2
Improbis.
Improbis est qui vult iterum consequi quod accepit. 4.19.7
Incapax.
incapax cui aliquid relictum erat, si se deferret, partem rei relictae consequeretur. 17.3.7
incapax quod relictum est, fisco vindicatur. 17.2.6
Incertis.
incertae personae nihil in testamento relinqui potest. 9.2.1
Indebitum.
qui indebiti conditione tenetur, re obligatus dicitur. 8.8.5. quasi mutuum accepit. ibid.
indebiti soluti repetitioni quando sit locus. 8.8. nu. 1. & seq.
Indefinita.
Indefinita propositio quando aequipollet vniuersali. 13.16.8
Indiuiduum.
indiuidua stipulatio quae dicitur. 3.7.1
Indiuidua facta quae. ibidem
Infamis.
Infamis factus per sententiam vnius iudicis est vbiq; infamis. 19.4.3
Ingenuus.
Ingenua concubina esse non potest, nisi aut obscuro loco nata sit, aut vulgo questum fecerit, aut testatio praesens sit. 3.14.1
Ingenuitas.
Ingenuitatem tribuit natura. 19.4.1. & auctoritas rei iudicatae. ibid. nu. 2
Cognitio de ingenuitate & libertate est iurisdictionis. 19.4.14
Instans.
Instans mortis vitae computamus. 20.1.4
Instigator.
qui instigat ad calumniosam accusationem fit infamis. 6.6.2
Insti-

Institutio.
Institutio heredis aut pura est, aut conditionalis. 9.1.14
Cur institutio heredis non valeat sine aditione. 14.20. nu. 1. & seqq.
Institutio quae ab initio fuit inutilis, ex postfacto conualescere nunquam potest. 9.14.2
an institutio filij vitietur per emancipationem. 10.15.3
institutio precaria. 15.10.14
institui potest incapax in id tempus quo erit capax. 12.20. nu. 3
Institutiones Iuris.
in Institutionibus ea quae sunt generalia tradit Iustinianus. 20.13.17. non quae specialiores requirunt tractatum. ibidem
Instructus.
Instructi fundi appellatione quae continentur. 1.6.4
Interpellatio.
Interpellatio quomodo requiratur ad moram contrahendam. 6.7. nu. 1. & seqq.
est iudicialis, vel extraiudicialis. 16.6.1
Interdictum.
Interdicta quaedam sunt simplicia, quaedam duplicia. 2.18.1. Simplicia quae. ib.
duplicia quae. ibid.
interdicta simplicia sunt aut restitutoria, aut exhibitoria. ib. duplicia sunt prohibitoria tantum. ibidem
interdicta retinenda possessionis quae. ibid.
interdicta duplicia sunt paucissima. ibidem
interdicta fere omnia sunt simplicia. ibidem
interdictorum alia restitutoria, alia exhibitoria, alia prohibitoria. ibid.
interdictum Sabinianum. 2.18.2. Vt possideatis. nu. 4. Vtrubi. ibid. Quorum bonorum. ib. Vnde vi, & de vi armata. nu. 2. quod legatorum lib. 6. c. 1
interdictorum ius est ordinarium. 16.20.17
in omnibus interdictis de possessione agitur, in nullo de proprietate. 16.20.1
interdicta extraordinariis actionibus comparantur. 12.17.19
interdicta sunt actionibus in personam adscribenda. 19.20.21
in interdictis nunquam in litem iuratur. 16.20.1
Id quod interest.
Nihil est incertius, quam id quod interest. 15.2.16
In eo quod interest aestimando honestus modus seruandus est. 5.8.1
id quod interest probationum penuria ad exiguam summam deducitur. 6.17.5
Interpretis.
Interpretes antiquiores terupulosi & suspensiosos magis, quam vere aut veraciter defendunt nullum esse in toto iure locum imperiti interpretis audacia corruptum. 17.3.1
Interpretatio.
Legum interpretationem ex iuris ratione metiri oportet, sicut & legum lectionem. 9.4.1
Interstus.
Interstus dicitur is cuius hereditas adita non est. 3.4.5
interstati proprie appellantur, qui cum possent facere testamentum, testati non

sunt. 14.11.5
Cum de intestati causa queritur quodnam tempus inspicere debeat. 9.1.3
Iter.
Itineris latitudo est a contrahentibus, vel ab arbitro. 19.14.11
iter quid sit. 1.20.3
Inuentarium.
Inuentarij beneficium implorari cur soleat. 7.7. nu. 7
Inuitus.
Inuitus agere vel acculare nemo cogitur. 19.20.8
Index.
Iudices non dabantur olim nisi post litem contestatam. 17.8.13
iudex delegatus quis dicitur. 17.8. nu. 5. & 6
iudices dabantur a magistratibus qui de facto cognoscerent & sententiam ferrent. 4.7.1
iudicis officio multa veniunt quae iure actionis peti non possunt. 11.17.9
iudicis officium mercenarium. ibidem nobile. ibidem
in actionibus in rem iudex competens est ille qui praestitit territorio in quo res sita est. 20.9.23
incompetentia iudicis est nullitas nullitatum. 20.5.2
iudices dare est actus iurisdictionis. 20.5.11
iudices dati iurisdictionem non exercebant. 19.4.14. sed iudicium. ibid.
iudices non dabantur de ingenuitate & libertate. ibidem
Iudex competens quis dicitur. 20.5.2
iudex datus differebat a ius dicente. 20.5.11
iudex non potest sententiam suam corrigere. 20.5.8
boni iudicis officium est quantum & quantum potest lites diminueret. 20.6.5
Iudex semel approbatus an possit recursari. 20.6.3
Iudicatum.
Iudicati tempus an definitum aetate prouidentum. 16.19.17
Iudicatis ad soluendum dabatur 30. dies ex 12. tab. 7. 11. duo menses ex posteriorum Imperatorum constitutionibus ibid. ex Iustiniani lege quadumestre. ibid. hodie quantum videtur iudicanti. ibid.
iudicati faciendi dilatio in quibus iudicis concedatur. 7.1.3
iudicati faciendi tempus est pro condonato. 15.3.11. iudicati actione nouatur prior contractus. 16.14.1
res iudicata pro veritate habetur. 7.16.8
Iudicium.
iudicia omnia sunt absolutoria, non omnia condemnatoria. 15.1.8
iudicia alia ordinaria, alia extraordinaria. 4.7.1
in iudiciis extraordinariis actio locum non habet. 4.7. nu. 7
iudicia hodie sunt omnia extraordinaria. ibidem
iudiciorum verus ordo qualis. 17.8.13
iudiciorum praeparatoria quae. 16.11.3
iudicium quomodo consistat ex rribus, personis, actore, reo, & iudice. 20.9.12
iudicium semper redditur in iuuitum. 20.9.22
iudicia alia bonae fidei, alia stricti iuris. 4.7.12. eorum differentia. 15.1. nu. 11. & 12. & lib. 16.1.3. & lib. 16.1.1. & lib. 4.7.2
iudicia bonae fidei vnde dicta, & quae illa sunt. 15.1. nu. 11
Iudicia stricta seu stricti iuris vnde dic-

cantur. 15.1.9. & lib. 7. c. 1. nu. 12
In iis a die litis contestatae praestandam esse aetori omnem causam. lib. 7.2.1
In iudicio bonae fidei praestations sunt pleniores. 14.18.2
Iudicia arbitraria quae. 15.1.17
In quibus iudiciis iuretur in litem. 16.15. nu. 24
In iudicio vindicationis possessor succumbens mala fidei & praedo iudicatur. 20.8.5.
Iudicium rescindens & rescissorium au possint cumulari. 20.10.18
Iudicium imperitorum & rusticorum quale. 18.2.24. In iudicio quali contrahtur, 16.14.24
Iurisdicchio.
Iurisdicchio cum mixto imperio non est contumenda. 4.4.2
Iurisdicchio differebat olim a iudicandi potestate. 20.5.11
Iurisdicchio Ecclesiastica est omnino seculari. 20.7.8
Iurisdictionem mandare quid significet Accusationis. 17.8. nu. 6. & 7.
Iurare.
Iurari in quam quantitate possit. 16.17.2
num. 20. & 25. in 10. in mentum. ibid.
Num. quam iuratur in litem in actione hypothecaria. 16.15.1
Iurandum.
Iurandum & transactionis & rei iudicatae vim habet. 16.17.22. & probationis 19.10.2.
Iururandi distinctio in iururandum affectiois, & iururandum veritatis reseruitur. 16.1.9
Iururandum necessitatis dici debet illud quod Bartolus appellat iururandum veritatis. 16.13.3
Iururandum necessitatis quod. 16.1.13
nullum est iururandum in litem quod non sit affectiois. 16.13.2
Iururandum veritatis nullum esse contra Bartolum & alios. 16.13. nu. 1. & seq.
Iururandum in litem quando locum habeat. 16.15. nu. 1. & 2
Iururandum in litem nunquam defertur nisi ex necessitate iuris. 16.18.4
de Iururandi taxatione. 16.17.25
Iururandum Zenonianum. 16.17.28
Iuriconsultus.
Iuriconsulti munus proprium erat praescribere formulas. 9.1.7
Iuriconsultus non de facto, sed de iure tantum respondere & potest & debet. 14.3.9
Iuriconsulti veteres quae ratione loquenti dicitur. cum aliquid negare volunt. 17.16. nu. 17
turpe est Iuriconsultos in veterum praedictum responsis excusare. 9.2.10
Iuriconsulti veteres in quaestionibus infinitis dissentere. 2.12.5
saepe referunt sententias quas non probant. 2.8.10
Iuriconsulti est interpretari, non supplere. 9.3.5
Ius.
Iuris regulam in his sequi non possumus quae contra rationem iuris constituta sunt. 1.18.3
contra Iuris rationem receptum non est producendum ad consequentias. ibid. nu. 4.
Iuris positum quae esse dicantur. 16.11.10
Iuris conditio est ut sit certum. 9.1.7
Iura vendi possunt. 7.15. nu. 1. an possint oppignerari. ibid.
Iurium quae in actionibus consistunt alia sunt actiua, alia passiva. 19.15.1
Iura passiva praediorum sunt seruitutes praedii debitorum. H H h h 2

In re datoris resolutio, ius quoque accretoris resolutur. 19.13.7
Ius semel extinctum reuiuiscere non potest. 20.12.8
Ius differt à iudicio. 20.5.11
Ius dicenti extra territorium impunè non pareretur. 20.9.11
Ius certum de eo quod quotidie accidit debet esse. 4.17.2
Ius accrescendi tacita quaedam substitutio dicitur. 13.14.5

Iustus.

Iusta causa acquirendi qua. 7.4.3

L

Legatarius.

Legatarius in plus onerari non potest quam acceperit ex testamento. 17.7. num.1 & seq.
à legatario olim legari non poterat, sed tantum fideicomitti, at hodie potest. 14.10.16
Legatarij & heredis differentia. 8.19. num.1 & seqq.
Legatarius conditionalis quid differat à conditionali creditore. 15.6.1
Legatarius legatum repudiare potest. 8.19.3
Inter legatarios iuri accrescendi quando sit locus. 6.1. num.6 & 7
Legatario qui fructus acquirantur. 7.4.8

Legatum.

Legatum non obligat legatarium. 8.10.2 nec damno eum afficere potest. ibidem
Legandi verbum lex duodecim tabul. usurpauit pro actu ipso testandi. 14.13.4
legatum facit legatarij rem legatam, si cut hereditas heredis res singulas. 17.17.18
legatum etiam ignorantia acquiruntur. 8.19. & lib.14.1.6
legata quibus acquirantur. 8.19.4
legatum si à legatario agnatum sit, iam inde ex tempore adita hereditatis ipsi acquisitum intelligitur. 7.4.1
legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum quomodo differant. 18.18. num.1 & seq.
quicquid est legatum censetur hodie fideicommissum, & contra. 14.10.15
legata non prius valere possunt, quam sit adita hereditas. 19.16.13
legatorum tamen dies cedere dicitur non ab adita hereditate, sed à die mortis. ibidem
legatum est donatio & liberalitas. 17.10.9
quomodo legati dominium censetur statim esse legatarij à die mortis testatoris. 7.3.6
legati ad pias causas relictus fructus debentur à tempore mortis testatoris. ib. num.9
legatorum differentia. 6.1. num.1 & seq.
legatorum quatuor genera. ibidem
legatorum per vindicationem & per damnationem differentia quatuor. ib. num.2
legato generis tacite in esse videtur legatum optionis. 6.1.23
legatum optionis quid. ib. nu.24
legatorum omnium an hodie eadem sit natura & conditio. ibidem
legata conditionalia non transmittuntur in heredem. 15.6.1

legatum conditionale quandiu pendet, ne quidem legatum esse intelligitur, 20.12.6
legati conditionalis pendente conditione heres est dominus. ibid.
legatorum conditionalium natura. 12.17. num.30
legati sub conditione relictis quando dies cedat. 5.14.1
legatum rei alienae quomodo ab herede praestandum sit. 14.10. n.23. & seq.
legatum rei non debita, vt debita an valeat. 5.2.1
falsa legati demonstratio legatario non nocet. 5.2. nu.2
rei Legatae dominium transiret à viâ à testatore in legatarium. 8.19. n.1
legati vltur nisi à die morae nulla debentur. 17.7.12
legatum non obligat acquirentem, nec potest vnquam illi esse damnosum. 14.1.7
legati interpretatio quomodo fieri debeat. 17.7.11
legati acquisitio quando irrenocabilis. 14.1.6
legatorum & fideicommissorum discrimen secundum ius Pandectarum. 14.10.13
legati & fideicommissi nomine cur promiscue videntur veteres. 17.9.2
de legatorum vltur & fructibus. 7.3. num.1 & seqq.
de legatorum ademptione. 18.16.8
de iis que in legatorum & fideicommissorum falcidias imputantur. 6.4.1
legatorum omnium & fideicommissorum singularium eadem hodie est natura. 20.12.10. & 7.4.7
legatum non agnatum repudiari potest. 14.1.
legatum legatario damnosum esse non debet. 17.7.6
legata praescribantur spatio triginta annorum. 7.4.9
legati nomine competat actio in rem. 7.1.2
legati definitio Iustiniana explicata & defensa. 6.1.19
legatorum per vindicationem & per preceptionem differentia. 1.14.8
legatum nominis quid contineat. 5.2.3
ex inutili legato ne quidem aestimatio debetur. 14.10.20
legatum agnoscere nemo inuitus cogitur. 17.7.6
à legato abstineret est legatum non petere. ibid. nu.7
differt ab eo quod est legatum repudiare ibid.
legatum transmittitur in heredem legatarij. 14.1.6
falsa causa legati, aut falsa conditio legatario non nocet. 5.2.3
legata seruitutis personalis dies non cedit nisi ab adita hereditate. 19.16.14
legato generali an pecunia numerata contineatur. 1.6.9
legata quando praestentur ab eo qui defuncti iudicia rescindit. 5.1. nu.1
de legati peremptione. 4.12.1
legatum extinguuntur si rei legatae dominium ex lucrativa causa ad legatarium peruenerit. 2.15. nit. cap.
Legatus.
Legati ciuitatis priuilegia. 14.1.25
legatus ciuitatis an ceneatur Reipublice causa abesse. ibid.
Legislator.
Legislator ciuilius aequitatem ex hominum utilitate semper metiri solet. 15.2.17

legislator ciuilius contendit se habere iurisisdictionem in vniuersum populum. 20.7.9
Lex.
Legis proprium est actionem vel concedere vel denegare. 8.4.7
leges aliae ex aliis sumunt interpretationem. 5.15
leges ipsae earumque interpretatio ad rationem iuris accommodari debent, non ratio iuris ad verba legum detorquenda. 19.5.6
in Legib. Codicis multa supplenda sunt, quae ex rescriptis verbis colligi non possunt. 3.17.16
lege dominium transferri potest. 6.1.3
legis Aeliae Sentiae sanctio. 18.13. num.2.3. & seqq.
lege Latoria quid vindicaretur. 8.4.6
lex contractu. quae dicitur. 20.18. nu.41
leges fugiuntur que. 19.1.1
Legitima.
Legitima nihil aliud est, quam triens, vel semis portionis ab intestato contingentis. 15.10.22
legitima ab intestato deberi non potest. ibid.
legitima filio relinquenda est titulo institutionis ex lege Iustiniani. 14.17.11
de legitima competente filio prioris matrimonij. ibid.
in Legitimam non imputantur ea quae iure aduenitio obuenerunt. 13.11.5
Liber.
Liberi hominis non est dominium, neque vindicatio. 19.20.12. non est in commercio. ibid. an. possit operas debere. 20.18.4
an habeat liberam de seipso disponendi facultatem. ibidem
Liberatio.
Liberatio quibus modis contingat. 17.9.4
de liberatione debitoris pupillaris. 17.13. num.1. & seqq.
liberatio per apocham non aliter contingit, quam si pecunia soluta sit. 12.15.6
liberatio non nascitur ex qualibet solutione, sed ex ea quae facta est secundum iuris ciuilius regulas. 17.13.2
liberato reo, fideiusor liberatus esse intelligitur. 11.2.12
effectu ipso liberatus esse intelligitur, qui vitalem habet siue doli, siue aliam exceptionem. 17.13.5
non liberatur qui soluit quod debet, si alij soluat quam cui debet, ignorante aut inuito vero creditore. 8.15.6
Liberalis.
Liberalis causa est causa status. 17.8.1
libertas est res infinita aestimationis. 17.8.9. & cap.8. num.1
pro parte praestari non potest. 3.11.9
libertas directa. 6.16. nu.2. fideicommissaria ibid. vtriusque differentia. ibidem num.3
libertas praediorum vrbianorum quomodo possit vltur capi. 19.9. n.4. & 5
libertas praedij rustici vltur capi non potest. ibidem
Libri.
An liberi positi in conditione sint etiam in dispositione positi. 17.18.6
liberi qui sunt in potestate petuntur aut praedijciis, aut interdiciis, aut cognitione pratoria. 19.20.17
liberorum superuenientia an reuocari possit donatio. 7.14. numer.1. & seqq.
Libertus.

Libertus non potest propria bona in fraudem patroni alienare. 7.35.1
Libertinus.
Libertinus ille est qui ex iusta seruitute manumissus est. 20.18.20
Litis contestatio.
Litis contestata apud praetorem iudices ab eo dabantur. 16.11.2
Litis contestatio fiebat olim apud Magistratum. 17.8. nu.8
Litis contestatio non potest fieri sine co-tradictore. 20.9.15
post litem contestatam omnes possessores sunt pares, id est malae fidei possessores & praedones. 16.2.11
à tempore litem contestatae omnis causa praestanda est. 7.2. nu.6. & 7
Locatio.
Locatio quarum sit rerum. 19.7.11
Locatae rei possessio manet penes locatorem. ibid.
Locatio in iuribus consistere non potest. 19.7.12
Locatorem ignorans se rem alienam locare in id quod interest conductoris tenetur. 2.5.2
Locationis & emptionis differentia. 2.4. num.1. & seq. & cap.5. conuenientia. ib.
Lucratium.
Duae lucrativae causa: circa eandem rem & personam concurrere non possunt. 2.15. nit. cap.
M
Magistratus.
Magistratus non solebant olim iudicare. 5.16.7. sed ius dicebant. 4.7.1
Magistratus ipsi vt cognoscerent, neque iudices amplius darent quando primū inductum. 5.16.7
Maiores iudices dicuntur. 19.4. num.14. cognoscebant de libertate & ingenuitate. ib. & lib.4. c.7
Magistratus sententias exequi quomodo solent. 5.16.7
Magistratus populi Romani solebat viatorem interdum loco arbitri dare ad exequendum iudicatum. 16.20.17
Magistratus habent auctoritatem. 18.12.11
Magistratus in parem, aut superiorem non habet imperium. ib. nu.12
Mandatarius.
Mandatarius an competat actio negotiorum gestorum. 8.6.13
Mandator.
Mandatoris, correi & fideiusoris discrimen. 11.20. n.12. & seqq.
Mandatarius.
Mandatarius interdum non est obligatorum. 8.6.14
Mandati obligatio cur competat fideiusori. 16.9.2
de Mandati & aliorum bonae fidei contractuum differentia in debita re astantanda. ibid.
Mandati actio plenissimas recipit praestaciones. 16.9.4
Mandati actio ex persona, non ex re nascitur. 8.6.12
Mandati actio non datur, nisi mandatum praecesserit. 11.6.2
Mandati actio an ei competat qui suum negotium gessit. ibid.
Manus breuis.
Manus breuis est cum id quod semel tantum traditur, pro bis tradito habetur. 19.3.2
Manus longa.
Manus longa est quoties id quod reuera

nunquam traditum fuit, pro semel tradito habetur. 19.3.2
Manus militaris.
Manus militaris vltur à priuatorum negotiis abesse voluit Legislator. 16.17.33
Maritus.
Maritus est dominus dotis. 13.1.17. & cap.3. num.15
Maritus rei dotalis dominium habet bonitarium. 20.11.12
vt Maritus fiat dominus dotis, requiritur vt praecedat traditio. 7.12.3
Mariti eadem est ratio quae bonae fidei possessoris. 1.8.7
Maritus non plus cogitur reddere iudicio de dote, quam acceperit. 12.15.5
Maritus quos sumptus ex rebus dotalibus deducere possit. 7.6. num.5. & 6
Marito quomodo succurratur si aestimationem rerum dotalium auxerit donationis causa, 7.6.3. si que pecuniam donauerit vxori, ex qua praedia emerit. ib. nu.1
maritus dotis nomine condemnatur in id tantum quod facere potest. 8.13.9. & lib.2. c.14
maritus an possit agere furti aduersus vxorem. 3.19.3
vxori ex officio cibaria & vestitaria praestare tenetur. 2.8.4
Mater.
mater non habet liberos in potestate. 19.17.5
suis liberis ex extranea. ibidem
mater filio stipulari non potest. 1.4.1
est heres liberorum ex senatusconsulto Tertulliano. 13.11.18
matris heredes sunt liberi, etiam qui in patris potestate sunt constituti. 13.11.18
Matrimonium.
matrimonium non soluitur deportatione. 17.20.14. vel aquae & ignis interdictione. ibid.
si nimirum vxoris consensus duret. ibidem
matrimonium non nisi inter ciues Romanos contrahitur. 17.20.15
contractum tamen, inter eos quoque retinetur, qui Rom. ciuitatem amiserunt, dummodo retinuerunt libertatem. ibidem
matrimonium inter tutorem & pupillam, prohibitum esse, quomodo intelligendum. 17.9.21
Merx.
merx est ea res quae pretio aestimatur. 6.9.3
merx cum in genere & quantitate constat, aestimatur ex pretio. 16.6.30
in genere & quantitate, non in specie consistit. 16.10.5
Minor
minor curatorem habens quomodo obligetur. 8.6.5
minor etsi obligatur, in integrum tamen restituitur. 11.1.24
minor non aliter restituitur, quam si lapsus probetur. 18.9.14
De minoris restitutione in integrum. 8.3. pag.226. & seq.
De restitutione minorum cognoscebat Praetor. 4.7.4
Res empta ex pecunia minoris an sit minoris. 5.9.2
Mora.
Mora fieri non intelligitur, vbi nulla est

petitio. 7.1.7. & lib.16.6.21
Mora causa duplex, lapsus diei adiectae & interpellatio. 16.3.5
Mora quot modis contrahatur. 6.7.1
de Mora differetia, quae per lapsum diei, & eius quae per interpellationem contrahitur, in inueniendae rei debita aestimatione. 16.6. num.1. & seq.
Mora nonnunquam contrahitur citra dolum, aliquando etiam sine culpa. 16.13.5
Mora effectus praecipuus est vt obligationem perpetuet. 16.1.10
Mora non potest augere principalem obligationem. 16.3.11
Mora praecedens facit vt res post moram precepta adhuc debeatur. 16.13.6
Mors.
Morte rerum dominium amittitur. 8.9.1
Morte quae crimina finiatur, quae ve non finiatur. 7.20.6
Morte filij finitur ius patriae potestatis. 14.1.2
Morte testatoris testamentum confirmatur. 15.7.10
id quod Mortis causa capitur, non capitur ex testamento. 8.7.4
Moritur viuens, non mortuus. 20.1. nu.4
Mulier.
Mulier suos heredes nullos habet. 8.13.1
sed tantum extraneos, etiam si sint eius liberi. ibid.
omnes Mulierum obligationes non sunt improbatas. 8.2.6
sed ea tantum quae sunt intercedendi animo. ibid.
Mulieri quae fideiussit necessaria non est in integrum restitutio. 8.2.2. sed sufficit Senatusconsulti Velleiani imploratio. ibid.
Mulier illa intercedit quae patitur se de legari ab eo, cuius vere debitor ante non fuit. 18.1.2
de Mulieris priuilegio, quo praefertur anterioribus mariti creditoribus. 8.11. num.1
Mulier iis tantum creditoribus mariti anterioribus praefertur, qui non nisi tacitam habent hypothecam. 8.12.7
in causa pignoris Mulier & fiscus pari passu ambulant. 8.11.3
Mulierem non debere manere indotatam quomodo intelligendum. 8.9.4
Mulieribus plus aequo fauit Iustinianus. 8.11.4. & 8.14.1
Mutuum.
Mutuum sponfalitium quid. 19.1.3
quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.
Mutuum.
Mutuum est ex eorum contractuum numero, qui re percipiuntur. 19.3.6
Mutus.
Mutus an testari possit. 10.20.3
N
Naturalis.
Naturalis obligatio ex facto tantum, non etiam ex iure aestimatur. 8.6.4. & lib.10. c.10.
Negatio.
Negatio per rerum naturam probari non potest. 19.11.9
Negatoria actio.
Negatoria actio cui competat. 20.13. nu.1. quid sit. ibid.
Negotium.
Negotiorum gestorum actio quando fideiusori datur. 8.6.13. ex re nascitur, non ex persona. ibid.
HH h h 3

Nexus passim significat obligationem. 20. 8. 26

Nomen. Nomen debitoris est in dominio creditoris. 8. 15. 1. aliud est Nomen, aliud res illa quae debetur. ibidem. Nomen debitoris vendi potest. ibid. sequi debitoris Nomen est proprio suo periculo ab eo stipulari. 12. 8. 11. 8

Nescimus. id quod Nostrum est siue factio nostro ad alium transferri non potest. 8. 9. 1

Novatio. Novatio quando fiat. 3. 3. 1. Novatio fit ex iudicato. 16. 14. 1. & per litem contestationem. 16. 3. 12. novatio alia est voluntaria, alia necessaria. 16. 14. 3

Noxalis actio. Noxalis actio conditio. 3. 13. 1. noxalis actio an detur de damno dato a rebus inanimatis. 5. 17. 2

Nunciatio noui operis. Nunciatio noui operis est remedium odiosum. 19. 5. 2. nec nisi necessitate ipsa tolerabile. ibid. noui operis nunciatio est facti. ibid. noui operis nunciationis proprium est, ut possessorem cum faciat cui nouum opus nunciatur. ibid. nu. 1. noui operis nunciationis vis & effectus. ibid. nu. 2

Nunciatio noui operis triplex causa, naturalis, publica, imposititia. ibidem nu. 4

Nunciatio tenere & remitti, contraria sunt. 19. 5. 12

Nunciatio remissio quando utilis, quando inutilis. ibidem

Nunciatio quae non tenet. ibid.

Nunciatio nouum opus aduersus eum qui viam seruitutis impedit, non potest. 19. 5. 1

Nunciatio noui operis Dominus seruitutis quando habeat. dict. cap. 5. num. 8. & seqq.

Nuptia. Nuptis nihil est fauorabilius. 7. 15. 4. Nuptiae contracti possunt nullis praecedentibus sponsalibus. 19. 1. 2

O

Oblatio incongruo loco & tempore facta debitori non prodest. 1. 1. 1. nec etiam debitori nocet. ib.

Oblatio congruo loco & tempore facta impedit quidem moram & usuram ex mora debitorum ex actione, aut retentionem. 1. 9. sed non earum quae ex conventionione debentur. ibid.

Obligatio quid sit. 19. 17. 1. obligatio (substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum. 5. 10. 2. camque ob causam Iuris vinculum dicitur. ibid.

Obligatio est propria ciuium Romanorum. 18. 8. 29

Obligatio a. c. oni legem dat & condemnantem. 15. 3. 2

Obligatio ad hoc sunt inuentae, ut v-

nusquisque sibi acquirat quod sua interest. 19. 17. 1

Obligatio est mater actionum personarum. 20. 9. 5

Apud eundem pro eodem nemo obligatus esse potest. 1. 17. initio capitis.

Obligatio & actiones ex constitutione Iustiniani possunt ab herede incipere & contra heredem. 19. 19. 13

Obligatio semel extincta nunquam renouiscit. 7. 18. 5. & lib. 20. c. 15

Plus est obligationem extinguere, quam actionem amitti. 7. 16. 4

Obligatio tollendae aut inducendae modus non est tempus. 7. 8. 2

Obligatio nunquam crescit ex mora, sed tantum quae antea fuit, perpetuatur. 16. 6. 16

Obligationum diuisio. 19. 20. 1

Obligatio personalis difficilius nascuntur, & difficilius perimuntur. 7. 9. 10

Obligatio naturalis quid. 8. 5. 8

Obligatio naturalis solui repetitionem impedit. 7. 17. 1

ex obligatione naturali non datur actio, sed tantum exceptio & retentio. ib.

Obligatio naturalis ex solo facto aestimatur. 8. 6. 4. & lib. 16. c. 14. n. 21. lib. 20. c. 20. an inter patrem & filium consistere possit. lib. 20. c. 20. n. 4

Obligari naturaliter & obligari naturali iure differunt. 8. 5. 8

Obligatio naturalis improprie est obligatio. 20. 20. 4

Obligatio est triplex, ciuilis tantum, naturalis tantum, & mixta. 8. 6. 1

Obligatio ciuilis inter patrem & filium consistere non potest. 7. 11. 6

Obligatio illa est inanis quae ex mero debitoris arbitrio pendet. 8. 15. 4

8 num. 16

Operatio. Operatio nihil aliud iurat, quam diurnum officium. 20. 19. 10

Operatio aliae officiales, aliae artificiales. 20. 29. 15

Operatio obligatio non recipit diuisionem. 20. 19. 8. est obligatio faciendi. ibidem

Operatio editione, praestatione & indictione. 20. 19. nu. 1. & seqq.

Operatio liberti cur dicantur imponi. 29. 18. 1

Operatio liberti statim post manumissionem imponi debent, ut valeant. ibidem

Operatio artificialium promissio extraneo facta an valeat. ibid.

Opinio rei quando praefertur. 7. 13. 4

Ordinaria poena seu coercitio quae. 4. 2. 9

Ordinaria iudicia. 4. 7. 1

P

Pactum, Pacifici. Pactum nudum inefficax est ad actionem producendam. 5. 10. 5. & lib. 19. cap. 17

Pacta in continenti facta etiam stipulationibus insunt. 5. 10. 6

Pactum & stipulatio verbis fiunt. 5. 10. 7. differunt, quod alius paciscendi, alius stipulandi sit animus. ibid.

Pactum aut in rem concipitur, aut in personam. 11. 18. 2

Pactum personale de non petendo, non prodest fideiussori. 17. 11. 9

Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiussoribus alteri non prodest. 11. 15. 1.

an pactum vnus ex correis credendi aut debendi prodest, nocetque alteri. 11. 18. num. 1. & seqq.

an pactum cedentis nocet cessionario? 12. 2. num. 1. & seqq.

Pater qui dotem promittit non nisi in quantum facere potest condemnatur. 2. 14. 3.

Pater nullum ius est in bona filii suam. castrensis. 20. 20. 3

Pater non succedit filio mortuo intestato in peculio castrensi. 4. 5. 2

filio emancipato stipulari non potest. 1. 4. 1.

Patronus. Patronorum donationibus. 7. 14. & c. 15. 18. 9.

Pauliana actio. Pauliana actio. 20. 14. nu. 1. & seqq. & c. 15. nu. 1. & seqq.

Pauliana actio aduersus quem detur. 20. 15. & c. 16. 1

Pauliana actio proponenda est intra annum utilem. 20. 15. 4.

an detur creditoribus hypothecariis. 20. 16. 8. 1. 1.

Pauliana an sit actio in rem, an in personam. 20. 16. 1.

Peculatus. Crimen peculatus morte non finitur. 7. 20. 6.

Peculium. Peculium si sibi habent, qui in alterius sunt potestate. 16. 8. 11

Peculium castrense velut proprium filij patrimonium est. 4. 5. 4

De pecunia castrensi ex Constitutionibus filiofamilias testari licet. 10. 8. 11. in eo, si mortuus intestatus patrem heredem non habet. ibid.

occupatur si quidem a patre iure peculij. 10. 8. 11.

In pecunia aduentitia filiofamilias nullum hereditatem veteri habuit. 10. 8. num. 11. & 12.

Pecunia quomodo ficiatur. 1. 9. 7.

actio de pecunia contra patrem aut dominum datur. 11. 3. 21

Pensio. Pensio vice fructus creditur. 1. 13. 8. ita ut frui dicatur qui pensionem percipit. ibid.

Pignus. Pignus contrahitur re & per traditionem. 19. 6. 1. transferturque possessio in creditorem. ibid.

de pignoris natura est ut possit distrahi. 19. 6. 7.

pignus illud est inutile, quod alij vendi non potest. ibid. & 8. 19

pignorum utilitas in quo eluceat. 16. 15. num. 27.

pignoris obligatio rem ipsam obligatam afficit non personam. 6. 6. num. 6

pignori dare licere inter fructus rei connumeratur. 8. 16. 1

pignoris vinculum accessionum est ad personalem obligationem. 7. 18. 1

pignus rei propriae non consistit. 16. 15. 4

pignus patit actionem in rem. 8. 15. 5. & lib. 20. 17

pignoris vinculo an iura possint obligari. 8. 15. 1

alienae rei pignus non valet. 8. 15. 1. exceptio. ibid. 7. 19. 1. & lib. 20. c. 17. & lib. 19. 6.

an pignus pignori dari possit. 8. 15. 2. & lib. 20. 17.

per pignus rei pigneratae dominium non transfertur in creditorem. ibid.

inutile est pignus quod retineri non potest. 8. 15. 6

ius pignoris quandiu dretur. 17. 10. 1. an subiecta personali actione, dretur tamen vinculum pignoris. 7. 18. 1.

pignore debitori legato a creditore. an sit legata liberatio. 17. 10. 1

ne pignus distrahi possit, conuentio non valet. 19. 6. 7

an emptor pignoris distracti obligetur creditori, qui pignus vendidit per executorem. 5. 16. 1

pignore creditor vii non potest, quia furtum faciat. 19. 8. 4. exceptio. ibid.

longi temporis possessio ex causa donationis iam olim procedere poterat. 7. 10. 3.

Possessor. Mala fidei possessor praescriptione non defenditur Iure Pontificio. 7. 4. 9

Mala fidei possessor omnes omnino fructus restituere tenetur. 4. 17. 11

bonae fidei possessor quos fructus suos faciat. 4. 17. 1

post litem contestatam omnes possessores & praedones. 16. 2. 11

In pari iure prior est causa possidentis. 14. 7. 17.

pro possessore quis dicatur possidere. 17. 1. 5

Possidere & tenere differunt. 7. 12. 2

Posthumorum alij sunt sui, alieni alij. 9. 11

Posthumi sui qui dicantur. ibid. alieni qui. ibid.

Posthumi alieni institutio iure ciuili improbari solet. 9. 2. 7

Posthumorum suorum institutio ex iure descendit. 9. 2. 1

Posthumus alienus hodie institui potest, perinde ac siuus. 9. 2. 10. ei potest legari & fideicomitti. ibid.

Posthumus a patre praeteritus rumpit testamentum quod ab initio validum fuit. 9. 2. 1. & rumpendo succedit. 17. 2. 10

in suo posthumus dignoscendo quodnam remus respiciatur. 9. 1. 5

Posthumus non videtur animal, sed ipse tantum animalis. 9. 2. 2

est posthumus materis. ibid. posthumus persona est incerta. ibid.

Posthumus Velleianus quis. 9. 17. 12

Posthumus Cornelianus quis dicatur. 10. num. 1. & seqq.

12. 17. 19

10. 3.

4. 17. 11

4. 17. 1

16. 2. 11

14. 7. 17.

17. 1. 5

7. 12. 2

9. 11

ibid.

9. 2. 7

9. 2. 1

ibid.

9. 17. 12

10. num. 1. & seqq.

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. 10. pag. 343

10. 3. 28

10. 10. 3

10. 8. 15

10. & seqq.
sunt actiones in rem, non in personam.
ibid. num. II.

Prælatio.
De prælationis privilegio quod mulieribus competit. 8. II. & 12. pag. 240. & seqq.

Præses.
Præses in provinciâ sua imperium habet maius omnibus post principem. 17. 8. I præses non prætoris tantum, sed etiam præfecti vibi partibus fungitur. 4. 8. 4 præses de quibus olim cognoscerent. 4. 7. I

ad præsidem provinciæ causâ status an pertineat. 17. 8. I
præsides quando ipsimet iudicare sunt iussi. ibid.

Præscribere, præscripio.
Præscribere apud Iuriconsultos significat excipere. 19. 10. I. non acquirere. 7. 9. II.

qui longo tempore præscripserat olim non vitabatur vindicatione. si possessionem amiserat. ibid.
præscriptio longi temporis etiam possessionem requirit. 19. 10. 3
præscriptio longi temporis moribus est introducta. ibid.

ius præscriptio longi temporis ad regiones quæ extra Italiam essent populo Romano subiectæ pertinebat. ibid. num. I.
præscriptio quantum ad res mobiles annum, quantum ad immobiles decennium inter præsentis, vicennium inter abentes requirebat. ibid.

præscriptio longi temporis bonam fidem exigebat per totum possessionis tempus. ibid. num. 2
præscriptio multarum erat rerum quæ vitucapi non poterant. ibid. & ab vitucapione in multis differebat. ibid.

præscriptio triginta annorum vis. 7. 9. II
de præscriptione quadriennij. 7. 10. num. 4. & 5.

præscriptio fori præsupponit iurisdictionem competentem. 20. 7. I

Præscriptio.
Præteritio materna est loco exheredationis. 9. 14. 24

Prætor.
Prætor extraordinariam coercitionem non habebat. 4. 8. 4
Prætor merum imperium non habebat. ibid.

Prætores de quibus cognoscerent. 4. 7. I. extra ordinem non cognoscebant. 4. 8. 4 ad Prætoris officium & iurisdictionem pertinuit ut nimiam iuris civilis asperitatem temperarent. 8. 16. I
Prætoris iurisdictione in quo potissimum consistat. 4. 4. 2

à Prætoris appellari poterat. 18. 12. 17
Prætor ordinariè non cognoscebat, sed lite contestata iudices dabat. 12. 17. 20
Prætor ipse interdicebat, non in eam rem iudices dabat. ibid.

Prætoris solius fuit cognitio concedenda vel deneganda restitutionis. 14. 1. 31
Prætoris peregrini munus. 20. 5. II
ius Prætorum nihil aliud est quam æquitas temperans & corrigens asperitatem iuris civilis. 9. 14. 11
Prætoris actiones. vide actiones. supra

Præuaricatio.
Præuaricationis crimen est famosum. 4. 2. 9.

Præcarium.
Præcarium quarum rerum valeat. 19. 7. 3. in iuribus consistere potest. 19. 7. num. 12
Præcarium facere quis dicatur. 19. 10. 5

Prætorium.

Pretium quid. 6. 9. 3
Pretium semper in pecuniâ numerata consistere debet. ibid. num. 5. non omnis pecunia numerata pretium est. cap. 10. num. 2.

Pretium in qualibet re consistere posse Sabinus putabat. 6. 9. 3
Pretium non ex pecuniâ quæ datur qualitate, sed ex utriusque contrahentium conventionione æstimatur. 6. 10. 2

Prætor.
Qui prior est tempore, iure quoque prior est. 2. 10. initio capit.

Probare.
Is cui onus probandi incumbit, si nihil probet, omnimodò condemnandus est, etiamsi adversarius nihil ex parte sua præstet. 17. 3. 15
Probandi onus ei incumbit qui voluntatem mutarem esse dicit. 17. 3. 11
Probanda sunt iudici dicto ea quæ sunt facti, non ea quæ sunt iuris. 17. 8. 15

Procurator.
Procurator non nisi post litem contestatam fit dominus litis. 12. 16. 11

Prodigus.
prodigus aut nullo modo, aut civiliter obligatur. 8. 6. 4
prodigus nullo casu sine curatore obligatur: naturaliter. ibid.
prodigus obligari aut alienare non potest curatore auctore. 8. 6. 5
prodigus nullam voluntatem habere intelligitur. ibid.

Prohibere.
Qui prohibetur vendere non prohibetur instituire. 14. 8. I
prohibitus extra familiam alienare, an post denuntiationem alienare impune possit. 14. 15. pag. 530. & seqq.
prohibitio alienationis alia iusta, alia iusta. 14. 14. I
in pari causâ melior est causa prohibentis. 8. 7. num. 7.

Proprietas.
proprietas plena quid. 15. 8. 4
proprietas à fructuario in perpetuum obligari non potest. 19. 8. I

Promissor.
promissoris & stipulatoris continuus actus esse debet. 11. 3. 8
promissor liberatur hominis promissi interitu ante moram conungente. 2. 12. init. capit.

Propositio.
propositionis negatiuæ natura. 13. 17. 4
propositio quæ sumitur ex universo non aliter vera est, quam si in omnibus vera sit. 13. 17. num. 7

Propositum.
propositum in mente retentum nihil operatur. 7. 14. num. 11

Protestatio.
protestationis effectum. 12. 1. 12

Proximus.
proximus agnatus est quem nemo antecedit, quamvis neminem ipse antecedit. 20. 4. 6

Prudentes.
prudentes an & quatenus ius facere poterint. 9. 1. 7

Publicatio.
publicationis bonorum poena ex priuatis delictis numquam irrogatur. 7. 20. 10
publicationis bonorum poena hodie rarissima. ibid.

Publiciana.
publiciana cui datur. 20. 11. 20. adversus quem datur. ibid. quæ ex causâ datur. ibid.

publiciana ei tantum datur, qui ex titulo iusto rem possedit. 1. 18. 3
adversus dominum non datur. ibid.
publicianam is exercet qui non est do-

minus, quasi tamen esset dominus. 16. 15. 20.

Pupillus.
pupillus non aliter obligatur naturaliter tantum, quam si sine tutoris auctoritate obligetur. 8. 5. 7
pupillus obligatur civiliter accedente auctoritate tutoris. ibid. vel si factus sit locupletior. ibid.

permissum non est pupillo ut soluat. 8. 6. num. 3.
pupillo non aliter solvi potest vtiliter, quam si vel interueniat auctoritas tutoris, vel nummi salui sint. 17. 14. 16
pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate initio, de evictione non tenetur. 7. 13. 4. res pupilli an possit vitucapi. ibid. & num. 5.

pupillus hereditatem adire potest. 8. 6. 5
accedente tutoris auctoritate. 13. 14. 25
pupillus interdictum est capax doli & iniuriæ faciendæ. 8. 6. 8

pupillo interdicta est omnis alienatio. 17. 13. 2
pupillus non aliter obligatur ex rescritto diui Pij, quam si fiat locupletior. 11. 1. 24
pupillus quando iustitioria actione tenetur. 2. 11. num. 1
pupillaris debitor soluedo pupillo quando liberetur. 17. 13. num. 1. & seqq.

pupillaris substitutio, quibus casibus lege Cornelia confirmetur. 10. 4. num. 1. & seqq.

Q
Ultra quadruplum nulla actio extenditur. 2. 3. 1

Quantitas.
Quantitas commodari nequit ut quantitas. 16. 2. 8

Quarta.
Quarta vocabulum est ambiguum. 3. 17. 15
Quarta Falcidiæ & Trebellianicæ differentia. 6. 3. 1

Querela inofficiosi testamenti.
Inofficiosi testamenti querela competit liberis immeritate exhereditatis. 7. 14. num. 5
Impietatis querelam continere dicitur, si quisque improprium. ibid.
Querelæ color quis sit. 17. 14

Querela inofficiosi testamenti non solet, neque potest dari nisi contra heredem, adeoque post aditam hereditatem. 17. 1. 2. & 2. 4. quomodo differat à bonorum possessione contra tabulas. ibid.
Querelæ inofficiosi testamenti vis. 3. 17. num. 2. 68. 1

Querelam præcedere & vincere necesse est ut postmodum petitio hereditatis sequatur. 17. 1. 15
Per querelam inofficiosi testamenti testamentum rumpitur. 17. 1. 4

Querela inofficiosa donationis.
De querela inofficiosa donationis. 3. 17. num. 1. & 2. eius vis. ibid. quando ei sit locus. ibid.

R
Raptor.
Raptor violentus fur improbitior nominatur. 16. 13. 22
Adversus raptorem etiam conditio futuri datur. 4. 1. 3
vi bonorum raptorum agere possunt omnes, quorum interest. ibid.

Raptus.
Raptus crimen sanguinis poenam ingentem.

Rati habitio.
Rati habitio mandato comparatur. 12. 7. 6
Ratio.
ratio eius quod contra Iuris certissimam rationem constitutum est ab Imperatoribus frustra quaeritur. 2. 20. 5

Reconuentio.
reconventionis nomen sicut & ius, veteri Iurisprudentiæ incognitum. 20. 5. num. 1.
reconuentio quid. 20. 8. 5
reconventioni an locus olim fuerit in actionibus personalibus. ibid.
reconventioni sine locus in actionibus in rem. 20. 8. 9
reconventionis ius primus induxit Pap. 20. 5. 1
reconventionis iura varia. 20. 6. num. 1. & 2

reconuentio tollit non tantum incompetentiam iudicis dati, sed etiam privilegium fori. 20. 7. 6
Muta petitio differt à reconventione. 20. 8. num. 1. & 2.

an in causâ reconventionis cogatur confessionarius cedentem defendere. 12. 10. num. 1. & seqq.

Recriminatio.
Recriminatio quando permissa. 20. 6. 5
Redemptor.
redemptores alienarum litium iure improbantur. 12. 12. 4

Regula.
de regula Catoniana. 12. 19. num. 1. & seqq.
regula Catoniana pertinet ad legata. 12. 19. 13. non ad institutiones. ibid.

Repetitio.
repetitioni soluti indebiti quando sit locus. 8. 8. 1. & seqq.
repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, licet alius soluerit, quam qui solvere debebat. 12. 11. 2

Replicatio.
replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones, à parte tamen actoris venientes. 14. 19. 1
replicationes faciunt iudicium bonæ fidei. num. 2.

Res.
rei appellatione generali etiam causæ & iura continentur. 1. 14. 8. tamen rerum appellatione potius corpora singula, quam iura & actiones significantur. ibid.
rem in bonis habere quid sit. 20. 11. 12
Res opinioni seu existimationi quando præferatur. 7. 13. 4
Res sua nemini seruit. 20. 12. 2
Res provinciales non, poterant vitucapi. 19. 10. 3
Res immobiles longo tempore quomodo acquirerentur. ibid.

Respublica.
respublica iure civili non est alia quam Romana. 14. 1. 25

Restitutio in integrum.
restitutio in integrum quatenus datur à Prætoris. ibid. num. 31
restitutio in integrum minori quando datur, aut absentis recipiendæ causâ. 14. 1. 10
Vtrum restitutio in integrum per minorem impetrata proferat eius fideiussori. 8. 3. pag. 225. & seqq.

restitutioni in integrum effectum. 14. 1. 26
Restitutiones non à iure civili causam habent, sed à iure honorario, id est, ab æquitate prætoris. 8. 4. 6
Restitutio in integrum an sit mixta actio. 20. 10. 17

Restitutio reddit patri non solum liberis, sed etiam ius patriæ potestatis. 10. 9. 17.

Reus.
Reus pendente accusatione, rerum suarum dominium & administrationem retinet. 7. 20. 14. exceptio. ibid.
Rei est contradicere & defensionibus suis vti. 19. 20. 9
Rei & aduersarij differentia. 20. 9. 19
Reus in exceptione est actor. 19. 4. 10

S
Sanguis.
Sanguinis redimendi ratio quælibet honesta est. 2. 20. 3.

Scribonia lex.
lex Scribonia vitucapionem seruitutum prohibuit. 19. 9. 7

Senator.
Senatorum Sabaudia in litigando privilegium. 20. 8. 11

Senatusconsultum.
Senatusconsultum Pegasianum. 6. 3. num. 2. & 3. eius ratio & causa. ibid.

Sententia.
Sententia dici non debet vox quælibet iudicis, sed ea demum quæ aut absolutionem continet, aut condemnationem. 16. 17. 4
Sententia definitiua sola sententiæ nomen meretur. ibid.
Sententia quæ nulla est, & contra ius reddita nunquam transit in rem iudicatam, nec executioni mandanda est. 12. 14. 4

Non ex crimine, sed ex sententia tantum quæ de crimine lata est infamia irrogatur. 6. 6. 4
Sententiæ pro ingenuitate late quanta sit vis. 19. 4. num. 3. & seqq.

Sententia plus est quam voluntas, nam & est voluntatis testatio. 14. 3. 11

Seruitus.
Seruitus quibus modis constituitur. 19. 15. 10
Seruitus non minus per legatum constitui potest, quam per contractum. 19. 16. 10

Seruitus qualibet, excepto vitucapio, est indiuidua. 19. 16. 4
Vt seruitutes longo tempore acquirantur, quæ debeant concurrere. 19. 10. num. 5. & seqq.

Seruitutes omnes causam debent habere perpetuam. 19. 6. 5
an possint ad tempus & ex tempore constitui. ibid. num. 6
non possunt vitucapi sine prædiis quibus debentur. 19. 6. 1. & 2. num. 1. non possunt oppignerari. ibid. nec tradi aut possideri. ibid.

Seruitutum est quasi possessio. 19. 10. 3
Seruitutes omnes habent causam impossibilitatis. 19. 15. 12
Seruitus seruitutis constitui non potest. 5. 11. 4.

Seruitutis fructus constitui potest. ibid. num. 6.
Seruitutes nihil aliud sunt, quam ipsa prædia qualiter se habentia. 19. 6. num. 1. an possint vendi. ibid.
Seruitutes sunt in bonis nostris. ibid.
Separari à prædiis nullo modo possunt. ibid.

Seruitus longâ consuetudine constitui potest. 19. 9. 10. potest imponi conventionione, legato, consuetudine vitendi. ibid.
Seruitutes dari possunt precario. 19. 7. 11
pro parte præstari non possunt. 3. 11. 9
locari non possunt. 19. 6. 8

Seruitutis quasi traditio per patientiam inducitur. 19. 10. 7
Seruitutis per longi temporis possessionem acquisita nomine competit actio in rem. ibid. num. 8

Seruitutis vindicatio datur cum aliquid sit in præiudicium seruitutis. 19. 5. 1
Seruitutis dominus an nouum opus nunciare possit. 19. 5. num. 1. & seqq.
Seruitus an possit constitui ab emphyteuta. 19. 13. num. 7. & 8

Seruitutes tum personales tum prædiales per confusionem extinguuntur. 20. 12. 1
Seruitutes interpretibus aliæ sunt continuæ, aliæ discontinuæ. 19. 9. 13. continuæ quæ, ibid. discontinuæ. ibid. refutatur relata seruitutum distinctio. ibid.
Seruitus iam constituta pignori dari non potest. 19. 7. 2
Seruitus constituenda oppignerari potest. ibid.

Seruitus quæ sita per longum tempus potest vindicari etiam contra dominum fundi. 19. 10. 8
Seruitutes prædiorum sunt reales. 19. 8. 1
Seruitutes reales aliæ sunt, aliæ personales. 20. 12. 2

Seruitutes reales debentur prædiis principaliter & immediatè, personis vero mediatè. ibid.
Seruitutes prædiorum siue reales vitucapi non possunt. 19. 9. 1
Seruitutes prædiorum sine duobus prædiis constitui non possunt. 19. 16. 1
Seruitus realis non potest constitui a non domino fundi. ibid. nec ab vno ex dominis eiusdem fundi. ibid.

Seruitutes prædiales vel sunt vrbanae, vel rusticae. 19. 15. 1
Seruitutes vrbanae quæ. 19. 15. 4. rusticae. ibid.

Seruitutum vrbanae & rusticarum differentia. 19. 15. 4
Seruitutes vrbanae vendi non possunt, rusticae possunt. 19. 7. num. 7
Seruitutum vrbanae quasi possessio continua est. 19. 9. 3. rusticarum interrupta. ibid.

Seruitutes vrbanae circa idem subiectum sunt vt plurimum duplices, vna affirmatiua, altera negatiua. 19. 15. 6
Seruitutes vrbanae estimantur ex prædij seruitutis statu. 19. 9. 3
Seruitutes rusticae estimantur ex hominum factu. ibid.

Seruitutes rusticorum prædiorum sunt simplices & affirmatiuæ. 19. 15. 6
Seruitutes rusticæ solo non vitucapuntur. 19. 9. 4. in quo differunt à seruitutibus vrbanae. ibid.

Seruitutes prædiales aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt. 19. 13. 1
quæ seruitutes in solo, quæ in superficie consistunt. ibid.

Seruitutes vrbanae penè omnes in superficie consistunt. ibid. num. 4. & 5
Seruitutum vrbanae libertas potest vitucapi. ibid. num. 2. & 3
Seruitutes rusticæ amittuntur non vitucapendo. ibid.

Superficiarius an possit constituere seruitutes. ibid. num. 6
Seruitus alius tollendi quæ. 19. 15. num. 15. & 16.

Seruitus alius non tollendi distinguitur à seruitute, ne luminibus officiat. 19. 15. 5.
Seruitus ne luminibus officiatur latius patet, quam seruitus ne alius tollatur. ibid.

Seruitus luminum, & seruitus ne luminibus officiatur distincte sunt. 19. 15. 11
Seruitus ne luminibus officiatur & seruitus ne prospectus offendatur, distincte sunt. ibid.

Seruitutes personales quo sensu iura prædiorum dici queant. 19. 15. 1
Seruitutis personalis legata dies non cedit, nisi ab aduâ hereditate. 19. 16. 14

Servitutes actiue sunt iura prædiorum quibus debentur. 19.15.1
Seruus.
Serui persona iure civili nulla est. 7.11.5
Serui iure civili pro mortuis habentur. ibid.
 pro nullis habentur etiam iure prætorio. 18.8.21
Seruus caput aut statum habere non dicitur. 10.12.num.16. & 25
Serui sunt incapaces eorum quæ sunt iuris civilis. 6.16.1
Seruus nihil proprium habere potest extra peculium, quod eius patrimonium est. 8.7.1
Seruus ea sibi acquirere potest, quæ sunt mei facti. 7.11
Seruus non aliter tutor esse potest, quam si liber primus fiat. 6.16.1
Serui dominis etiam inuitis acquirebantur. 7.11.1. excepta hereditatis causa. ibid. cum seruo nulla est actio. 4.1.13
serui etiam inuiti liberi fieri possunt. 20.2.4.
serui cur heredes institui possint. 3.4.9
seruus liber & heres iustus deque hereditate restituenda rogatus compelli potest ut abeat. 7.7. in it. capit.
seruus dotalis cui acquirat. 8.14. num. 1. & seqq.
seruo pignero directa libertas dari non potest. 15.18. num. 36
Seruus pœnæ.
seruus pœnæ factus cum ciuitate amittit etiam libertatem, & matrimonij iura. 17.20. num. 17
seruus pœnæ pro mortuo habetur, quia seruitus adfirmatur morti. ibid.
seruus pœnæ per sententiam nemo hodie fieri potest. ibid. num. 19
Simplum.
simplum pretium rei, non rem ipsam denotat. 16.19.4
Socer.
socer indicio de dote non nisi in id quod facere potest, condemnatur. 2.14. in it. capit.
Societas.
societas vniuersalis bonorum omnium communicationem inducit. 11.18.3. non tamen vnus socij culpam communem facit. ibid.
societas facit vt quod ab vno petitur ab alio peti videatur. 11.2.2
Socius.
socius pro peculio socij de peculio conueniri potest. 1.9.5
an socius actione de in rem verso conueniri possit. 1.9.1
Solutio.
solutioe omnis omnino perimitur obligatio. 14.3.4
nulla alia solutio liberationem parit, quam quæ fit illi ipsi cui debetur. 8.10.6
solutioe alienari nummos necesse est. 8.6.3
solutioe per vnum ex correis facta omnis obligatio perimitur. 11.9.1
solutio quæ non proficit ad liberationem proficere debet ad conditionem. 8.15.6
solutio facta cedenti prodest debitori ne à cessionario conueniatur. 12.5. pag. 418
Solueret.
soluens ante diem plus præstat, quam debet. 1.15
inuito creditor ante diem solui potest. ibid. num. 4
minus soluit qui tardius soluit. 5.18.7
soluit qui delegat. 18.1.11
solui potest pro alio ignorante & inuito. 11.9.4
qui exceptione perpetuâ tutus est, si soluat, potest repetere. 12.9.10
Species.

Cuiusnam sit species ex alienâ materiâ effecta. 6.15. num. 1. & seqq.
Spes.
spes actionis ex stipulatione conditionali in heredem transmittitur. 11.3.4
Sponsus.
sponsus possitne sponsam iure mariti de adulterio accusare. 3.6.1
munus sponsalium quid sit. 19.1.3
quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.
Status.
statum quæ personæ habeant. 10.12.2.6
Causæ status quæ. 19.20.9
Causæ status an ad prouinciæ præsidem pertineat. 17.8.1
Incerti status quis esse dicatur. 10.12.25
status incertitudo testamenti factionem impedit. 10.8.14
Stellionatus.
stellionatus appellatio ad omnia crimina quæ nomen proprium non habent, spectat. 4.2.1
stellionatus quid propriè. ibid.
an stellionatus crimen infamiam irroget. ibid. num. 2
quod in priuatis iudiciis est actio de dolo hoc in criminibus est stellionatus persecutio. 4.2.7
stellionatus accusatio neque publicis, neque priuatis actionibus continetur. ibi. num. 5
Stipulatio stipulari.
stipulationis quanta sit vis & efficacia. 15.2.8
in stipulationem cur deducere veteres quicquid sibi ex aliâ causâ debebatur. ibid.
stipulationem committi est diem vel conditionem stipulationis cedere. 3.7.9
ex stipulatione agi non potest, nisi quatenus verbis expressum est. 15.3.7
stipulatio est inuentum iuris civilis. 19.16. num. 17
ex stipulatione non commissâ agi non potest. 11.11.8
in stipulationibus stricta interpretatio fieri solet. 15.8. num. 15
actio ex stipulatu est civilis. 15.2.17
stipulationis & pacti differentia. 5.10.7
stipulantis & promittentis continuus actus esse debet. 11.3.8
stipulari rem suam nemo potest. 11.19.1
ex vnus stipulatione alteri actio quæri non potest. 1.4.1. & lib. 19.17.1
stipulari alter alteri etiam hodie non potest. 13.5.21
stipulari pater filio, aut contra, quando possit vtiliter, quando inutiliter. 19.17. num. 1. & seqq.
stipulari qui sibi potest, etiam & heredi. ibid.
stipulari potest seruus domino, & filius patri. ibid.
stipulationis ius quomodo sit commune inter correos stipulandi. 11.8.3
si stipulator reum heredem instituerit, fideiussores obligatio perimitur. 1.17. in it. capit.
stipulationes conventionales pendunt ex negotio contracto. 16.9.10
in stipulationibus conditionalibus id tempus spectatur, quo contrahimus. 15.6.1
stipulationes aliæ sunt diuiduæ, aliæ indiuiduæ. 3.7.1
ex stipulationibus diuiduis heredes in solidum non tenentur. 4.1.17
in stipulationibus alternatiuis electio est promissoris. 2.15.1
stipulationes prætorie aut iudiciales sunt, aut cautionales, aut communes. 3.1. nu. 1
Iudiciales quæ. ibid. cautionales. ibid. communes quæ. ibid.
stipulatio duplex in rerum pretiosarum

venditione interponi solet. 3.1.2
stipulatio damni infecti. ibid. n. 4
stipulationes cautionales actionem non vult. ibid.
stipulatio de rato. ibid.
stipulationes cautionales actionum quas nouant naturam induunt. ibid. num. 7
stipulationis pœnalis natura. 19.17. num. 1
stipulatio dotis quomodo differat à dotis traditione. 19.1.10
stipulatio dotis conditionem illam habet tacitam, si nuptiæ sequantur. 19.1.10
Stuprum.
stuprum non contrahitur in ea quæ se concubinam esse patitur. 3.14. nu. 3. & 4
Substitutio.
substitutionis nomen est æquiuocum. 15.10. num. 14. & 15.
substitutionum quot sint genera. 15.12. num. 4.1. & seqq.
an omnis substitutio sit vulgaris, aut pupillaris. 15.11. num. 1. & 2
substitutio reciproca & mutua quæ. 15.11. num. 3. & seqq.
breuior quæ vnde dicatur. ibid.
de substitutione reciproca. 13.14. nu. 8. & 9
substitutio directa est vel fideicommissaria. ibid.
substitutionis pupillaris & fideicommissariæ differentia. 13.20. num. 1. & seqq.
substitutio fideicommissaria potest omnibus fieri. 13.19. 2. pupillaris solis liberis. ibid.
substitutio militaris. 15.10. num. 27. fideicommissaria ibid. compendiosa. cap. 11. num. 1
Vulgares substitutiones post aditam hereditatem expirant. 3.4.2
an substitutioni sit locus si heres post aditam hereditatem sit substitutus in integram. ibid.
pupillaris substitutio an lege Cornelia confirmetur. 3.9. num. 1. & seqq.
substitutionis & iuris accrescendi differentia. 4.13.9
substitutio nihil aliud est quam secundi heredis institutio. 15.10.13
Verbum substituo an sit commune, an verò merè directum. ibid. & cap. 14. nu. 5
Subtilis.
subtilis ratio iuris saepe negligitur in contractibus. 19.16.18
Successio.
successio testati cum successione intestati nunquam concurrunt. 9.14.13
successionem non esse in suis & legitimis heredibus, quid sit. 3.4.11
Successor.
successores ex contractibus dolosis eorum quibus successerunt non tantum in id quod peruenit, sed in solidum tenentur. 1.12.1
successores anomali qui. 13.2.11
Succurrere.
in iure non succurritur ei cui propria culpa imputari potest. 2.11.6
Superficies.
superficiæ nomine quid intelligatur apud Iuriconsultos. 20.11.4
superficiariæ ædes quæ. ibid.
Superficiarius.
superficiarius domini appellatione continetur. 2.17.1
superficiarius non est dominus, et tamen competit vindicatio utilis. 20.11.3. & 19.13.5
A superficiario constitutæ seruitutes an valeant. 19.13.6
Suus heres.
suus heres quis dicatur. 9.1.1
suus heres etiam viuo patrefamilias est dominus, tamen non sit institutus, nisi per exheredationem id illi dominium ablatum.

ablatum sit. 9.18.9
suus heredes etiam legitimi dici possunt. 10.12.4
suus heredis nomen lege duodecim tabularum est usurpatum in successione in testati non testati. 1.10.3
suus heres per abstentionem non definit esse suus heres. 2.2.1. tamen iure prætorio non habetur pro herede. ibid.
in suis heredibus nulla est hereditas, nullaque hereditatis aut aditio, aut delatio. 14.20.17.
in suis & in agnatis hodie est successio. 9.14.32.
suorum heredum an sint plures gradus. 9.10.24
ius iuratis exheredatione non tollitur. 9.20. num. 1. & seqq.
suus posthumus quis dicatur. 10.10.18
T
Tacitum.
Tacitum quid. 15.9.3
Taciti quàm expressi nunquam est vis maior. 20.7.10
Taxatio.
de Taxatione iusurandi. 16.17.26
Tempus.
Tempus ipsum instantique mortis vitæ computatur non meriti. 18.5.11
Tempus non est modus tollendæ obligationis. 17.11. num. 2.6. & lib. 7. c. 8. nec inducenda. ibid.
Tempore quæ olim acquirentur. 19.9. num. 12.
Tempus immemorabile ad acquirendas seruitutes an requiratur. ibid. & num. seqq.
Tempus quo sit impleta conditio quando inspicitur. 20.2. pag. 855. nec non tempus quo conditio impletur. ibid.
qui prior est Tempore, potior est iure. 8.11.2
verba illa longo tempore, quid denotent. 7.8.6
Tenere.
Tenere & possidere differunt. 7.12.2
Testamentum.
Testamentum pagani quomodo sit iusta sententia. 15.10.4
Testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. 5.8.
si Testamentum non valeret iure veteri, nec quicquam eorum quæ in testamento relicta erant, valere poterat. 12.19.3
in Testamentis in quibus extranei heredes instituti sunt tria tempora spectantur, testamenti mortis, si pura sit institutio, aut euenientis conditionis, si conditionalis, & aditæ hereditatis. 10.18.1
ex Testamento in quo nullus heres scriptus est nihil quicquam debetur. 18.17.8
Cur testamentum non valeat sine heredis institutione. 14.20.7
ad Testamenti solennitates pertinet vt suus heres instituat vel exheredetur. 9.14.8
ex Testamento per præteritionem vel exheredationem rupto, legata nihilominus & fideicommissa hodie debentur. 9.14.24
Testamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta sunt, an per omnia sint inutilia. 10.19. num. 1. & seqq.
quis testamentum agnatione rumpat. 9.1.6
Testamentum confirmatur morte testatoris. 15.7. num. 10. & seqq.
Testamentum quod nullum est, rumpi

non dicitur. 10.11.1
Testamento posteriori an semper prius infirmetur. 10.18. n. 10. et seqq.
Testamento destituto redit res ad causam intestati. 17.2. nu. 10. si que locus ijs qui ipso iure successori erant, si nullum testamentum factum fuisset. ibid.
Destitui dicitur testamentum ex quo hereditas adiri non potest. 10.12.3
Testamento destituto per extranei heredis repudiationem, inofficiosi querela dari nec potest, nec debet. 17.2.11
Testamentum nullum est sine institutione. 18.16.8
conualescere Testamentum quando dicitur. 10.9.6
Testamentum iniustum est cum filius natus tempore testamenti & in potestate præteritur. 8.20.1
Testamentum quando rumpatur. 8.20.1
cum de Testamenti validitate quaeritur, quæ tempora soleant considerari. 5.20. num. 4
Testamenti factio publici non priuati iuris est. 13.6.8
vnus est Testamentum patris & filij, quando huic pupillariter substitutum est. 10.4.2
in Testamentis non tam verba, quam sententia testatoris inspicienda. 4.8.1
ex Testamento nulla nascitur actio contra testatorem, sed contra eius successores. 7.14.10
id quod mortis causâ capitur, non capitur ex Testamento. 8.7.6
Testator Testari.
inter Testatorem & cum qui ex testamento aliquid capit, nullum negotium geritur. 8.7.5
Testator potest ab herede legatum de ipsius heredis rebus relinquere. 5.18.1
Testator pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse quando intelligatur. 17.14
Testator facere potest vt usufructus finitus ad proprietatem non reuertatur. 1.11.7
qui Testatur in id tempus confert effectum suæ voluntatis, quo ipse amplius dominus non erit. 8.9.1
Testari non possunt qui potestati alienæ sunt subditi. 10.8.12
Testandi ius lex duodecim tabularum induxit. 7.4.2
Titulus.
Titulus alius vniuersalis, alius singularis. 17.1.7
solus Titulus quantumuis iustus & legitimus non est iustificans ad dominium transferendum. 14.7.5
Translatio.
Translatio nihil aliud est, quam datio & translatio possessionis. 19.8.5
Traditionibus non etiam nudis conventionibus dominia transferuntur. 20.13.2. & 19.12.8
Traditio non aliter dominium transferre solet, quam si iusta causa præcesserit. ibid.
Traditio dominium acquirit & vindicationem, non actionem personalem. 19.3.17.
Traditio alia vera, alia ficta. 19.3. n. 3. & 4. ficta vbi necessaria. ibid. num. 5.
Traditio vera & realis nihil prodest ad transferendum dominium nisi iusta etiam causa præcedat. 19.3.7. & lib. 7. c. 4
re aliqua traditæ ex Traditione obligatio confestim nascitur. 6.9.
Transactio.
Transactio à pacto quomodo differat. 17.4.2
Transactio fit de re dubiâ & incertâ ibid. et Transactiones valent, quæ nec vi, nec

dolo, sed sponte ac bonâ fide factæ sunt. ibid. num. 3
Transactio bonâ fide inita sub præteritū instrumenti postea reperti rescindi non potest. 16.17.22
Transigere.
Transigere non licet de crimine falsi. 20.8. citra Senatusconsulti Pupilliani accusationem. ibid.
Transigere de falso instrumento, & transigere de crimine falsi differunt. ibid.
de quibus transigere non licet, nec etiam pacisci. 2.20.9
Transigere non licet de criminibus sanguinis pœnam non ingereantibus. 2.20. in it. capit.
Transigere licet de criminibus capitalibus sanguinis pœnam ingereantibus. ibid. excepto adulterio. ibid.
Transigere an liceat de crimine raptus. 20.1
Translatio.
Translatio domini a continuatione differt. 14.20.16
Transmissio.
Transmissio in suis heredibus locum habet. 14.1.1
Transmittitur legatum in heredem legatarij. 14.1.16
Trebellianum.
Trebellianum Senatusconsultum an hodie sublatum. 5.7.4
Tutela.
Tutelæ munus necessarium est & publicum. 11.1.4
Inuito etiam defertur, nisi iustam habeat excusationem. ibid.
Tutor.
Tutor non potest hereditatem adire pro pupillo. 8.6.5
Tutoris autoritas interponi debet in ipso negotio. 7.13.5
ex leui culpa tutoris heres eius non tenetur. 1.12.4
Tutorem heredes quatenus teneantur. ibid.
V
Vacantia bona.
Vacantia bona sunt quæ non habent successorem, ne quidem ab intestato. 17.2.3
Vacantia bona pertinent ad fiscum. 3.16.4
Vacantium & caducorum differentia. ibid.
Vasallus.
Vasallus est feudatarius, id est, qui accipit à domino feudum. 20.11.8
Vestigalis.
Vestigalis fundi possessor non est dominus. 19.13.11
Vestigalia prædia cur vsucapi non possunt. 20.11.18
Vellea lex.
lex vellea fuit de posthumorum institutione. 9.4. num. 5 & 6
Legis Velleæ duo fuerunt capita. 9.17.1
Velleanus posthumus quis. 9.17.12
Venditio venditor.
Venditio quid. 6.9.3
venditio nominis valet ipso iure. 8.16.6
Venditio nominis differt à delegatione. ibid.
Venditio pignoris dupliciter fieri potest iure creditoris, & iure communi. 17.12.1
an Venditionis nomine vnquam continetur Donatio. 14.13.4
Venditionum publicarum conditio. 5.16. num. 3
Venditio rem non afficit, sed personam eius qui vendit. 20.17.1
venditio rei alienæ cur valeat. ibid.

INDEX RERVM ET VERBOR.

aliud est vendere, aliud vendenti consentire. 8.9.3
 rei Venditæ periculum, statim atque nudo consensu perfecta est venditio ad emptorem pertinet. 11.7.6
 vendi possunt res alienæ. 20. 17. 1. & lib. & 19.c.6
 nemini res sua vendi potest. 20.17.3
 quicquid vendi potest, an possit etiam oppugnerari. 20.17.1
 Venditor quis dicatur proprie. 6.9.3
 is qui emerat venditor apud veteres ple- runque dicebatur & contra. ibid.
 Venditor quilibet tenetur ad traden- dum. 19.8.5
 an Venditor qui rei venditæ tradendæ potestatem habet, ad tradendum præ- tere cogi possit. 6.17.1
 Venditor non tenetur rei venditæ domi- nium in emptorem transferre. 6.9.5
 Venditor qui pretium accepit, nec rem tradit, pretij restitutione non libera- tur. 6.9. num. 3. & 4
 Venditor ignorans se rem alienam ven- dere tenetur in id quod emptoris in- terest. 2.5.1
 Veneficij crimen an morte finiatur. 7. 20.6
 Verba.
 Verborum differentia. 15.16.14
 Verba dispositiva. 14.2.8. enuntiatiua futuri euentus. ibid. num. 15
 Verba conditionalia an dispositionem inducant. 17.17.1
 Verborum alia directa sunt, quæ & ciuilia & Imperatiua vocantur, alia obli- qua quæ & Precatiua & Inflexa: com- munita verò nulla sunt. 15.10.11
 Verborum obseruationem in legatis & fideicommissis quis sustulerit. 14.5.11
 cum in verbis nulla est ambiguitas non est admittenda questio voluntatis. 17. 28.5
 Verusitas.
 Veritas pro lege habetur. 19.9.10
 Verior.
 veritor quis dicatur apud veteres inter- pretes. 4.19.3
 Veritor non est vocabulum Latinum. ibi.
 Via.
 Via quid. 1.20.3
 Via debet eam habere latitudinem per quam vehiculum transire possit. 19.4.11
 In omni via & longitudo & latitudo est. 19.14.10.
 Longitudinem facit necessitas fundi do- minantis. ibid.
 Latitudinem facit conuentio contrahen- tium, aut legis duodecim tabul. consti- tutio. ibid.
 Legitima via latitudo quæ. 19.14.10
 Vindicatio.
 Vindicatio non nisi domino competit. 17. 17.9. non nisi aduersus possessorem da- tur. ibid.
 Vindicatio directa non nisi domino da- tur. 16.15.2
 vtilis vindicationes ex qua causâ com- petant. 20.11.3
 an iudicio vindicationis reus est qui pos- sidet, habetque restituendi facultatem. 12.14.2
 Vindicatio non est actio bonæ fidi. 16.4. num. 7
 Vindicatio non est nisi rei præsentis. 19. 20. num. 20
 Vindicatio rerum corporalium effe- ctum est restitutio. 20.13.7
 Vindicatio seruitutum non minus datur

possessori, quàm non possessori seruitu- tis. 20.13.8
 vindicatio rei corporalis nunquam da- tur possessori. ibid.
 vindicationes directæ ex dominio ori- untur. 15.11
 Vis.
 Vis sine dolo esse non potest. 16.13.22
 vi facere quis dicatur. 19.10.5
 Visio.
 Visionis vocabulum Triboniano est fa- miliare prudentibus verò insolens. 18.1. 2.4. & lib. 18. c. 20. 2
 Viuentis nulla est hereditas. 9.1.4
 Vocatio in ius.
 Vocatio in ius præcedit litis contestatio- nem. 16.11.3
 Vocatio in ius dicebatur principium ac- tionum omnium instituendarum. 20. 9.3
 Voluntas.
 Voluntas quæ non transit in dispositio- nem nullius est potestatis. 14.5.7
 Voluntas hominis vsque ad mortem est ambulatoria. 7.15.4 & 19.18.5
 voluntates vltimæ morte debent confir- mari, aliàs non valent. 19.18.5
 voluntas multitis testantis non nisi ex testa- menti verbis petenda est. 18.13.26
 voluntatum diuisio in directas & pecu- narias. 15.10.11
 vltimæ voluntates recipiant interpreta- tionem ex sola connectiua voluntatis, 7.14.10.
 voluntas i. grima quæ. 19.18.5
 ei qui voluntatem mutata dicit, incum- bit onus probandi. 17.3.11
 voluntas coacta an sit voluntas. 7.6.8
 qui capitis pecuniam patitur, non potest cum vltima voluntate decedere. 7.20. num. 20
 an velle dicatur qui alterius dolo, aut impressione compellitur. 7.6.8
 verbum volo est precari. 14.2.1
 Vscapio.
 vscapio est adoptio dotioij. 7.10.2
 ad vscapionem lex 12. tabul. biennium requirebit. ibid. num. 1
 vscapio non est sine possessione, nec si- ne titulo & bonâ fide. 11.8.2. & 19.9. & 10. & lib. 20. c. 11.
 vscapionis & longi temporis præscri- ptionis differentia. 19.10.1
 vscapio & tempore acquiri longè diffe- runt. 19.9.12
 vscapio lege 12 tab. introducta est. 19.9. 17. fauore boni publici. 1.18.4. ad pu- tiendam dominorum negligentiam. 20.11.19. & ne dominia rerum in incer- to semper essent. ibid.
 vscapio aliquando procedit sine titulo. 1.18.4
 vscapio an possit res furiosæ. ibid. n. 1 & 2
 qui vscapere potest, Publicianam quo- que habere necesse est. ibid. num. 2
 bona fisco acquisita an possint vscapio, 7.10. num. 1. & seq.
 bona vacantia an possint vscapio. ibid.
 res pupilli an possit vscapio. 7.13.4. & seq.
 res quam emisti a pupillo, quæ tamen non est pupilli, an te possit vscapio. ibid.
 Vsuræ.
 vsuræ debentur vel ex morâ, vel ex con- uentione. 1.1.8
 qui in futurum vsuras à debitore acce- pit, tacite pactus videtur ne intra id tempus sortem exigat. 7.9.5
 vsuræ nudo pacto promissæ quando de- beantur. 5.10.5
 vsuræ vicem fructuum obtinent. 7.2.3
 præsertim in legatis & fideicommissi. ibid.
 de vtilis legatorum & fideicommissio- rum. 7.3
 vsura: um præstatio minus fauorabilis est quàm fructuum. 7.2.3
 actione ex vendito vsuræ quæ promissæ non sunt, non aliter peti possunt, quàm sic soluendo pretio mora facta sit. 5. 10.5
 Vsuræ.
 vsus aliquando significat possessionem, 19.9.17
 in vi minus est quàm in fructu. 3.3.2
 vsuarius non potest locare, vel vendere, vel oppignere vsum. 19.8.3
 Vsurfructus.
 vsufructus est seruitus personalis. 19.8.1
 vsufructus omne rei commodum & e- molumentum continet. ibid.
 vsufructus non est pars domiij. 15.8. nu. 2. & seqq. non est pars fundi. ibid. aliud est vsufructus, aliud perceptio fru- ctuum. 8.15.1
 vsufructus sitne duplex, causalis & for- malis. 15.8.24
 vsufructus sine persona esse non potest. 19.16.1
 vsufructus cur capitis diminutione pe- rimitur. 3.10.7
 vsufructus vendi vel locari potest. 19. 8.1. nec non oppignori. ibid.
 vsufructus temper æstimatur ex perso- na fructuarij, vt eo moriente, finiatur. ibid.
 vsufructus ex tempore & ad tempus constitui potest. ibid.
 vsufructus & seruitutum realium diffe- rentia. ibid.
 vsufructus seruitus ad proprietatem an necessariò reuertatur. 1.11.7
 vsufructus legatus his verbis, cum mo- rietur, i. utiliter legari dicitur. 19.1.11
 Vnfructuarius possidet naturaliter. 8.5. num. 8.
 Vtilis actio.
 Vtilis actio est ad quibus dentur, 11.11.5
 Vtilis & directæ actiones differentia. 4. 7.3
 vtilis actio tantum potest quantum di- recta. 19.17.4
 vtilis actio ex stipulatu pro dote, inducta est à Iustiniانو. 11.12.9
 vtilis actiones dantur ex æquitate. 12.2. Vtilis actio quando præferatur directæ. 19.17.4
 vtilis actio coniunctæ personæ per con- iunctam an acquiratur. ibid. o. 6
 vtilis actiones cum directis non possunt in eadrm personâ concurrere. 12.2.10
 vtilis actiones alix datix, alix natix. 19.19.11.
 vtilis actiones alix ciuiles, alix præto- rix. ibid.
 Vtilitas.
 Vtilitatis causâ recepta quæ dicantur. 3. 8.1
 quæ vtilitatis gratia recepta sunt, non de- bent produci ad consequentias. 17.14.12
 Vxor.
 vxor post diuortium, mariti inimica esse dicitur. 4.1.19
 Vxoris & concubinæ differentia. 3.14.2 & 3
 Vxoris est dare dotem marito, non mari- ti dotem dare vxori. 19.3.2



INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS, QV AE
 IN HIS CONIECTVRARVM LIBRIS AB ANTONIO
 FABRO AVT EXPLICANTVR, AVT EMENDANTVR;
 in hoc verò elencho secundum ordinem librorum & titu-
 lorum Iuris disponuntur.

Ex Digestor. lib. 1. tit. 5. De statu bonorum.	l. si debitori. 21. 442.1.	Ex tit. 4. Communia prædiorum.	l. si ei. 9. 878.1
l. Arcula. 15. pag. 853. col. 1. 857.2	l. non à indice. 64. 661.1	l. vlt. 840.2. & seq.	Ex tit. 5. si seruitus vindicetur.
l. idem erit. 16. 815.2	l. proponatur. 76. 563.1	Ex tit. 5. si seruitus vindicetur.	l. loci. 4. § 1. 26.1
l. ingentium. 25. 817.1	l. vlt. 672.2	l. si quis diuortio. 10. 827.1. 829.2. & c.	Ex tit. 6. Quomodo seruitut. amitt.
Ex tit. 21. de offic. eius cui mandat. est iurisdictio.	l. Papinianus. 8. §. penult. & vlt. 602.1	l. si quis diuortio. 10. 827.1. 829.2. & c.	Ex tit. 6. Quomodo seruitut. amitt.
l. vlt. 91.1	l. Titia. 13. 601.1	l. si quis diuortio. 10. 827.1. 829.2. & c.	Ex tit. 6. Quomodo seruitut. amitt.
Ex lib. 1. tit. 1. de iurisdictione.	l. mater. 19. 184.1	Ex tit. 6. Quomodo seruitut. amitt.	l. 2. 27.2
l. impensio. 1. 90.2	Ex tit. 3. de heredit. petitione.	l. nam satis. 6. § 1. 835.2	l. si communem. 10. ibid.
Ex tit. 7. ne quis cum qui in ius voc. vi extimat.	l. nec villam. 13. §. idem erit. 676.1	l. si cui via. 11. 834.2	l. aquam. 16. 835.2
l. penult. §. 1. 612.1	l. quod si in diem. 16. §. vlt. 553.1	l. si partem. 19. §. 1. 254.2	Ex lib. 9. tit. 2. Ad legem Aquiliam.
Ex tit. 9. Si ex noxal. caus. agat.	l. item veniunt. 20. §. aut senatus. 77.1	l. huic scriptura. 15. §. 1. 747.2	l. quemadmodum. 29. §. si natus tur. 137.1
l. 2. §. 1. 194.1	l. sed & si lege. 25. §. quod autem. 738.1	Ex lib. 10. tit. 2. familie er- ciscunda.	l. 1. 891.2
Ex tit. 11. Si quis cautionib. in iudicio sist.	l. sed & si lege. 25. §. aded autem. 734.2	l. 3. 430.2. 433.1	l. Pomponius Philadelphus. 35. 205.2
l. si post tres. 8. 161.1	l. Aristo. 28. D. de petit. hereditat. 50.2	Ex tit. 3. Communis diuidentio.	l. hoc. 14. 57.1
l. si cur. 10. §. qui iniuriarum. 57.1	l. plan. 38. 29.1	l. hoc. 14. 57.1	l. labor. 19. 39.1
Ex tit. 14. de pactis.	l. vtilis. 39. ibid. 2.	Ex lib. 11. tit. 1. de seruo corrupti.	l. Neratius. 11. 125.2
l. si cum emptore. 16. 421.2	l. lex fructo. 45. 713.1	l. Neratius. 11. 125.2	Ex lib. 12. tit. 1. de rebus credit. si cert. petet.
l. sed si fideiussor. 24. 69.2	Ex tit. 6. de fideicommiss. hered. perit.	l. rogasti. 11. 82.1	l. singularis. 15. ibid. & 129.2
l. si vnus. 27. 408.2	l. libertates. 16. 596.1	l. vinuta. 22. 613.1. & 6. §	l. si & me & Titium. 3. 389.2
l. idem in duobus. 28. 375.2	l. logo. 21. ibidem.	l. vlt. 24.1	Ex tit. 2. lib. 12. De iurisdictione.
l. tale pactum. 40. §. vlt. 209.1. 211.1	Ex lib. 6. tit. 1. De rei vindicat.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex lib. 3. tit. 2. de his qui noi. anf.	l. 1. §. per hanc. 850.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. quid ergo. 13. §. vlt. 88.1	l. officium. 9. 652.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. hoc hæc verba. 20. 159.1	l. Iulianus. 17. §. 1. 35.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex lib. 3. de procuratorib.	l. si à bonæ fidei. 21. 184.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si defunctus. 15. 442.2. & seq.	l. fructus. 33. 34.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. in causa. 27. §. vlt. 419.2. & seq.	l. qui petitorio. 36. 869.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. 28. 420.2	l. in fundo. 38. §. constituimus. 29.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si quis in rem. 34. 428.2. & seq.	l. M. nicias. 61. 175.2. & seq.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. procuratores. 35. 421.1	l. qui restituere. 68. 439.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. mater. 70. 429.2. & seq.	l. qui restituere. 68. 543.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si reus. 73. 444.1	l. qui restituere. 68. 769.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. 3. §. penult. 386.1	l. si eius fundi. 78. 111.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. Pomponius. 9. 92.2	l. penult. 35.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. nam & Seruius. 21. 384.2. & seq.	l. vlt. 870.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. lex facte. 30. ibid. & 396.1	Ex tit. 2. de Publiciana in rem actio.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. actio. 47. 94.1. & 2.	l. cum sponses. 12. §. in vestigal. 875.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. actio. 47. 387.2	Ex lib. 7. tit. 1. De vsufructu.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex lib. 4. tit. 2. quod met. causa gestum erit.	l. 1. 563.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. isti quidam. 8. §. vlt. 210.1	l. si Titio. 33. § 1. 562.2. 563.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. item si cum. 14. 663. & seq.	Ex tit. 4. quibus modis vsufructus amittitur.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si mulier. 21. §. pen. 755.2	l. quid tamen. 10. §. in natis. 176.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex tit. 3. de dolo malo.	Ex tit. 8. de vsu & habitatione.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. arbitrio. 18. 660.2. 667.2	l. per seruum. 14. §. 1. 28.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si fideiussor. 19. 43.1. & 2	Ex lib. 8. tit. 1. de seruitutibus.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex tit. 4. de minoribus 25. annis.	l. 1. 833.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. 3. pen. 91.2	l. Papinianus. 18. aliàs l. in omnibus. 876.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. ait Prætor. 7. §. 1. 589.1	Ex tit. 1. de seruitutibus urbanor. prædior.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. ait Prætor. 7. sed quod. 61.2	l. luminum. 4. 838.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. in causa. 16. 761.2	l. hæc autem. 6. 826.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. in causa. 16. §. idem Pomponius. 231.2	l. cum eo. 9. 839.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. cum mandatu. 23. 223.2	l. qui luminibus. 11. ibid. 2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. minor. 40. 648.2	l. inter seruitutes. 15. 819.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex tit. 3. de receptis, qui arbitr.	l. seruitutes. 20. 833.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. 3. §. vlt. 770.2	l. seruitutes. 20. 839.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. Celsus. 23. §. 1. 684.1	l. si quis ædes. 20. 773.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. si duo. 34. 408.2. & seq.	l. cuius. 24. 839.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
Ex lib. 5. tit. 1. de iudicys.	l. foramen. 28. 827.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. illis nulla. 4. 899.1	l. si ædes. 32. 833.2	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. qui non cogitur. 22. 864.1	Ex tit. 3. de seruitutibus rusticor. prædior.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. in omnibus. 41. 545.1	l. 1. & 2. 26.2. & seq.	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. argentatum. 45. §. 1. 850.1	l. 2. 838.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1
l. obseruandum. 47. 867.1	l. cum essent. 33. §. vlt. 140.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1	l. si duo. 13. §. Iulianus. 829.1

INDEX

LEGVM.

Ex tit. 3. de conduct. triticar.
 l. penult. 611.1 613.2.632.2
 l. vlt. D. de conduct. trit. 613.1. & 2.614.2.
 618.2. & seq.
Ex tit. 4. de eo quod certo loco dari oportet.
 l. quod si Ephesi. 4. §. i. 544.1
 l. i. ibid.
Ex tit. 5. de constitut. a pecunia.
 l. 3. 551.1
 l. qui autem. 14. §. sed & si quis. 550.1
 l. sed & si. 15. ibid.
 l. & licet. 15. 555.2
 l. si duo. 16. §. i. 545.2
 l. si duo. 16. §. vlt. 550.1
 l. item illa. 18. ibid.
 l. id quod. 19. 551.2
 l. id quod sub conditione. 19. §. vlt. 555.1
 l. promissor. 21. §. i. 549.2
 l. si post constitutam. 22. 552.1
 l. vtrum. 27. 555.1
 l. pen. 120.2. & seq.
Ex tit. 6. Commodati vel contra.
 l. §. in hac. 612.1. 613.2. 614.1
Ex tit. 7. de pignoratitia actione.
 l. 2. 887.1
 l. quamvis. 6. 253.2
 l. si conuenit. 18. 250.2. 251.1
 l. si conuenit. 18. 425.2
 l. si conuenit. 18. 421.1
 l. si pignore. 22. §. si pædo. 217.2
 l. rem alienam. 41. 888.1
Ex lib. 14. tit. 2. de lege Rhodia de iactu.
 l. vlt. §. si ea conditione. 669.1
Ex tit. 3. lib. 14. De institoria actione.
 l. si quis. 17. §. si impubes. 41.1
Ex tit. 6. De Senatusconsulto Macedoniano.
 l. sed Iulianus. 7. §. idem ait si duos. 334.1
 l. filiusfam. 17. 21.2
Ex lib. 15. tit. 1. de peculio.
 l. 3 § pen. 86.1
 l. si noxali. 11. §. est autem 902.1
 l. hinc quaeritur. 19. §. i. 246.1
 l. ex facto. 52. 126.2
Ex tit. 3. de in rem verso.
 l. si pro parte. 10. §. vlt. 373.2. & 388.2
 l. si in rem. 13 10.1
 l. 14. eod. ibid.
Ex lib. 16. tit. 1. Ad Senatusconsult. Velleianum.
 l. quamvis. 8. §. si mulier. 95.2. & 731.2
 l. vir vxori. 17. §. mulier. 372.2
 l. vir vxori. 17. §. mulier & Titius. 376.2. & seq.
 l. idem est. 18. 373.2
 l. quidam. 29. 397.2
Ex tit. 2. De compensationibus.
 l. in rem suam. 18. 424.1
Ex tit. 3. depositi vel contra.
 l. 1. §. si pecunia in sacculo. 36. 442.2
 l. 1. §. ante penult. 389.1
 l. ei apud quem. 5. 180.2
 l. si plures. 14. in pr. 442.2
 l. si plures. 14. §. siue autem. 669.1
 l. licet. 17. 389.1
 l. Lucius. 24 197.1
 l. Publia. 26 5.1
 l. Publia. 26 845.1. & seq.

Ex tit. 1. lib. 17. Mandati vel contra.
 l. si mandauero. 22. §. interdum. 383.2
 l. inter causas. 29. §. sed cum seruus. 62.2
 l. inter causas. 26. §. abesse. 732.2
 l. si fideiussor. 29. §. penult. 734.1. 805.1.
 l. qui negotia. 34. 24.2
 l. qui negotia. 34. 82.1
 l. qui negotia. 34. 128.1. & 129.2
 l. qui negotia. 34. 705.2
 l. hominem. 37. 612.2. 630.2. 639.1
 l. si mandatu. 45. §. vlt. 63.1
 l. qui fide. 56. 383.2
 l. si mandatu. 59. §. creditor. 700.1. & seq.
Ex tit. 2. pro socio.
 l. cum societas. 69. 122.1
Ex lib. 18. tit. 1. de contrabenda emptione.
 l. suæ rei. 16. 564.1
 l. quod scæpe. 35. §. si res vendita. 33.1
 l. domum emi. 57 446.1
 l. si cum fundum. 68. §. vlt 179.2
Ex tit. 2. de in diem additione.
 l. 4. §. Marcellus. 834.2
 l. 4. §. i. 564.1
Ex tit. 4. De hereditate vel actione vendita.
 l. 2. §. peruenisse. 795.2
 l. si romen. 4 415.2
 l. 5. ibid.
Ex tit. 6. de periculo & commod. rei vendit.
 l. quod si neque. 14 32.2
Ex tit. 7. De seruis exportandis.
 l. vlt. 505.1. & seq.
Ex lib. 19. tit. 1. De actionibus empti & venditi.
 l. 3. §. vlt. 497.2
 l. si seruum. 4. 55.1
 l. tenetur. §. sed si fundum. 822.1
 l. ex empto. §. Cassius 56.1
 l. ex empto. 11. §. sententiam 700.2
 l. Iulianus 13. §. si fructib. 17.2
 l. Iulianus. 13. §. si procurator. 123.1
 l. veteres. 19 164.2
 l. 20 ibid.
 l. si steriliis. 21. §. cum per venditorem. 628.1
 l. cui res 29 133.2. & seq.
 l. cui res. 29. 450.1
 l. si quis. 46 179.2
Ex tit. 2. locati, conducti.
 l. si quis domum. 9. §. i 835.2
 l. si quis domum. 9 34.1
 l. & hæc distinctio 35 33.2
 l. si fundus. 36 33.2
 l. locare. 44 824.1
 l. cum apparebit. 47 223.1
 l. & 399.2
 l. cum in plures. 60. §. vestimenta 371.2
Ex tit. 3. de estimatoria.
 l. 1. §. vlt. 196.1
Ex tit. 4. de rerum permutatione.
 l. i. 164.1. & seq.
Ex tit. 5. de præscriptis verbis.
 l. naturalis. §. i 167.1. 168.1. & 2
Ex lib. 20. tit. 1. de pignoribus & hypothecis.
 l. 1. in pr. 886.2. & seq.
 l. i. 714.1
 l. si is qui. 11. §. vlt. 821.1
 l. sed an viz. 12. 813.1. & seq.

Ex tit. 4. de pactis dotalibus.
 l. si conuenit. 4 185.1. 2. & seq.
 l. si ita. 9. 844.1
 l. si mulier. 21. 171.1
 l. quidam. 22. 37.1
 l. pater. 23. 843.2
 l. pater. 23. 5.1
 l. inter. 26. §. i. 458.1
 l. inter. 26. §. cum inter. 22.1
 l. inter. 26. §. cum inter. 460.2
 l. inter socerum. 26. §. pen. 844.2
 l. cum maritus. 29. §. vlt. 418.2
 l. Babius. 30. 458.1. 468.1
 l. vlt. 83.1
Ex tit. 5. de fundo dotali.
 l. 1. 194.2
 l. vlt. 9.3
Ex lib. 24. tit. 1. de donat. inter vir. & vxor.
 l. 3. §. pen. 814.1
 l. §. vlt. 81.2
 l. si sponsus. 5. §. circa. 197.1
 l. §. penult. 151.1
 l. quod autem. 7. 196.2
 l. sed si mors. 13. §. i. 447.1
 l. si vxor filio. 19 112.1
 l. Papinianus. 23. 814.2. & 816.1
 l. Papinianus. 23. 36.2
 l. cum hic status. 32. §. si inter virum. 813.2
 l. cum hic status. 32. §. si nurus. 18. 137.2
 l. si stipulata. 33. 36.2
 l. si stipulata. 33. 816.1
 l. vxor marito. 55. 127.2
Ex tit. 2. de diuortis.
 l. filia. 5. 457.1
Ex tit. 2. solut. matrimonio dos. & c.
 l. 2. §. i. 464.1. 2
 l. fructus. 7. §. Papinianus. 16.2. & seq.
 l. 7. §. si vir. 8.2
 l. si ab hostibus. 10. 456.2
 l. etiam. 10. 241.2
 l. si cum dotem. 22. in princip. 461.1
 l. si cum dotem. 22. §. si pater. 97.2
 l. si cum dotem. 22. 140.2. & seq.
 l. filiofamilias. 25. §. i. 642.2
 l. post dotem. 40 457.2
 l. post dotem. 40. 21.2
 l. post dotem. 40. 469.1. 2
 l. Caius. 45. 464.1
 l. Caius. 45. 846.2
 l. filia meæ emancipatæ. 59. 457.1
 l. si verò. 64. §. i. & seq. 892.2
Ex lib. 25. tit. 1. de impensis in res dotales factis.
 l. 5. 2.2. & 3.1
Ex tit. 2. de actione rerum amotarum.
 l. penult. 641.1
 l. 3. §. vlt. 86.1
Ex tit. 6. si mulier ventris nomine in possessione cal. causa esse dicet.

Ex lib. 26. tit. de testament. tutel.
 l. 2. 580.2
 l. si hereditas. 10. §. vlt. 178.2
 l. quæro. 32. §. vlt. 178.1
Ex tit. 7. de administrat. & pericul. tutor. & curatorem.
 l. si minoris. 25. 394.1
 l. si plures. 38. 408.1
 l. tutores. 39. §. heres institutus 571.1
 l. impuberi. 40 580.2
 l. cum post mortem. 43. §. quib. 181.2
 l. pupillus. 45 699.2
 l. Lucius. 46. §. tutelæ 702.1
 l. tres tutores. 55. §. i 371.1
Ex lib. 27. tit. 3. de tutel. & rationib. distrahendis.
 l. 1. §. nunc tractemus 395.2
 l. si tutor. 9. §. vlt. & l. 10 85.2
 l. alterius. 20. in princ. 397.2
 l. cum pupillus. 21 394.1
Ex tit. 7. de fideiussoribus tutor.
 l. 4 15.2
 l. penult. 412.1
Ex tit. 9. de rebus eorum qui sub tutelâ vel curâ sunt.
 l. 2 241.2
 l. penult. in fin. 741.2
Ex tit. 10. de curat. oribus furioso dandis.
 l. vlt. 447.2
Ex lib. 28. tit. 1. Qui testamenta fac. possunt.
 l. lege Cornelia. 12. 324.1. 327.2
 l. filiusfam. 16 194.2
 l. 254.1. & seqq.
Ex tit. 2. de liber. & posthumis.
 l. si primo. 8 256.1
 l. si primo. 8 451.2
 l. si quis posthumus. 9. §. i 317.2
 l. si quis posthumus. 9. §. si filium 349.2. & seq.
 l. commodissime. 10 883.1
 l. in suis. 14 317.1
 l. si filius. 16 11.2
 l. filio. 23. §. si Titius 315.1
 l. posthuma. 24 271.2
 l. Titius. 25 §. vlt. 262.2
 l. Titius. 25 776.1
 l. filius. 28. in pr. 76.1
 l. Gallus. 29 258.2
 l. Gallus. §. quidam rectè 293.2
 l. Gallus. §. idem credendum. 295.1
 l. Gallus. §. si quid tantum 263.1. & 355.1. & seqq.
 l. Gallus. §. quid si qui filium 265.1
 l. Gallus. §. si ejus 272.1
 l. Gallus. §. forsitan 282.1
 l. Gallus. §. nunc de lege 308.2
 l. Gallus. §. sequenti parte 320.2
 l. Gallus. §. videndum 322.2
 l. Gallus. §. ille casus 310.2. & 352.1
 l. Gallus. §. in omnibus. 285.2
 l. Gallus. §. vlt. 353.2
Ex tit. 3. de iniustisrupto & irrit. fact. test.
 l. 3 296.2
 l. nam est. 5 256.1
 l. si quis filio 317.1
 l. si quis filio. 6. §. sed si pater 276.1
 l. si quis filio. 6. §. siue autem 278.1
 l. verum. 8. §. i 355.1
 l. posthumus. 12 25.1
 l. posthumus. 12 347.1
 l. posthumus. 12 303.1. 305.1
 l. posthumus. §. idem 366.2
 l. si posthumus. 14 256.2
 l. qui vxorem. 15 341.2. 347.1
 l. filio præterito. 17 25.1
 l. filio præterito. 17 298.1
Ex tit. 4. de his que in testam. delent.
 l. 1. §. pen. 385.2
 l. 1. 787.1. & seqq. ibid.
 l. 2. 785.2. 787.2. & seqq.
 l. 3. 787.2. & seqq.
 l. 4. 787.2. & seqq.
Ex tit. 5. de heredib. instituend.
 l. sed si conditioni. 6. §. i 310.1
 l. quoties. 9. §. si duo 712.2
 l. si alterius. 10 712.1
 l. item quod Sabinus. 17. §. vlt. 142.2
 l. ex facto. 27 143.1
 l. cum in testamento. 37 286.1
 l. qui soluendo. 42 772.2
 l. 43 ibid.
 l. si alienum. 49. §. in extraneis 452.1
 l. si is qui soluendo. 57 773.1
 l. qui soluendo. 60 ibid.
 l. in tempus. 62. 453.1
 l. in tempus. 62. §. i 141.2
 l. si quis ita. 82 286.1
 l. si non lex. 83. §. i 77.1
 l. Lucius. 85 719.2. 724.1
Ex tit. 6. de vulgari & pupill. substitut.
 l. 2. §. i 312.2
 l. nam hoc iure. 4 573.1
 l. 4 603.2
 l. verbis ciuilibus. 7 328.2
 l. verbis. 7 575.2
 l. centurio. 15 ibid.
 l. pater filium. 26 268.1
 l. lex Cornelia. 28. 327.1. 328.2. & 339.1
 l. lex Cornelia. 28 67.2
 l. si pater contras. 29 335.1
 l. est contra. 35 118.1
 l. qui duos. 42 480.1
 l. ex facto. 45. §. vlt. 358.2
 l. Lucius. 45 574.1
 l. Lucius. 45 584.1
Ex tit. 7. de conditionib. insti-tutionum.
 l. 4. §. vlt. 47.2
 l. quæ sub conditione. 8. §. quoties 684.2
 l. penult. §. vlt. 786.2
 l. vlt. 855.2
Ex lib. 29. tit. 1. de testam. milit.
 l. 3 598.1
 l. idem est. 13. §. cum miles 775.1
 l. tractabatur. 14 771.2
 l. in fraudem. 15 776.1
 l. querebatur. 19 578.2
 l. tribunus. 20. §. i 788.1
 l. miles filiusfamilias. 22 775.1
 l. cum filiusfam. 28 580.2
 l. eius militis. 34. in fin. 578.2
 l. utius. 40 605.1

INDEX

Imiles ita. 41. §. nec tutorem. Ex tit. 2. de acquir. vel omitt. heredit. Iis qui heres. 13. §. vlt. Iulianus. 24. I. cum quidam. 30. I. si quis heres. 35. §. 1. I. cum hereditate 55. I. placet. 79. I. placet. 79. I. si solus 80. §. item si servus. I. toties. 81. I. ventre. 84. I. Pannonius Auitus. 86. I. Clodius. 97. Ex tit. 4. si quis omiffa caus. testam. &c. I. quia autem. 6. §. penult. I. si filius. 23. Ex tit. 7. de iure Codicillorum. I. 2. §. 1. I. 2. §. codicillorum. I. 2. §. vlt. I. ante tabulas. 5. I. ante tabulas. 5. I. conficiuntur. 8. §. si factum. I. quod per manus. 10. I. illum enim. 13. §. 1. I. ab intestato. 16. I. ab intestato. 16. I. penult. Ex lib. 30. De legatis & fideicommiss. lib. 1. I. I. I. si ex toto. 8. §. 1. I. si creditor. 28. I. si ex pluribus. 33. I. planè 34. §. si coniunctim. 145. 2. & I. cum res. 47. §. sed Suchus. I. si res obligata. 57. & 394. I. licet. 70. I. licet Imperator. 74. I. licet. 74. I. si sic legatus. 75. §. 1. I. si pecunia. 77. I. si pecunia. 77. I. si pecunia. 77. I. non quocunque. 82. §. fundus. I. duobus. 85. I. si tibi. 86. §. cum servus. I. quid ergo. 90. I. quaesitum. 91. §. vlt. I. si fundum. 92. §. vlt. & 588. I. planè. 94. I. si servus legatus. 103. §. si servus alienus. 595. 2. 597. 2. I. si servus. 108. §. pen. I. si heres. 110. I. si filius famil. 114. §. cum quis rogatus. 470. 2. I. si filius fam. 114. §. qui intestato. I. si filius fam. 114. I. si filius famil. 114. §. apud Marcellum. 685. I. I. si filius familias. 114. §. vt quis heredem. 139. I. I. legatum est. 116. I. nihil proponi. 120. §. vlt. I. si heredes. 124. I. ab exheredati. 126. Ex lib. 31. de legat. & fideicommiss. lib. 2. I. Mauius. 6. §. fundo. I. si quis servum. 8. §. vlt. I. cum autem. 9.

I. cum patronus. 28. I. pater. 29. §. quod alicuius. I. pater meus. 29. §. vlt. I. pater meus. 29. §. quod alicuius. I. cum pater. 77. §. cum pater. I. si quis duos. 31. I. legatum. 36. I. Mauius. 41. §. I. si ita sit scriptum. 45. §. si sub conditione. I. cum ab vno. 53. I. Titia cum testamento. 5. Lucia. I. si Titio & Mauius. 61. §. Iulianus. I. si Titio. 61. §. Iulianus. I. Mauius. 66. §. duorum. I. Mauius. 66. §. penult. I. vnum ex familia. 67. §. sed et si fundum. I. vnum ex familia. 67. §. vlt. I. peto. 69. §. fratre. I. Imperator. 70. §. si certum. I. idem servandum. 72. I. miles ad sororem. 75. I. cum filius. 76. I. cum filius. 76. §. dominus. I. cum pater. 77. §. donationis. I. cum pater. 77. §. libertis. 508. 2. 510. 1. & 2. & 513. 2. I. cum pater. 77. §. cum inter. I. cum pater. 77. §. cum dotale. I. cum pater. 77. §. a filia. I. cum pater. 77. §. ab instituto. I. legatum. 80. I. debitor. 82. I. Latinus Largus. 83. I. creditorem. 85. I. Titia Seio. 87. §. Seia libertis. 484. 1. & 187. 1. I. Titia Seio. 87. §. Seia libertis. I. Lucius. 88. §. matre. I. Lucius. 88. §. vlt. I. penult. §. pen. I. pen. §. instituto. Ex lib. 32. de legat. & fideicommiss. lib. 3. I. I. §. vlt. & 776. 2. I. si de portati. 7. I. fideicommissa. 11. §. hæc verba. 501. 1. I. fideicommissa. 11. §. cum effect. I. cum quis. 37. §. codicillis. I. cum quis decedens. 37. §. codicillis. I. pater. 38. §. filiam. I. pater. 38. §. fundum. & §. Iulius Agrippa. I. pater. 38. §. Iulius Agrippa. I. pater. 38. §. quindecim. & seqq. I. pater filium. 38. §. fideicommiss. I. pater. 38. §. pen. I. Pamphilo. 39. 503. 1. & 506. 2. I. post emancipationem. 42. §. vltimo. I. vxorem. 41. §. Scium. I. testatorem. 68. §. I. qui solidum. 78. §. prædium. 511. 1. & 514. 1. I. coniunctim. 80. I. re coniuncti. 89. I. si Titius ex parte. 96. I. vlt. §. vlt. Ex lib. 33. tit. 1. de annuis legat. & fideicommiss. I. Titia. 19. §. qui Marco. Ex tit. 2. de usu & usufr. legat. I. I. I. si alij fundum. 9. I. si alij. 19. I. generali. 32. I. generali. 52. §. I. & 600. 1. I. generali. 52. §. vxor. I. vlt. I. codicillis. 34. Ex tit. 4. de dote prælegata. I. pater dotem. 7. §. pen. I. Theopompus. 24. Ex tit. 5. de optione legata. I. illud. 19. Ex tit. 7. de instructo vel instrumento legato. I. 3. I. quaesitum. 12. §. Celfus. I. Scia. 20. I. prædia. 27. §. liberto. Ex tit. 8. de peculio legato. I. dominus Stichus. 23. I. denique. 86. interdum. Ex tit. 9. de penultima legata. I. in fin. Ex lib. 34. tit. 4. de liberat. legata. I. I. §. 1. I. si quis reum. 5. I. 896. 2. I. legatus. 25. I. tutor decedens. 26. Ex tit. 4. de adimendis vel transferred. legat. I. I. I. 3. §. si duobus. I. 3. §. si quis. I. cum centum. 9. I. nihil interest. 16. I. alumna. 30. I. pen. §. 1. Ex tit. 5. de rebus dubis. I. qui duos. 9. I. si fuerit. 10. §. planè. I. si is qui ducenta. 13. §. vtrum. & 723. 2. I. si is qui ducenta. 13. §. vlt. I. quædam sunt. 15. I. si cognatis. 19. Ex tit. 7. de regula Cato-niana. I. 3. I. 4. Ex tit. 8. de his que pro scriptis habentur. I. vlt. Ex tit. de his que vt indignis auferuntur. I. in fraudem. 10. §. 1. I. cum tabulis. 16. in pr. I. si testamentum. 24. I. cum tabulis. 5. quoniam. Ex lib. 35. tit. 1. de conditionib. & demonstrationib. I. 4. §. vlt. I. hæc scriptura. 20. I. si quis. 37. I. qui heredi. 44.

I. qui heredi. 44. §. vlt. I. Mauius. 55. I. Titio centum. 71. §. vlt. I. Aulia. 77. I. cum auus. 102. I. cum auus. 102. & 720. 1. I. aliquando. 107. Ex tit. 2. ad legem Falcidiam. I. I. §. id quod I. verbis. 5. I. verbis. 5. in fin. I. pater filium. 14. §. vlt. I. quod bonis. 15. §. ex donationibus col. 2. I. quod bonis. 15. §. ex donationibus I. si fundus. 23. I. in ratione. 30. §. tametsi & 151. 2. I. Plautius. 49. §. vlt. I. ex alle. 52. 94. I. in lege. 62. I. in lege. 62. I. Titia. 86. I. Titia. 86. I. qui secundum. 87. §. qui filium I. qui quadringenta. 88. I. in quartam. 91. I. in quartam. 91. I. 151. 2. I. acceptis. 93. I. acceptis. 93. I. verbis I. §. quod ex substitutione. & §. si coheredis Ex tit. 3. si cui plus quam per legem Falcid. licuerit. I. §. interdum Ex lib. 36. tit. 1. ad Senatuse. Trebellianum. I. 3. I. recusare. 6. §. hoc Senatuseconsultum I. 198. 1. I. sed & quis. I. sed cum ab herede. 9. I. sed et si. 10. I. apud Iulianum. 11. §. vtrum autem I. 755. 2. I. apud Iulianum. 12. §. Antistia I. ille à quo. 13. in prin. I. ille à quo. 13. §. tempus I. nam quod. 14. I. cogi. 16. §. si ego heres I. cogi. 16. §. vlt. I. ex facto. 17. §. ex facto I. in fideicommissaria. 18. I. vbi purè. 19. §. 1. I. mulier quæ. 22. in prin. & 751. 2. I. mulier. 22. §. sed enim I. mulier. 22. §. Brasidas I. nonnunquam. 24. I. quidam. 25. §. si quis filium & 602. 2. I. ita tamen. 27. §. qui ex Trebellian. I. col. 2. I. recusare. 6. in prin. I. ita tamen. 27. §. si ex Trebelliano I. 800. 1. I. ita tamen. 27. I. ex alle. 28. I. si quis priore. 29. I. si cui. 31. §. vlt. I. si eius qui. 34. I. Papinianus

LEGVM.

I. postulante. 44. I. si res aliena. 51. §. 1. I. si res. 52. §. 1. I. non est cogendus. 53. I. Titius. 54. I. si patroni. 55. §. Imperator. I. si patroni. 55. §. qui fideicommissum 26. 1. I. si patroni. 55. §. qui fideicommissum 764. 2. I. heredes mei. 57. I. deducta. 58. I. debitor. 59. I. debitor. 59. §. vlt. I. facta. 62. §. si sub conditione. I. facta. 63. §. si heres scriptus I. facta. 63. §. si heres I. facta. 62. §. si sub conditione 855. 2. I. facta. 63. §. vlt. I. eius. 64. §. si quis I. qui ita. 66. §. etiam absentis. I. qui ita. 66. §. 1. & §. vlt. I. si postulante. 67. I. si heres. 70. in prin. I. si heres. 73. I. epistolam. 75. §. vlt. I. Scæuola. 76 I. Scæuola. 76 I. heredibus. 77 I. vlt. Ex tit. 2. quando dies legat. cedit. I. heredis. 7. §. penult. I. cum sine. 19. §. cum ab eo I. si dies. 21. §. 1. Ex tit. 3. Vt legatorum nomine caveatur. I. postquam. 5. §. 1. I. filio. 7 I. vlt. §. 1. I. vlt. I. vlt. Ex lib. 37. tit. 4. de bonorum possess. contra tabul. I. 3. §. si quis filio I. 4. §. vlt. I. quod vulgè. 6 I. si duobus. 12. §. 1 I. si ex duobus. 14. I. filium. 20. §. sed quemadmodum. I. filium. 20. Ex tit. 5. de legatis præstandis. I. nonnunquam. 14 I. si quis. 15 I. si duo. 16 Ex tit. 6. de collatione bonor. I. dotem. 6 Ex tit. 7. de dotis collatione. I. 4 I. penult. I. vlt. Ex tit. 8. de coniungend. cum emancipat. liber. I. I. §. si pater. I. 359. 1. I. qui duos. 3 I. duos. 3 I. vlt. Ex tit. 11. de bonor. possess. se-cund. tabul. I. si ita scriptum. 8. §. 1. autem I. qui ex liberis. 11. §. ex testamento. & 366. 1. I. qui ex liberis. 11. §. 1. Ex lib. 38. tit. 1. de operi. libertor. I. 3. §. 1. I. vt iurifurandi. 7. §. iurare I. libertus. 15. §. 1. I. patronus. 25. §. vlt. I. Campanus. 47. Ex tit. 2. De bonis li-bertor. I. 3. §. pen. I. 1. ab eo. 36. Ex tit. 6. si tabul. testam. null. extab. unde liber. I. scripto. 7 I. scripto. 7 I. 1. §. vlt. Ex tit. 7. unde le-gumi. I. 2. §. si quis Ex tit. 8. unde co-gnati. I. 1. §. si quis proximior Ex tit. 9. de successor. e-dicto. I. vlt. Ex tit. 16. de suis & legit. heredit. I. 2. §. vlt. I. Titius. 6 I. pen. Ex lib. 39. tit. 1. de noui operis nunciat. I. si priusquam I. qui viam. 14 I. prætor. 20. Ex tit. 2. de damno in-fecto. I. quid de creditore. 11. in fin. I. 3. §. superficiarium. I. si finita. 15. §. Iulianus I. si finita. 15. §. si de vectigal. & §. Iulia-nus. 5 I. damni. 18 I. ex damni. 40. Ex tit. 3. de aqua & aqua plu-arcenda. I. 8. §. item varus Ex tit. 4. de publicanis & vectigalib. I. Imperatores. 7 Ex tit. 5. de dona-tionib. I. si vit. 3 I. absentis. 10 I. post contractum. 15 I. donationes. 31. §. species I. donationes. 31. §. vlt. I. Lucius. 32. Ex tit. 7. de mort. caus. donation. I. si aliquis. 7 I. Scia Ex lib. 40. tit. 1. de manu-missionib. I. qui poena. 8 Ex tit. 4. de manumiss. te-stament. I. 4. §. vlt. I. libertas. 17. §. vlt.

INDEX

qui filium, 22 706.2. & seqq.
I. uxorem, 29 598.2
I. cum ex falsis, 47 ibid.
Ex tit. 5. de fideicommiss. libertatib.
I. Imperator, 12. §. 1 569.1
I. generaliter, 24. §. si quis 177.2
I. generaliter, 24. §. si quis seruo. 596.2
I. cum verò, 26. §. si pro non scripto. 778.1
I. cum verò, 26. §. vlt. 771.1
I. 27. ibid.
I. generaliter, 30. §. si quis seruo. 594.2
I. Paulus respondit, 39. §. 1 501.1
I. pater, 47 302.2
Ex tit. 7. de statulib.
I. §. sed & si iustum 235.
I. cum heres, 4. §. 1 172.2
I. si statulibera, 6. in princ. & §. 1 277.2
I. si statulibera, 6 853.1
I. statuliberum, 9. §. pen. 53.2
I. statuliberum, 9. in fin. 766.1
Ex tit. 12. de liberali causa.
I. Diui fratres, 27. §. 1 816.2
I. duobus, 30 765.2
I. vlt. 889.2. & seqq.
Ex lib. 4. tit. 1. de acquirend. rer. domin.
I. qui bona fide, 23 109.2
I. qui bona, 23. §. si quis duobus 604.2
I. sed si, 26 176.1
I. quaesitum, 40 193.1
I. quaesitum, 40 195.2
I. bona fidei, 48 110.1. & seqq.
Ex tit. 2. de acquirend. vel amitt. possess.
I. locus, 26 203.1
Ex tit. 3. de usurpationib. & usurcationib.
I. 3 875.1
I. §. lana. 110.2. & seqq.
I. si aliena, 10. §. hoc iure. 828.1
I. quamuis, 18 203.1
I. rerum mixtura, 30 563.1
I. nunquam, 31 107.1
Ex tit. 4. pro emptore.
I. 2. §. si à furioso 24.1
Ex lib. 4. tit. 1. de re indicata.
I. 2 448.2
I. 3 542.1
I. §. si quis condemnatus 448.2
I. si Calendis, 11 629.1. 634.2
I. à Diuo Pio, 15 136.1
I. Iulianus, 17. §. 1 615.1
I. si cut, 21 42.2
I. Nescennius, 41 44.1
I. ex contractu, 44 61.1
I. si quis dolo, 51. in pr. 884.1
I. si quis dolo, 51. §. 1 411.2
Ex tit. 2. de Con- sessis.
I. certum, 6. §. vlt. 448.2
I. penult. 542.1
Ex tit. 5. de reb. autorit. indic. possid.
I. cum bona, 16 135.1
I. paterfamilias, 28 29.2
Ex tit. 6. de separatio- nibus.
I. §. sed si quis suspectam. 759.2
I. 3 213.2
I. 4 557.1
Ex tit. 7. de curator. bon. dand.
I. §. vlt. 371.1

Ex tit. 8. Que in fraud. creditor. facta sunt.
I. quid autem, 6. §. apud Labeonem, 703.2
I. si qui, 9 881.1
I. ait prator, 10. §. quid in fraud. credito- rum ibid. 2
I. pupillus, 24 882.2
I. vlt. §. vlt. 883.2
Ex lib. 43. tit. 1. de In- terdictis.
I. 2. §. vlt. 51.1
Ex tit. 3. quod legatorum.
I. 1. §. si quis ex mortis 149.2
Ex tit. 4. ne vis fiat ei qui in possess. miss. erit.
I. 3. in pr. 672.2
Ex tit. 16. de vi & vi armata.
I. 1. §. rectissime 669.1
I. penult. ibid.
Ex tit. 17. uti possidet.
I. 3. §. vlt. 670.1
Ex tit. 18. de superficiebus.
I. 1. §. is autem 873.2
I. 2 ibid.
Ex tit. 19. de itinere actus- que priuati.
I. vlt. 829.2
Ex tit. 20. de acqu. quotid. & astu.
I. 3. §. ductus aquae 830.2
Ex tit. 24. Quod vi aut clam.
I. si alius, 7. §. bellissime. 447.2
I. si alius, 7. §. est & alia 669.1
Ex tit. 25. ex remissio- nibus.
I. vnica, §. 1 820.1. & 2
Ex tit. 26. de preca- rio.
I. 3 822.1
Ex lib. 44. tit. 1. de exceptio- nibus.
I. exceptiones, 7. in fin. 225.2
Ex tit. 2. de exceptione rei indicata.
I. singulis, 6 439.2
I. si à te, 9. §. 1 438.1
I. si inter me ibid.
I. si à te 9 436.1
I. si mater, 11 138.1. 440.1
I. si mater, 11. §. si quis, 26.2 26.2
I. & an eadem, 14. §. 1 562.2
I. si quis, 18. 436.2
I. si cum argentum, 21. §. si fundum. 562.2
Ex tit. 3. de diuersis tempora- lib. praescriptionib.
I. ver sic. planè. 140.1
I. 4. 89.1
Ex tit. 4. de doli mali exce- ptione.
I. apud Celsum, 4. §. quod si is. 421.1
I. apud Celsum, 4. §. apud Iulianum. 432.2
Ex tit. 5. quarum rer. actio non datur.
I. 1. §. quae onerandae. 891.2
I. §. si libertatis. 894.1
Ex tit. 7. de obligationib. & actionib.
I. in pr. 827.2

I. traiecitia, 13 162.2
I. cum quis, 23. 637.1
I. actionum, 25 871.1
I. obligationes, 27 130.2
I. constitutionibus, 33 220.1
I. in honorariis, 35 85.1
I. is cui, 42 557.1
I. nihil aliud, 51 860.2
Ex lib. 45. tit. 1. de verbor. obligationib.
I. §. Cato 64.1
I. §. vlt. 66.2
I. si ita stipulatus essem, 14. 160.2
I. quoties, 59 615.1
I. Stichum, 16 46.1
I. se ire debemus, 29 59.1
I. stipulatio ista, 38. §. alteri, 843.1
I. quodcumque, 45. §. si quis ita 846.2
I. §. vlt. 43.1
I. cum qui, 56. §. qui sibi 69.2
I. qui usufructum, 58 262.2. &
60.1
I. qui usufructum, 58. 563.1
I. quoties, 59 629.1. 633.1
I. stipulationes, 7. 2. §. vlt. 160.2
I. 7. 8 561.2
I. si filius fam., 78 557.2
I. inter stipulantem, 83. §. 1. 817.1
I. inter, 83. §. facram 176.2
I. si seruum, 9. 1 446.2
I. ex ultimo, 98. §. vlt 160.2
I. liber homo, 118. §. decem hodie. 549.2
I. si fundum, 114 547.2
I. si qui Romae, 122. in pr. 1.1
I. qui Romae, 122. §. Agrius 239.2
I. qui Romae 122. §. duo fratres 750.1
I. si ita quis, 135. §. Sciam 161.2
I. continuus, 137. §. cum ita. 1.2
Ex tit. 2. de duobus reis constituend.
I. his verbis, 8 381.2
I. eadem, 9 410.1
I. eos, 11 381.2
I. si ex duobus, 12 375.2
377.1
I. si id quod in fin. 410.1
Ex tit. 3. de stipulas. seruo.
I. si seruus, 25 89.1
I. usufructus, 26 840.2
Ex lib. 46. tit. 1. de fide- iussorib.
I. Gracè, 8. §. 1 649.2
I. 2. Gracè, §. & post litem, 415.1
I. cum reus, 14 5.2. &
230.1
I. si stipulatus, 15. §. 1 402.1
I. heres, 21. §. quod si seruus 23.1
I. Marcellus, 25 239.1. 232.1
I. cum is, 36 390.1
I. vt fideiussor, 39 ibid. & 2
col. 2
I. si fideiussor, 41. §. 1 401.1
I. cum lex, 46 231.2
I. si Titius, 48 232.1
224.2
I. inter, 51. in pr. 381.2
I. inter eos, 51. §. duo rei ibid.
I. inter eos, 53. §. 1 416.1
I. si plures, 27. §. vlt. 382.2
I. tutor datur, 69. 383.2
I. si à reo, 70. §. si reo. 562.1
I. Granius, 71 553.1
Ex tit. 2. de nota- tionibus.
I. §. vlt. 27.2
I. doli, 19. §. diuersum, 734.1. &
893.2
I. si is cui, 26 592.1
I. fundu d

LEGVM.

I. fundum Cornelianum, 28 627.1
I. aliam, 29 60.1
I. aliam, 29 648.1
I. si rem, 31. §. si duo 60.2
Ex tit. 3. de solutionib. & liberat.
I. si decem, 21 24.1
I. cum quis, 38. in pr. 69.2
I. cum quis, 38. §. 1 81.2
I. cum quis, 38 704.2
I. cum quis, 38. §. qui hominem. 35.2
I. cum quis, 38. §. vlt 213.1
I. seruus decem, 68 706.1
I. qui decem, 72. §. Stichum. 46.1
I. Modestinus, 76 390.1
I. si pecuniam, 79 814.1
I. si cum Cordelius, 82 705.1
I. solidum, 85 104.2
I. egisti, 86 23.2
I. Stichum, 95 69.2
I. Stichum, 95. §. 1 42.2
I. Stichum, 95. §. quod vulgo, 227.1. & 228.1
I. Stichum aut Pamphilum, 95. §. si man- dato. 392.2
I. pupilli, 96. §. foror. 425.1
I. qui res, 98. §. rem autem 747.2
I. qui res, 98. §. mihi decem 2.1
Ex tit. 4. de acceptila- tionib.
I. per iusiurandum, 13. §. 1 26.2
Ex tit. 5. de stipulationib. prator.
I. 1 55.1
I. 2 162.1
Ex tit. 9. Rem pupilli salu. fore.
I. non quasi, 4. §. sed enim 398.1
I. cum pupillus, 9 56.2
I. vlt. 398.2
Ex tit. 7. Judicat. solui.
I. vlt. 445.2
Ex lib. 47. tit. 1. de priuati. delict.
I. 1 220.1
I. §. quaesitum 617.2
I. §. quaesitum 639.2. 640.2
Ex tit. 2. de furt.
I. quamuis, 6 628.1
I. qui furti, 9 627.1. 641.2
I. in furti actione, 50 628.1. 641.1
642.2 63.1
I. officiendo, 67. §. infans 628.1
I. si vendidero, 80. §. 1 644.1
Ex tit. 3. vi bonor. rapt.
I. §. vlt 85.1
Ex tit. 10. de iniur. & famos. libell.
I. si quis iniuriam, 35 96.1
Ex tit. 12. de sepulch. violatio.
I. 1 89.1
Ex tit. 20. de crimine stellio- natu.
I. 1 88.1
Ex lib. 48. tit. 1. de public. indic.
I. infamem, 7 88.2
Ex tit. 5. ad legem Iuliam de adulte- teris coerc.
I. castitati, 9 52.2
I. si vxor, 13 64.1
Ex tit. 16. ad Senatusconf. Turpilian.
I. 1 54.1
I. 4. & § ibid.

Ex lib. 49. tit. 14. de iure fisci.
I. §. quando autem. 452.2
I. Lucius, 9. in fin. 219.2
I. denique, 19. 869.1
I. 28 39.2
I. in fraudem, 45. §. qui pro alio 394.2
I. Statius Florus, 48 679.1
I. vlt. 737.1
Ex tit. 15. de capitu. & postlim. reuers.
I. pater, 10. in princ. 327.1. & seqq.
I. pater, 10 67.2
I. quod si filius, 11 331.2
I. quod si filius, 11. §. vlt 335.1
I. in omnibus, 18 325.1
I. de hereditate, 19. §. pater, 92.2
I. bona, 22. §. 1 575.1
I. bona eorum, 22 330.1
I. Diui, 25 278.2
I. pater, §. vlt 329.1
Ex tit. 17. de Castrensi peculio.
I. 2 92.1
Ex lib. 50. tit. 8. de admini- strat. rer. ad cuius. tit. pertinet.
I. 2. §. ius Reipublicae 396.2
Ex tit. 15. de censib.
I. cum possessor, 5. in princip. & §. 1 869.1
I. cum possessor, 5 394.2
Ex tit. 16. de verborum signific.
I. 2. §. 1 896.1
I. rectè dicimus, 25 563.1
I. alienationis, 28. in fin. 719.2
I. aliquid aliud, 86 565.1
I. 120. 560.1
I. virilis, 145 531.2
I. pecuniar, 178. §. actionis 868.2
I. inter hæc verba, 179 138.2
Ex tit. 17. de regulis Iuris.
I. cum tempus, 17 548.1
I. quæ legata, 18 561.2
I. in ambiguis, 85. §. non est nouum. 704.2
LECES CODICIS.
Ex lib. 1. tit. 14. de legibus, & Constit. Princip.
I. 1 771.1
Ex lib. 2. tit. 3. de pactis.
I. si creditores, 18 415.1
I. pen. 864.1
Ex tit. 4. de transactionib.
I. 2 682.2
I. 3 889.2
I. transigere, 18 52.1
Ex tit. 33. si aduers. solut. à tutor.
I. 1 702.2
Ex tit. 51. de restitut. milit. & cor.
I. 1 500.1
Ex lib. 3. tit. 1. de Iudiciis.
I. nulli, 10 864.1
Ex tit. 3. de pedan. Iudiciibus.
I. 2 690.1
Ex tit. 8. de ordine Iu- dicio.
I. 1 690.1
Ex tit. 28. de inoffic. tē- stament.
I. 1 54.1
I. 4. & § ibid.

I. 1 789.2
I. 3 303.1
I. omnimodo, §. imputari. 474.1
I. si heredem, 10 677.2
I. quoniam Nouella, 29 474.1
I. omnimodo, 30 572.1
I. si quis filium, 34 311.1. & 312.2
Ex tit. 29. de inoff. dona- tionib.
I. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9 77.2
Ex tit. 31. de petit. here- ditatis.
I. 2 674.2
Ex tit. 32. de rei vindi- catione.
I. domum 28.2
Ex tit. 33. de usufruct. & habit.
I. interest, 6 83.1
Ex tit. 34. de seruitut. & aqua.
I. 1 839.2
I. 2 830.2
I. vlt. §. cum autem 834.1
Ex tit. 36. famil. ercisc- cunda.
I. filium, 24 154.2
I. filium, 24 158.1
Ex lib. 4. tit. 2. si certum petat.
I. si in rem communem 385.2
I. si non singulis, 5 ibid.
I. si ex pretio, 6 127.1
Ex tit. 9. de condict. ex lege.
I. 1 523.1
Ex tit. 10. de obligat. & actionib.
I. 1 416.1
Ex tit. 18. de constitut. pecun.
I. vlt 411.2
Ex tit. 29. ad Senatusconsult. Velleian.
I. mulier, 16 732.2
I. si mulier, 893.1
Ex tit. 31. de compen- sationib.
I. vlt 429.1
Ex tit. 32. de usuris.
I. creditor, 7 201.2
I. per diuersas, 22 434.2
Ex tit. 49. de actionib. empti.
I. si traditio, 4 180.1
Ex tit. 64. de rer. permu- tatione.
I. quoniam 167.1
I. emptionem 7 ibidemi
Ex tit. 66. de iur. em- phyteutico.
I. 1 874.1
Ex lib. 5. tit. 3. de donat. ant. nupt.
I. 1 809.1. 812.1. 814.1
I. quod sponsæ, 4 810.1
Ex tit. 9. de secund. nuptis.
I. hac edictali 332.2
I. generaliter. 458.1
Ex tit. 11. de dot. promiss.
I. si voluntate, 4 440.2
I. ad exactionem, 6 441.1
Ex tit. 12. de iur. dotium.
I. cum patrem, 19 843.2
I i i 4

INDEX

§. si genero, 26	5.1	l. quidam, §. cum igitur	175.1
l. si genero, 26	843.2	Ex tit. 28. de liber. prae- terit.	
Ex tit. 12. de rei vxor. act.			
l. vnica §. & hoc ex rei vxor.	465.1	l. maximum vitium, 4	289.1
l. vnica	398.2	Ex tit. 29. de posthum. heredib. insti.	
l. vnica §. solet	23.1		
Ex tit. 14. de pact. con- uent.		l. vlt.	267.1
l. pactum, 4	843.2	Ex tit. 30. de iur. deli- berand.	
l. pater, 7	5.1		
l. pater, 7	847.2	l. si infanti, 18	497.1
Ex tit. 15. de dot. caut. non nu- merat.		Ex tit. 36. de Codicillis.	
1		l. non idcirco	584.1
2	811.2, 813.2	l. siue in ius, 6	132.1
2	37.1	Ex tit. 38. de verbor. & rer. signif.	
Ex tit. 16. de donat. int. vir. & vxor.		l. penult.	723.2
l. res vxoris, 24	221.2	Ex tit. 42. de fideicom- missis.	
l. res vxoris, 24	447.1		
Ex tit. 18. solut. matrim.		l. i.	199.1
l. i.	21.1	l. voluntas, 4	527.1
l. dos à patre, 4	459.2	l. post mortem, 12	744.1
Ex tit. 17. de naturalib. liber.		l. si in persona, 21	516.1
l. vlt.	711.2	l. cum acutissimi, 30	209.1
Ex tit. 37. de administratio. tutor.		Ex tit. 43. communia de legat. & fideic.	
l. sancimus, 25	702.1	l. i.	194.2
l. constitutionem, 27	ibid. 2	l. 2	ibid.
Ex tit. 51. arbit. tutel.		l. 2. cum hi.	877.2
l. 3	126.2	l. 2	ibid.
Ex tit. 54. de heredib. tutor.		l. 2	518.2
l. i.	15.1	l. vlt.	149.2
Ex tit. 57. de fideiussorib. tutor.		Ex tit. 47. de vstr. & fructibus legat.	
l. 2	411.2	l. 2	192.2
Ex tit. 58. de contrar. iudic. tutel.		l. vlt.	189.1, 192.2
l. 2	390.2	l. non iustam, 4	175.1
l. 2	395.2	l. non iustam, 4	777.2
Ex tit. 75. de magistratib. conueniend.		l. pen.	772.1
l. 2	15.2	l. vlt. §. cum autem.	174.1
Ex lib. 6. tit. 3. de oper. libertor.		Ex tit. 51. de caduc. tollendis.	
l. si quando, 8	896.1	l. vnica.	683.1
Ex tit. 7. de libert. & cor. liber.		l. vnica §. pro secundo. & §. sui autem.	777.2
l. vlt.	524.2	Ex tit. 53. quando diss legat.	
l. illam	21.2	l. 2	514.2
l. si foror, 8	207.1	l. cum vxoti, 4	470.2
l. illam, 19	459.2	Ex tit. 55. de suis & legitim.	
l. illam, 19	457.2	l. apud hostes, 8	342.2
Authent. quod locum	467.1	Ex tit. 61. de bon. que liber.	
Ex tit. 21. de testament. militis.		l. 2.	463.1
l. in testamento, 6	573.2	l. 2	470.1
l. in testamento, 6	579.1	l. 3	ibid.
Ex L. 23. de testamentis.		l. vlt.	466.1
l. quoniam indignum, 15	508.1	Ex lib. 7. tit. 7. de fideicommiss. libertat.	
Ex tit. 25. de institut. & substi- tutionib.		l. et si non adscripta, 9	177.1
l. generaliter, 9. in pr.	718.1	Ex tit. 14. de ingen. manu- miss.	
l. generaliter, 6	571.1	l. diffamari, 5	849.1
l. vlt.	565.2, 571.2	Ex tit. 16. de liberal. causa.	
Ex tit. 26. de impuber. & al. substitut.		l. vlt.	853.1
l. quamvis, 4	603.2	Ex tit. 19. de ordin. co- gnition.	
l. precibus, 8	570.1	l. cum status, 5	690.1
l. precibus, 8	581.1, 590.1	Ex tit. 33. de prescript. long. tempor.	
l. penult.	488.2	l. vlt.	830.2
Ex tit. 27. de necess. hered. instituent.		l. super longi, 13	230.1

LEGVM.

Ex tit. 42. de nouation.	418.1	in princ.	149.1
l. non abstulit, 4.	423.1, & 426.1	§. si cui fundus alienus.	163.1
Ex tit. 43. de solutionib. & liberation.	425.1	§. an seruo.	452.2
l. Stichum aut Pamphilum, 95. §. vsum- fructum.	703.2	Ex tit. de fideicommiss. heredit.	
Ex tit. 49. de emancipationib. liberor.		§. i.	770.1
l. iubemus, 5.	283.2	§. sed quia heredes.	150.2
Ex tit. 51. de postlimin. reuerf.		§. si quis vna.	155.1
l. i.	278.2	Ex tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.	
l. captum, 9.	326.2	§. libertas.	596.1
Ex tit. 52. de infantib. ex- posit. liber.		Ex tit. de codicillis.	
l. i.	29.2	§. sed cum ante.	131.2
Ex tit. 54. de Donat.		§. non tantum.	590.2
l. vlt.	210.2	Ex tit. de empt. & vend.	
Ex tit. 56. de reuoc. do- nation.		§. cum autem.	32.2
l. si vnquam, 8.	208.2	Ex tit. de locat. & conduct.	
l. si vnquam.	ibid. & 210.2	§. adeo autem.	874.1
Ex lib. 9. tit. 9. ad leg. Iuliam de adulter.		Ex tit. de actionib.	
l. propter, 7.	63.2	§. i.	867.2
Ex tit. 49. de bon. pro- scriptor.		§. omnium.	848.2
l. si quis posthac, 9.	219.1	§. a que.	898.2
Ex tit. 51. de sentent. pass.		§. item si quis.	886.1
l. vlt.	352.1	§. praediciales.	849.2
l. defunctorum, 4.	219.2	§. quaedam actiones.	871.1
Ex tit. 63. de primi- pilo.		§. omnes autem.	31.2
l. i. i. pen.	243.1	§. praerea.	543.1



EX NOVELLIS.		Ex tit. de offic. iudicis.	16.1
Nouell. de heredib. & Falcidia.	125.2	§. si verò, 2.	111.1
Nouell. 22. de nuptis.	49.1	Ex Vlpiano in fragmen.	
Nouella 22. de nupt.	533.2	tit. de donb. 22.	122.1
Nou. 53. de exhibendis reis.	244.1	tit. de dotib.	457.1
Nouell. 92.	77.2	tit. de caduc.	77.1
Nouell. 96.	863.1	tit. 22. qui hered.	261.2
Nouell. 97.	467.2	tit. 22.	289.1
Nouell. 97.	241.1, & 242.1	tit. de legat.	144.2
Nou. 99.	380.2	Ex Caio in Institut.	
Nouell. 109.	240.1	tit. de legat.	144.2, & seqq.
Nouell. 115.	534.1		
Nouell. 108. de restit.	738.2		
Nouella 119.	530.1		
Nou. 131. de ecclef.	195.2		
Nou. 159.	514.1, & 524.1		



INDEX LEGVM QVAS ANTONIUS
FABER A TRIBONIANO INTERPOLATAS
esse ostendit.

L. actio, 47. C. de neg. gest.	95.1.2	L. 1. §. 3. 6. D. depositi	ibidem	L. 4. & 5. D. de in litem iurand.	ibidem
L. 53. D. de legat. 2.	4.2	L. 73. D. de procurat.	443.1	L. 14. D. quod met. caus.	662.1
L. castitatu, 9. D. ad l. iul. de adult.	52.2	L. ult. D. indicat. solui	445.2	L. 1. D. de usufr. legat.	670.2
L. in tempus 62. D. de hered. intt.	141.2	L. 57. D. de contrah. empt.	446.1	L. filiusfamilias, 114. D. de legat. 1.	685.7
L. si cum dotem, 2. D. sol. matr.	140.2	L. 13. D. de donationib. inter vir. & vxor.	446.1	L. 1. D. de liberat. legat.	695.7
L. 29. D. ad SC. Treb.	141.2	ibid. 1.2 & seq.	447.1	L. si quis reum, 5. D. de liber. legat.	697.1
L. si ex pluribus, 33. D. de legat. 1.	147.2	L. 7. D. quod vi aut clam	447.1	L. 7. D. de minorib.	703.1
L. si cui, D. ad SC. Treb.	169.2	L. ult. D. de curat. fur.	ibid. 2	L. ferus, 68. de solutionibus	709.2
L. facta, 63. D. eod.	ibidem	L. iun. D. de pen. legat.	ibidem	L. 17. D. ad Senat. Trebel.	719.2
L. 43. D. de admin. tutor.	182.1	L. 13. D. de reb. dub.	ibid.	L. 16. D. eodem.	765.2
L. 3. D. de condict. caus. dat.	234.2	L. 7. D. vt legator. nom. caueat.	ibid.	L. 25. D. de petit. hered.	734.2
L. dominus, D. de cond. indeb.	237.1	L. 2. & 4. D. de re iudic.	447.2	L. 66. ad Sen. Trebel.	766.2
L. si ego, 9. D. de iur. dot.	ibidem	L. 3. D. de iur. fidei	453.1	L. 13. D. eodem.	769.1
L. 13. D. de peculio	246.2. & seq.	L. 5. D. solut. matrim.	465.1. 846.2	L. 10. D. de viucapion.	828.2
L. 6. D. de pign. action.	243.2	L. 86. de acquir. hered.	498.2	L. 45. de verb. oblig.	846.2
L. 13. D. de re iudicat.	253.1	L. 21. D. de pecun. constit.	549.1	L. Arefcula, 15. D. de stat. hominum	854.2
L. Gaius, D. de lib. & posth.	266.2	L. 22. eod. tit.	552.1	857.2	
L. 8. D. de iur. Codicil.	367.2	L. 70. D. de fideiuss.	565.1	L. 16. D. de stat. hom.	855.2
L. 60. D. locati	371.2	L. 2. D. de iur. Codicil.	594.2	L. si fuerit, 10. Digest. de rebus dubiis	860.1
L. 20. D. de tutel. & rat. distrah.	398.1	L. 24. D. de fideicom. libert.	597.1	L. 28. Digest. quæ in fraudem creditorum	883.1
L. quæ aliis, C. de duobus reis	460.	L. 29. D. de manum. test.	599.2	ibid.	883.1
2. & seq.		L. 9. D. de fut.	642.1	L. 1. D. quarum rerum actio non detur	890.1. 894.1
L. 15. D. de duobus reis	410.2	L. 34. D. de iureiur.	ibidem	L. 7. D. de oper. libertor.	898.2
L. 51. D. de fideiussoribus	415.1. & seq.	L. 18. D. de pignoribus	649.2	L. 54. D. de verb. oblig.	898.1
L. 27. D. de procurat.	420.2	L. 68. D. de rei vindic.	656.2		
L. 21. D. de iudiciis	442.1				



INDEX IVRIS INTERPRETVM, QVORVM OPINIO-
NES REFERVNTVR, VEL CONFIRMANTVR, VEL ETIAM,
refelluntur.

<i>Accursius.</i>	<i>Azo.</i>	Butrigarij interpretatio reuocatur	4.1
Accursij interpretationes reuocantur aut refelluntur 3. 1. 4. 2. 6. 2. 8. 2. 9. 1. 2. 10. 1. 16. 2. 18. 1. 19. 1. 2. 21. 1. 24. 2. 30. 2. 31. 1. 33. 1. 34. 1. 36. 1. 37. 1. 39. 1. 40. 1. 44. 2. 35. 2. 48. 1. 50. 1. 51. 1. 57. 2. 59. 2. 63. 1. 66. 1. 67. 2. 68. 1. 70. 1. 73. 1. 74. 2. 77. 1. 78. 1. 79. 1. 83. 2. 84. 2. 88. 1. 90. 1. 92. 1. 101. 1. 102. 2. 411. 1. 116. 2. 118. 2. 122. 2. 126. 1. 130. 2. 132. 1. 133. 1. 134. 1. 137. 2. 139. 2. 143. 1. 218. 2. 257. 1. 263. 1. 265. 1. 279. 1. 282. 2. 283. 2. 293. 2. 294. 2. 306. 2. 332. 1. 352. 2. 358. 2. 360. 1. 361. 362. 377. 2. 382. 2. 383. 2. 405. 2. 434. 1. 437. 1. 348. 2. 440. 2. 514. 1. 517. 2. 522. 2. 530. 1. 557. 2. 594. 2. 596. 2. 640. 1. 643. 1. 647. 2. 648. 2. 654. 7. 661. 1. 701. 2. 715. 1. 762. 2. 763. 1. & seq. 782. 1. & 2. 762. 1. & aliis locis innumeris.	Castrensis sententia reprobata	377. 2. 521. 2. 634. 1. 825. 2. refertur	
Accursij interpretatio probata	26. 2. 37. 1. 58. 1. 68. 2. 72. 1. 75. 1. 234. 2. 262. 2. 635. 2. &c.	Ioannes Bachetus.	417. 1. 423. 1
<i>Alciatus.</i>	<i>Baldus.</i>	Bacheti commendatio	120. 2
Alciati emendatio reiecta	Baldi sententia refertur	Balduini lapsus in regula Catoniana in- terpretanda	450. 2
34. 9. 1. 888. 1	258. 2. 500. 2. 526. 1		
Alciati error	refellitur		
305. 1. 311. 1. & 366. 2	259. 2. & seq. 420. 2. 424. 1. 462. 1. 470. 2. 471. 2. 473. 1. & 2. 475. 476. 480. 1. 489. 1		
Alciati sententia probata	420. 1. 520. 1		
305. 1	rectè reprehendit Bartolum		
<i>Alexander.</i>	notatur à Castrensi		
Alexandri sententia probata	420. 1		
refutata	ibid. 2		
425. 1	Baldi sententia probatur		
citatur Alexander	417. 2. 418. 1.		
422. 2. 485. 1. 493. 1	420. 1. 526. 1		
<i>Aretinus.</i>	<i>Eguinarius Baro.</i>		
Refertur	Eguinarij Baronis sententia de actione		
528. 2. 530. 1	Pauliana reuocatur		
refellitur	885. 2		
480. 1	Baronis emendatio improbata		
<i>Ant. Augustinus.</i>	55. 2		
Augustini interpretatio reiecta	<i>Bartolus.</i>		
143. 1	Bartoli interpretationes reiectæ & refu- tatae		

improbantur. 284. 2. 296. 2. 321. 1. 457. 2.
464. 1. 614. 2
interpretationes Cuiacij reuocantur. 217. 1
223. 2. 262. 2. 265. 1. 268. 2. 276. 1. 278. 1. 350. 1
372. 2. 505. 1. 409. 1. 417. 1. 450. 2. 461. 1. &
2. 464. 2. 466. 2. 506. 2. 509. 1. 512. 2. 522. 1.
531. 532. 533. 534. 535. 2. 537. 2. 546. 2. 555. 2.
457. 1. & 2. 570. 2. 576. 2. 577. 1. 578. 1. 661. 1.
666. 2. 669. 2. 670. 2. & aliis in locis in-
numeris.

Cynus.
Cyni error. 318. 2
refertur Cynus. 494. 1

Decius.
Decius refertur. 480. 2. 485. 1

Hugo Donellus.
Donellus tersus & elegans Iuris consulti-
tus 683. 1
Donellus vir doctus, elegans, nec inargu-
tus 890. 1
Donelli sententia improbatur. ibid. 1. 683.
1. emendatio reuocatur 860. 1

Dorotheus.
Dorotheus Græcus Iuris interpretes 534. 2

Franciscus Duarenus.
Duareni sententia reprobatur 37. 2. 65. 2.
88. 2. 131. 2. 281. 2. refenditur. 823. 1

Dynus.
Dyni sententia reiecta 433. 2. 488. 2. 829. 2.
refertur 494. 1. 530. 2

Petrus Faber.
Petri Fabri commendatio 140. 2. emen-
datio probata 73. 1

Ioannes Faber.
Ioannis Fabri sententia reiecta. 840. 1

Arnaldus Ferrerius.
Ferrerij interpretatio probatur 158. 1

Emilius Ferrerius.
Ferrerij emendatio & interpretatio. §. æ-
que. Instit. de actionib. probatur 880. 2

Fulgosius.
Fulgosij sententia reuocatur 476. 2

Dionysius Gothofredus.
D. Gothofredus vir doctissimus & de li-
bris nostris, studiosisque Iuris optimè
meritus 690. 1. emendatio Gothofredi
refertur & refellitur ibid.

Antonius Goueanus.
Goueanus clarissimus & subtilissimus Iu-
risconsultus 4. 1. in emendandis legibus
felicissimus 20. 2
vir nusquam sine præfatione laudis
nominandus 581. 2. de ingenio & eru-
ditione Goueani quid sentiat autor. in
præfat. lib. 7. Coniect.
Goueani elogium 91. 1
Goueani sententia improbatur 265. 1. 267.
1. 285. 1. 289. 2. 290. 2. 313. 2. 320. 2. 321. 1. 326.
2. 337. 2. 354. 2. 450. 2. 464. 1. 466. 2. 666. 2. &
pluribus aliis locis.

Haloander.
Haloander improbatur 220. 1. 734. 1

Franciscus Hotomannus.
Hotomanni emendatio reuocatur 348. 1.
352. 2. 356. 2. 629. 1. 635. 2
Hotomanni lapsus 356. 1. 638. 2

Hugolinus.
Hugolini sententia refellitur 792. 1

Imola.
Imolæ sententia refertur 484. 1. & 2

Ioannes.
Ioannes primi nominis glossator 374. 1
verus glossator & inter primos præci-
pius 59. 6. 2
Ioannis sententia probatur 28. 2.
374. 1. 460. 1
Ioannis dissensio à Martino 179. 1. senten-
tia reuocatur 734. 1

Irnerius.
Irnerij sententia refertur 407. 1. 467. 1
refellitur 614. 1

Ioannes Antonius Manutius.
Manutius præceptor autoris 25. 1. eius
commendatio 158. 1. 194. 2

Martinus.
Martini sententia probatur 21. 1. 457. 1
459. 2
dissensio à Ioanne 179. 1

Carolus Molinæus.
Molinæus vir parum subtilis 388. 2. 309.
2. & seqq. acriter reprehenditur ab au-
tore ibidem
refellitur 209. 1. 211. 1. 385. 1. 386. 1. 388. 2. &
seqq. 390. 2. & seqq. 401. 2. 405. 1. 411. 1. &
2. 477. 1.

Odosfredus.
Odosfredi sententia reuocatur 82. 2

Guido Papius.
Guidonis Papij sententia refertur 199. 2

Æmilius Perrotus.
Æmili Perroti sententia 263. 2

Petrus Pithæus.
Petri Pithæi commendatio 628. 1
emendatio improbata ibidem

Iacobus de Rauenna.
Iacobi de Rauenna sententia refertur
268. 2

Ripensis.
Ripensis sententia reuocatur 478. 1
refellitur 481. 2. 484. 1

Ioannes Robertus.
Roberti emendatio improbatur 409. 2
sententia refellitur 451. 2. 452. 2. 500. 1
dissensio à Cuiacio examinetur 97. 2
98. 1. 257. 1

Rogerius.
Rogerij sententia reprobatur 6. 2. 590. 1
521. 2

Salicetus.
Saliceti sententia refertur 525. 1

Salomonius.
Salomonius refertur 316. 2

Socinus.
Socinus refertur 484. 2

Stephanus.
Stephanus Græcus Iuris interpretes 640. 2
eius sententia reuocatur ibid.

Thalelaus.
Thalelaus Græcus Codicis interpretes 5. 1
eius interpretatio probatur ibid.

Theophilus.
Theophili sententia refertur & compro-
batur 178. 1. 261. 2

Mattæus VVesembecius.
VVesembecij interpretatio. §. omnium.
Instit. de action. reuocatur 849. 1

Hermannus Vultei.
Vultei commendatio 849. 2. sententia
reuocatur ibid. & 878. 2. 880. 1

Vidricus Zasius.
Zasij error 434. 1

FINIS.

